

APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA 2ª Ed.

André Saddy





www.cej.com.br

Editor

André Saddy

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getúlio 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)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
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 da Cidade, 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 Alþan, 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 da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF)

Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)

Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ)

Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)

Sócio fundador do escritório Saddy Advogados

Consultor e parecerista

APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2. ed

**Rio de Janeiro
2020**

Copyright © 2020 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

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

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Saddy, André

Apreciatividade e discricionariedade administrativa/ André
Saddy. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
514 p.

ISBN: 978-65-80262-22-9

1. Atuação administrativa. 2. Discricionariedade administrativa. 3.
Apreciatividade administrativa. I. Título. II. Saddy, André.

CDD – 341.31

A Marcos Juruena Villela Souto
(*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é parte da minha tese doutoral denominada “O conceito de apreciatividade no direito administrativo (analogias e diferenças com a discricionariedade administrativa)”, realizada com o apoio da Becas Complutense Predoctorales en España e sob a direção dos professores doutores Alberto Ruiz Ojeda, Juan Ignacio Grande Aranda e Fernando González Botija. Agradeço aqui a todos meus orientadores pelo apoio incondicional na etapa final do meu doutorado e ao governo espanhol, em especial, ao reitor da Universidad Complutense de Madrid, pela bolsa de ensino concedida.

A tese foi defendida em dezembro de 2011, no programa de doutorado “Problemas actuales de Derecho Administrativo” da Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid, e qualificada como “Sobresaliente cum laude”, pela banca composta pelos Profs. Drs. José Eugenio Soriano García (presidente), Fernando Sainz Moreno, Blanca Lozano Cutanda, Alejandro Huergo Lora e por Diogo Leite Campos, todos catedráticos, além de ter recebido menção de “Doutor europeu”.

Este livro é dedicado ao meu eterno “maestro”, Prof. Dr. Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*), que viu o sonho do doutorado começar, mas, por vontade divina, observou, ao lado de Deus, essa etapa ser encerrada.

Tampouco poderia deixar de agradecer as palavras de apoio do Prof. Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*in memoriam*), amigo e mestre que, nos últimos anos, acompanhou o desenvolver do presente trabalho e que muito ajudou em seu aprofundamento teórico.

Devo também agradecer a dedicação de meus primeiros orientadores Profs. Drs. Fernando Sainz Moreno e Tomás Cano Campos. Sempre dispostos a ajudar e aceitando minhas opiniões até que questões burocráticas lhes impediram de continuar exercendo essa função de maneira formal.

André Saddy

Aos Profs. Drs. Alberto Ruiz Ojeda, Juan Ignacio Grande Aranda e Fernando González Botija, por aceitarem me orientar na última etapa do trabalho, sempre com palavras de incentivos. Ao último, meu mais sincero agradecimento, sendo sabedor de que será sempre um grande amigo.

Ao governo espanhol, em especial, ao reitor da Universidad Complutense de Madrid, pela bolsa de ensino concedida.

A todos do escritório *Juruena & Associados – Advogados*, que, desde a graduação em Direito até a atualidade, acreditaram em minha vocação acadêmica.

A meus companheiros de doutorado, sobretudo, àqueles que mantenho contato até hoje, meu profundo agradecimento pelas incansáveis conversas sobre os mais variados temas do Direito público.

Aos sócios de MethoIus Consultoría Jurídica Internacional, pela oportunidade de ajudar a transformar a ciência jurídica em algo melhor.

A todos meus amigos que, do Brasil, apoiaram-me, em especial, ao meu irmão de consideração Patrick Tomás Martins que sempre acreditou que eu conseguiria, mesmo nos momentos mais difíceis.

Ao meu padrinho Ricardo de Almeida Dias que sempre teve palavras sinceras ao substituir meu pai nos momentos mais importantes e vitais da minha vida.

Aos meus tios Maury Saddy e Carlos Saddy (*in memoriam*), pela ajuda financeira, dedicação e presença eterna, antes e depois do falecimento de seu irmão, meu pai.

À minha avó, Gabriela Arantes (*in memoriam*), por seu carinho e presença em minha vida. Sua luz veio, ao meu encontro, para confortar-me sempre que necessitei, até no dia que se foi...

Aos meus familiares, minha mãe Leonidia Ferreira Arantes e meus irmãos Raphael Saddy e Felipe Saddy. Aos meus sobrinhos Guilherme e Fernando e

afilhada Helena. Obrigado pelo apoio incondicional durante minha estadia no exterior!

À Grissia Ribeiro Venâncio, mulher da minha vida, mãe dos meus filhos, pelo amor e carinho no trato diário.

As minhas filhas, os bens mais preciosos que tenho, Nicole Ribeiro Saddy e Yasmin Ribeiro Saddy e a meu enteado, João Ribeiro Masset, por me permitirem ter realizado o maior sonho da minha vida, a paternidade.

André Saddy
MMXX, março, Rio de Janeiro, Brasil
andresaddy@yahoo.com.br



PRÓLOGO

Hace más de una década el Departamento de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid tuvo la inmensa fortuna de incorporar a su plantilla de la mano de su actual Director, el catedrático D. Tomás Cano Campos, a André Saddy, por aquel entonces joven investigador brasileño que consiguió, gracias a sus ya entonces múltiples méritos, la concesión de una de las más prestigiosas becas de investigación predoctoral que se otorgan en nuestro país. Como becario de nuestra institución, André Saddy emprendió una tesis doctoral relacionada directamente con un tema clásico y capital del ordenamiento administrativo: la discrecionalidad.

La elección de una temática de estas características presentaba retos notables. En primer lugar por la importancia y complejidad de la cuestión. Atreverse a hablar sobre la discrecionalidad supone someterse al examen y observación de todo el abanico doctrinal que siempre está atento a todo aquello que resulta imprescindible en nuestra asignatura. Pero, la mayor dificultad de esta empresa no reside ahí. Lo verdaderamente delicado de esta tarea se encuentra en el hecho de que ciertas cuestiones pueden parecer ya más que agotadas. No tanto desde el punto de vista de la causística que, por su propia naturaleza es inagotable, sino desde la perspectiva estrictamente dogmática donde, honestamente, los clásicos parecen haber aclarado completa y suficientemente determinadas instituciones o materias desde el enfoque doctrinal. Entre nosotros, autores imprescindibles como García de Enterría, Tomás Ramón Fernández o, más recientemente, Juan Ramón Fernández Torres con sus magistrales estudios sobre la materia, ciertamente han aportado un marco doctrinal y conceptual muy difícil de superar. Por consiguiente, parecía que poco o nada quedaba por hacer o decir, más allá de comentar los nuevos litigios que vayan apareciendo, aportando matices anclados en la realidad, pero que poseen un reducido o nulo valor teórico. Precisamente la discrecionalidad parecía ser uno de esos ámbitos. Tras ser uno de los protagonistas casi absoluto del Derecho administrativo desde su creación hace ya más de doscientos años, se antojaba muy complicado aportar alguna idea nueva con la que ser original.

Partiendo de este comienzo tan problemático André Saddy no tuvo miedo en lidiar con el famoso “Caballo de Troya del Estado de Derecho”. Primero culminó exitosamente una tesis doctoral que tuvo el placer de codirigir con los profesores Alberto Ruiz Ojeda y Juan Ignacio Grande Aranda. El Tribunal, presidido por el Catedrático D. José Eugenio Soriano García no dudo en otorgar al candidato la mayor calificación posible: sobresaliente cum laude por unanimidad. Efectivamente, el entonces doctorando, armado de una encomiable valentía académica digna de los mayores elogios, se adentró de lleno en el análisis pormenorizado del marco general de la subjetividad del Poder Ejecutivo. Fruto de esa tesis ha sido esta obra cuya segunda edición, buena prueba de su rotundo éxito, tengo el honor de prologar.

El libro, como los cuadros de El Bosco, se estructura en forma de tríptico, con tres grandes capítulos donde desarrolla una investigación exhaustiva de la materia.

En un primer capítulo el autor centra su estudio en el examen del fenómeno citado en la función de administrar o ejecutiva, que contrapone a la judicial y legislativa, donde el problema se presenta con otros matices. Ciertamente todos los poderes del Estado están dotados de un evidente margen de acción. El autor también llama la atención sobre el hecho de que dentro de cada poder ese margen varía en función de la forma de actuación. Efectivamente, el problema del margen de apreciación lo impregna todo. Es decir, toda la acción del Estado, como subraya André Saddy, aparece dotada de un grado mayor o menor de subjetividad o autonomía que, aunque en esencia siempre responde al mismo patrón, no deja de presentar diferencias ligadas a la distinta función en donde se encuadra. El legislador si quiere legisla o no legisla. Y si legisla lo puede hacer en un sentido u otro como base esencial de un ordenamiento jurídico basado en el pluralismo político. El Poder Judicial al interpretar la Ley se mueve igualmente dentro de una banda que, aunque es más estrecha, no deja de tener cierta amplitud u holgura, ya que la norma pocas veces zanja las cuestiones de manera inapelable. Finalmente, el Poder Ejecutivo, al aplicar el Derecho en el día a día y en contacto directo con los ciudadanos, se encuentra con unas potestades que le permiten maniobrar en múltiples direcciones, aunque siempre condicionada por la búsqueda de un interés general que en ocasiones parece ser muy complicado de precisar con detalle. Es en este último terreno donde quiere

entrar André Saddy, y lo hace dando un interesante repaso a lo que ha significado la discrecionalidad administrativa en general en la evolución del Estado tras las profundas transformaciones que se experimentan a raíz de la revolución francesa. En verdad, desde la caída del Antiguo Régimen, y parafraseando al Maestro García de Enterría, el problema del Estado moderno reside principalmente en la lucha por limitar las inmunidades del poder. El que detenta la potestad se oculta detrás de ella para tratar de evitar el control de lo que hace con fines más o menos acordes con los intereses generales. Por desgracia, el ejercicio de esas potestades cae en muchas ocasiones en la ilegalidad flagrante, la injusticia, la desviación de poder o la arbitrariedad más obscena. Desde luego que muchas veces existe una delgadísima línea entre el fin del margen de autorización concedido por el ordenamiento y el comienzo de lo arbitrario. Pero esa frontera conviene dejarla lo más clara posible.

De ahí que sea muy pertinente el análisis que en este primer capítulo realiza el profesor André Saddy de los poderes, facultades o prerrogativas de la actividad administrativa de la función ejecutiva en sus distintas valoraciones subjetivas. Efectivamente, las Administraciones públicas manejan un abanico importante de instrumentos para gestionar los servicios públicos e intervenir en la vida de los ciudadanos. Desde el plano normativo con la capacidad que tienen de dictar normas que en mayor medida pueden restringir en grado sumo las libertades públicas, pasando por el mundo de los actos administrativos, en donde se concreta la acción de gobernar y administrar, hasta llegar a la simple actuación material, lugar donde anida el núcleo del problema que esta obra pretende abordar. Y todo ello se presenta tanto de puertas adentro como de puertas afuera de la Administración. Es decir, todo esto ocurre tanto si nos situamos en la organización interna de los servicios, con las medidas que se aplican a los empleados públicos, como si nos colocamos en el plano del contacto directo con los ciudadanos. En todos estos ámbitos apenas existe un momento en donde la Administración no se tenga que enfrentar con un dilema importante derivado de que los márgenes dejados por la regulación normativa son tan flexibles que es prácticamente imposible evitar un cierto margen de subjetividad interpretativa cuando se aprueba un reglamento, se dicta un acto o se realiza una actuación física o material por parte de un funcionario.

El segundo capítulo se dedica al examen detallado de la clásica discrecionalidad administrativa, que André Saddy define en sentido técnico-

jurídico como aquel margen relativo de libertad/autonomía/volición conferido por la norma jurídica a la Administración Pública para que escoja o no entre las previsiones ofrecidas alternativa o disyuntivamente la que mejor atiende a los intereses públicos. Analizando las distintas posturas dogmáticas, el autor desgana con minucia los problemas jurídicos que plantea este asunto, dotado de múltiples aristas. Aporta un repaso a las distintas modalidades en que se manifiesta, incluida la relevante discrecionalidad técnica. Examina igualmente la relación con otras cuestiones muy próximas como los conceptos jurídicos indeterminados que pueden causar siempre cierta confusión. Destaca como estos últimos, incluidos los de contenido técnico, cuando están dotados de una cierta indeterminación en su significado derivada de su vaguedad, constituyen instrumentos aceptables para ofrecer alternativas u opciones que los convierten en otra manifestación más de autonomía o subjetividad de la Administración. Generan así una zona de indefinición semántica que no dejan al intérprete el conocimiento exacto de su significado, su objeto o el ámbito al que se aplican. Para saber si el concepto presenta o no un margen de apreciación es necesario analizar su estructura. Por ello recuerda que poseen un núcleo conceptual o zona de certeza que puede ser positiva (porque se está claramente dentro) o negativa (porque claramente se queda fuera), frente a una zona intermedia o aureola de duda o incerteza (“*halo del concepto*”), que es la que presenta toda la dificultad de aplicación para conocer la única solución justa.

Pero sin lugar a dudas es el capítulo tercero donde se encuentra la parte más crucial de esta obra. El autor confiesa que con este trabajo pretende tratar un fenómeno jurídico existente en la práctica pero poco explorado por la ciencia del Derecho administrativo, como cuarta forma de manifestación subjetiva o de autonomía pública, sustancialmente diferente de las otras. La configura como nuevo instituto, que reside en la subjetividad o autonomía pública administrativa o margen de libertad de que dispone la Administración para adoptar una elección o decisión, normalmente rápida o rutinaria ante situaciones de hecho que lo requieren. André Saddy se arma de audacia para acuñar un nuevo *nomen iuris*: “apreciatividad”. Nos explica que dicha expresión deriva del término “apreciación”, que significa en castellano según nuestro Diccionario de la Real Academia “la acción de reconocer y estimar el mérito de alguien o de algo”. Reconoce que su definición es complicada porque es un término ambiguo que no posee bases dogmáticas.

Lo interesante de la construcción del autor es cómo diseña este nuevo instituto contraponiéndolo a la conocida discrecionalidad. De este modo los puntos esenciales de desencuentro entre ambas figuras serían los siguientes si tenemos en cuentas sus elementos esenciales:

En primer lugar, desde el plano subjetivo la discrecionalidad siempre la ejerce una Administración pública en sentido lato (ente, órgano u agentes públicos normalmente directivos o supervisores) de manera formal y derivada de una atribución voluntaria o expresa del legislador en favor de una autoridad determinada por medio únicamente de una norma jurídica. La apreciatividad en cambio se ejecuta principalmente por empleados públicos que actúan en primera línea o que tienen contacto directo con los ciudadanos.

En segundo lugar, desde un punto de vista formal. La discrecionalidad, como vamos a ver en el punto siguiente, pivota sobre la norma y ello supone incurrir en una actividad normalizada que culmina con un acto administrativo dotado de todos sus elementos característicos. En el caso de la apreciatividad las garantías procedimentales prácticamente no existen al referirse normalmente a acciones no deónticas. Por tanto, no concluyen con la formulación de un acto administrativo formal. Por ello, en el momento en que se produce la actuación administrativa tampoco están provistas de la motivación característica de dichos actos.

En tercer lugar, desde el plano volitivo. La discrecionalidad emana de las normas jurídicas, pero no sólo está limitada por ellas sino también por valores e intereses públicos genéricos y específicos, especialmente los principios generales del Derecho. Implica un margen de libertad o autonomía para elegir entre actuar o no o para escoger entre las alternativas que deja la regla. De este modo el empleado que la aplica está atado por dichas alternativas u opciones que la norma le otorga de forma expresa. Por el contrario, la apreciatividad posee un tinte creador evidente. Consiste en un margen de apreciación que se proyecta sobre hechos y criterios interpretativos, variando en intensidad de acuerdo con el ámbito en el que se ejerce. Implica una operación de discernimiento o enjuiciamiento para aplicar la norma mucho menos reflexiva, en un ambiente de incerteza y mucho más dinámico, ponderando los intereses en conflicto, y atribuyendo pesos relativos a las opciones existentes, lo que puede llevar a conductas activas u omisivas. Posee, por tanto, un carácter rutinario, regular, cotidiano, en algunos casos, inmediato o urgente. Por todo ello está habilitada por fuentes jurídicas no

voluntarias derivadas del Derecho, de los defectos de los sistemas jurídicos y del ejercicio de la propia función de empleado público. La apreciatividad es una realidad inferida de la interpretación sistemática de un conjunto de normas.

Finalmente, el autor señala un importante elemento común a ambas instituciones: como el resto de la actividad administrativa, en ambos casos se tiene que atender a los intereses públicos. Esto, obviamente supone en muchas ocasiones tener que realizar una ponderación entre diversos intereses que pueden estar enfrentados, considerando o la existencia de una jerarquía (lo que supone priorizar unos sobre otros o, incluso, sacrificar uno o varios) o la necesidad de buscar un punto de equilibrio.

Desde una valoración del conjunto hay que advertir que esta obra no dejará indiferente al lector. Despertará la polémica porque su lectura mueve a la reflexión sobre la necesidad de volver sobre un asunto que no deja paz al Derecho administrativo de todas las épocas. Se podrá estar o no de acuerdo con el planteamiento del autor, pero lo que es evidente es que el trabajo de André Saddy da un toque de atención importante sobre la necesidad de reforzar el principio de legalidad y el papel que la Ley en sentido formal debe jugar en el seno del ordenamiento jurídico, así como sobre la necesidad imperiosa de potenciar el rol salvador de los principios generales del Derecho. Si es verdad que es imposible que el legislador lo prevea todo, dado que los Parlamentos o Asambleas no tienen ni tiempo ni medios para regular con detalle todas las materias, no es menos cierto que la técnica legislativa no debe renunciar a depurarse lo más posible para, primero, forzar a la Administración a que se someta a regulación y, segundo, para conseguir que dicha normatividad sea lo más precisa posible. Sirva de ejemplo un botón de muestra sacado de nuestro propio mundo universitario con los baremos de evaluación de curriculums de profesores. Bien se podría haber elaborado un diseño mínimamente preciso que introdujese o multiplicase elementos reglados que limitasen la discrecionalidad. Aterrizando en el tema que nos ocupa de la apreciatividad, la misma reflexión cabe hacer por ejemplo en el polémico caso de las actuaciones policiales. Las leyes generales sobre seguridad apelan al principio de proporcionalidad, sin añadir mayor precisión al respecto. Todos sabemos de la dificultad que entraña regular estos temas, pero no es menos cierto que existen protocolos de actuación cada vez más

precisos que, por la vía del soft law, vienen a llenar el hueco que, quizás, debería cubrir el regulador.

Por tanto hay que recuperar la fe en la Ley y en el principio de vinculación positiva. Pero esa fe, como todas, se debe sustentar en buenas obras y estas pasan inevitablemente por perfeccionar la técnica de producción normativa sin miedo a afrontar una regulación precisa, seria y basada en las enseñanzas de la práctica. Tenemos que ayudar a los jueces introduciendo en el diseño legal más elementos reglados. Muy loable es, desde luego, el planteamiento muy habitual en el Derecho de la Unión Europea que nuestro legislador va aceptando con normalidad, de introducir un glosario de definiciones al comienzo de la norma reguladora de un determinado sector. Con todo, hay que advertir que regular por regular no es la panacea. La sensación de que, por su abundancia, la norma va comiendo terreno a la discrecionalidad y a la apreciatividad puede ser en el fondo una mera apariencia. Y esto ocurre por desgracia, como vemos en la práctica todos los días, cuando se legisla mal o se abusa del soft law administrativo, como acertadamente nos puso de relieve en su momento en la doctrina española el profesor Daniel Sarmiento. Aunque erradicar la discrecionalidad y la apreciatividad puede ser una quimera tan grande como pretender encontrar la cifra exacta del número pi, ello no debe llevarnos a abandonar la búsqueda de una mayor calidad del ordenamiento, pues es esencial para conseguir el logro de la Justicia, valor supremo del Derecho.

No querría terminar este prólogo sin dedicar expresamente unas palabras a la persona del autor. Si excepcional es el libro que el lector tiene en sus manos, el mismo calificativo merece André Saddy. Profesor e investigador riguroso y disciplinado y digno heredero de la escuela de grandes juristas que ha dado la academia jurídica brasileña y que hemos tenido el honor de acoger en nuestras aulas universitarias gracias a la comunidad iberoamericana que nos une y hermana. Desde luego que, como la discrecionalidad, se ha convertido en un autor clásico y capital de nuestra asignatura, que promete un futuro de grandes aportaciones doctrinales. Por ello no exagero al decir que nos encontramos ya ante un jurista de referencia tanto para el mundo jurídico latino como para el anglosajón, donde también ha tenido una gran acogida como investigador de la Universidad de Oxford. De ello buena prueba es este libro que sin lugar a dudas merece ya ser considerada como una lectura jurídica imprescindible. Pero si grandes son las

André Saddy

cualidades intelectuales de André mayores son las personales y humanas. Lo cierto es que está dotado de una fructífera creatividad muy difícil de encontrar en el mundo del Derecho. Dado que el razonamiento jurídico original es un arte, como emanación del espíritu creador del ser humano, no puede menos que concluirse que este libro es la obra de un artista.

Fernando Gonzalez Botija

Professor acreditado para catedrático de la Universidad Complutense
de Madrid – UCM, España

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	6
PRÓLOGO	10
RESUMO	22
RESUMEN	24
ABSTRACT.....	26
ABREVIATURAS E SIGLAS	28
INTRODUÇÃO	30
CAPÍTULO I – ESTADO PÓS-MODERNO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUBJETIVIDADE	44
1.1 Estado, Função Executiva e Administração Pública.....	44
1.1.1 Subjetividade ou Autonomia Pública.....	59
1.1.1.1 Subjetividade ou autonomia pública legislativa	62
1.1.1.2 Subjetividade ou autonomia pública jurisdicional	65
1.1.1.3 Subjetividade ou autonomia pública executiva.....	70
1.2 Atividade administrativa da função executiva e suas distintas formas de atribuição de subjetividade ou autonomia pública	74
1.3 Fases evolutivas e cronologicamente distintas da subjetividade/autonomia na atividade administrativa da função executiva	80
1.3.1 Estado liberal ou mínimo e a absoluta discricionariedade	93
1.3.2 Estado intervencionista e a maturação da discricionariedade	108
1.3.3 Estado pós-moderno e os novos enfrentamentos da discricionariedade	121
1.4 Poderes, faculdades ou prerrogativas da atividade administrativa da função executiva e suas distintas valorações subjetivas	134
1.4.1 Poder normativo ou regulamentar e sua fiel execução	135
1.4.2 Poder de organização (direção e hierárquico) e sua moderação	136
1.4.3 Poder de ordenação, limitação ou de polícia e sua ponderação	137
1.4.4 Poder regulatório e sua execução reflexiva	138
1.5 Funções e formas de atuação administrativa da atividade administrativa da função executiva	139

1.5.1 Atividade de ordenação, limitação ou de polícia	141
1.5.2 Atividade prestacional	150
1.5.3 Atividade de promoção, estímulo, orientação ou fomento	154
1.6 Meios de manifestação da atividade administrativa da função executiva	158
1.6.1 O ato administrativo.....	158
1.6.2 Coação administrativa.....	163
1.6.3 Atividade técnica ou material administrativa	167
1.7 Distintas valorações subjetivas nas funções, formas e meios de atuação da atividade administrativa da função executiva	168
CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	170
2.1 Multidisciplinaridade do estudo da discricionariedade administrativa e sua dificuldade de definição	170
2.2 Conceito de discricionariedade administrativa e sua diferença frente à atuação vinculada.....	176
2.2.1 Diferenças entre discricionariedade potencial e efetiva.....	178
2.2.2 Distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de eleição	185
2.2.3 Tipos de decisões discricionais	188
2.2.4 Modalidades discricionais.....	193
2.3 Elementos essenciais da definição da discricionariedade	195
2.3.1 Margem de liberdade/autonomia/volição	199
2.3.1.1 Margem parcial ou relativa	208
2.3.2 Administração Pública como sujeito	211
2.3.3 Dever de atender aos interesses públicos.....	212
2.3.3.1 O dever discricional	231
2.3.4 A norma jurídica como única fonte ordinária da discricionariedade administrativa.....	236
2.3.4.1 Norma jurídica	241
2.3.4.2 A discricionariedade administrativa e sua relação com as ações deônticas	243
2.3.4.3 A discricionariedade administrativa nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica de competência e de conduta.....	245
2.4 Distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	267

2.4.1 Discricionariedade técnica	296
2.5 Discricionariedade <i>versus</i> arbitrariedade	309

CAPÍTULO III – APRECIATIVIDADE ADMINISTRATIVA318

3.1 As diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos	318
3.2 As diferentes nomenclaturas relacionadas com a apreciatividade	324
3.3 Atividade apreciativa da Administração	327
3.4 Elementos essenciais da definição da apreciatividade	340
3.4.1 Margem de liberdade/autonomia/volição rotineira realizada com algum caráter de imediatidade ou urgência	342
3.4.1.1 Tomada de eleição ou decisão: processos, métodos e técnicas	355
3.4.2 Servidores que atuam na linha de frente ou que têm contato direto com os cidadãos como sujeitos (street-level bureaucrats)	374
3.4.2.1 A automação administrativa	383
3.4.2.2 A inexistência de motivação, procedimento administrativo e ato administrativo formal	387
3.4.3 Deriva da indeterminação do Direito	412
3.4.3.1 Fontes habilitadoras da apreciatividade	422
3.4.3.2 As diferentes fontes habilitadoras como modificadoras de eleições/decisões	446
3.5 Distinções entre apreciatividade e conceitos afins.....	449
3.5.1 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados	449
3.5.2 Poder gracioso.....	452
3.5.3 <i>Interna corporis</i>	454
CONCLUSÕES	456
REFERÊNCIAS	474



RESUMO

O trabalho intitulado “*Apreciatividade e discricionariedade administrativa*” busca demonstrar a existência de quatro, e não apenas três, formas de subjetividade ou autonomia pública. Além da liberdade de conformação ou configuração, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, existe, também, o que se pretende chamar de apreciatividade administrativa. O trabalho expressa que a teoria das distintas margens de liberdade/autonomia/volição administrativa não aborda de maneira correta a existência de todas as condutas administrativas, ou seja, deixa de tratar da subjetividade ou da autonomia pública administrativa habilitada por fontes não voluntárias do Direito, derivada do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do exercício da função, reportando-se normalmente a ações não deônticas, realizadas por agentes públicos que atuam em contato direto com o cidadão, com algum caráter imediato ou urgente, e que são realizadas de maneira rotineira, regular e cotidiana. A proposta, portanto, é teorizar a apreciatividade administrativa. É por meio desse novo *nomen iuris* que se pretende estudar o alcance e o sentido da clássica discricionariedade, assim, demonstrando as analogias e diferenças dessa com este novo instituto. Para tanto, visualizam-se, inicialmente, as fases evolutivas e cronologicamente distintas das subjetividades/autonomias públicas na tomada de decisões fazendo uma incursão histórica sobre a matéria. Na continuidade, questionar-se-á o que são a discricionariedade administrativa e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma vez analisada a extensão de ditos conceitos, passar-se-á a estudar a apreciatividade como liberdade de atuação que opera como se tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo. Ao longo do desenvolvimento da explicação de cada uma das analogias, diferenças e características entre a apreciatividade e a discricionariedade, definir-se-á o novo instituto chamado: apreciatividade administrativa.

Palavras-chave: atuação administrativa; subjetividade ou autonomia pública; liberdade de conformação ou configuração; discricionariedade administrativa; margem de livre apreciação; apreciatividade administrativa.



RESUMEN

El trabajo denominado “*apreciatividad y discrecionalidad administrativa*” busca demostrar la existencia de cuatro y no apenas tres formas de subjetividad o autonomía pública. Además de la libertad de conformación o configuración, la discrecionalidad administrativa en sentido técnico-jurídico, el margen de libre apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados existe, también, lo que se llama de apreciatividad administrativa. El trabajo expresa que la teoría de los distintos márgenes de libertad/autonomía/volición administrativa no abordaba de manera correcta la existencia de todas conductas administrativas, es decir, deja de tratar de la subjetividad o autonomía pública administrativa habilitada por fuentes no voluntarias del Derecho, derivada del contenido del Derecho, de los defectos del sistema jurídico y del ejercicio de la función, reportándose normalmente a acciones no deónticas, realizada por agentes públicos que actúan en contacto directo con el ciudadano con algún carácter de inmediatez o urgencia y que son realizadas de manera rutinaria, regular y cotidiana. La propuesta, por lo tanto, es teorizar la apreciatividad administrativa. Es por medio de ese nuevo *nomen iuris* que se pretende estudiar el alcance y sentido de la clásica discrecionalidad demostrando las analogías y diferencias de esa con ese nuevo instituto. Para tanto, visualiza-se inicialmente las fases evolutivas y cronológicamente distintas de la subjetividad/autonomía pública en la tomada de decisiones haciéndose una incursión histórica sobre la materia. Después se cuestiona qué es la discrecionalidad administrativa y el margen de libre apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados. Una vez analizada la extensión de dichos conceptos, se pasa a estudiar la apreciatividad como libertad de actuación que opera como si se tratase de una elección/decisión, de un verdadero proceso volitivo. A lo largo del desarrollo de la explicación de cada una de las analogías, diferencias y características entre la apreciatividad y la discrecionalidad se define el nuevo instituto apreciatividad administrativa.

Palabras claves: actuación administrativa; subjetividad o autonomía pública; libertad de conformación o configuración; discrecionalidad administrativa; margen de libre apreciación; apreciatividad administrativa.



ABSTRACT

The work entitled “*appreciation and administrative discretion*” seeks to demonstrate the existence of four and not only three forms of public subjectivity or autonomy. In addition to the freedom of configuration, the administrative discretion in its technical legal sense and the margin of appreciation of the indeterminate legal concepts, there is also what we called administrative appreciation. The work expresses that the theory of the different margins of freedom/autonomy/volition existed in the Public Administration does not address correctly the existence of all administrative behaviour, i.e., does not attend to the public subjectivity/autonomy enabled by not voluntary sources of the Law, arising from the content of the Law, from the legal system defects and also from the exercise of the function, reporting normally to a not deontic actions, performed by public officers acting in direct contact with the citizens with some character of immediacy or urgency and also performed routinely, regular and daily. The proposal, therefore, is to theorize the administrative appreciation. It is through this new *nomen iuris* which we aims to study the scope and meaning of the classical idea of administrative discretion showing its analogies and differences in comparing with this new institute. For that, we have initially displayed the chronologically and evolutionary phase of the different types of public subjectivity/autonomy of any decision-making. Then we asks what is the administrative discretion and the margin of appreciation of the indeterminate legal concepts. After analyzing the extension of these concepts, we study the administrative appreciation as a freedom of action that operates as a choice/decision of a genuine volitional process. Throughout the development of the explanation of each of the similarities, differences and characteristics between the administrative appreciation and the administrative discretion we could define this new institute.

Keywords: administrative action, public subjectivity or autonomy, freedom of configuration, administrative discretion; margin of appreciation of the indeterminate legal concepts; administrative appreciation.



ABREVIATURAS E SIGLAS

§	- Parágrafo
a.	- Ano
AA. VV	- Autores variados
<i>Apud</i>	- Citado por
Art./Arts.	- Artigo/Artigos
Cap.	- Capítulo
CE	- Comunidade Europeia/Tratado de Roma de 1957 com suas modificações
CE	- Constituição Espanhola
Cf.	- Conforme
COM	- Comissão das Comunidades Europeias
Coord.	- Coordenador
dir.	- Diretor
doc.	- Documento
Dr.	- Doutor
ed.	- Edição
eds.	- Editores
EEUU	- Estados Unidos das América
ex.:	- Exemplo
<i>Et seq.</i>	- Seguente o que se segue
<i>et al.</i>	- E outros
etc.	- <i>Etcétera</i>
<i>Ibidem</i> ou <i>ibid.</i>	- na mesma obra
<i>Idem</i> ou <i>id.</i>	- mesmo autor ou igualmente ao anterior
<i>In</i>	- Dentro de
l.	- Local
LGDJ	- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
m.	- Mês
n.	- Número
ONU	- Organização das Nações Unidas
<i>Op. cit.</i>	- <i>Opus citatus</i> (obra citada)
<i>opud</i> citado	- significando conforme segundo
Org.	- Organizador

p.	- Página
PNR	- Ponto de não retorno
s.	- Sem
Sr.	- Senhor
ss.	- Seguintes
t.	- Tomo
U.S.	- <i>United States Supreme Court</i>
UCL	- <i>University College London</i>
UE	- União Europeia
UFSC	- Universidade Federal de Santa Catarina
UNAM	- Universidad Nacional Autónoma de México
v.	- Volume
Vide	- Ver
Vol.	- Volume

INTRODUÇÃO

O estado atual do estudo da margem de liberdade/autonomia/volição administrativa demonstra que é a norma jurídica que concede competência aos representantes do povo para definirem a opção que a Administração Pública seguirá. A intenção do presente trabalho é tratar a “*faceta*” relacionada com a margem de opção ou com a dita subjetividade/autonomia nas diferentes formas de atuação da Administração, principalmente no tocante à atuação rotineira, regular e cotidiana realizada e aplicada por todos os agentes administrativos em contato direto com o administrado e que devem executar ações com algum caráter imediato ou com urgência.

É possível pensar que já se tenha analisado tudo no tocante às distintas formas de manifestação da vontade administrativa, que seja tarde para inovar em algo, mas o certo é que ainda há muito a estudar quanto às práticas e à teoria das diversas margens de liberdade/autonomia/volição administrativa.

Neste trabalho, pretende-se defender que toda a prerrogativa administrativa, quando exercida por meio de diferentes formas de atuação, possui modos distintos de atribuição. Além da atribuição vinculada que caracteriza certas atuações administrativas, também, existe uma liberdade de conformação ou configuração, a clássica discricionariedade, as margens de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e o que se pretende denominar apreciatividade. A diferença encontrar-se-á na forma de atuação para o exercício das diferentes funções administrativas. Mas, por que o termo apreciatividade? A ideia é evitar uma contradição com os outros institutos, como se perceberá ao diferenciar-se a discricionariedade do que se denomina aqui de apreciatividade. O termo é uma palavra nova e que deriva do termo apreciação, que significa ação ou efeito de apreciar, ou seja, de reconhecer e estimar o mérito de algo realizando uma análise mediante a estimação do valor do objeto, obra ou fato.

Em caso algum se questiona a existência de uma tomada de decisão pessoal do agente público em sua conduta diária. A questão restringe-se em saber se daí cabe deduzir a existência ou não de uma margem de liberdade/autonomia/volição; se tal liberdade é o que se conhece por discricionariedade ou se não é discricionariedade, mas sim outra figura

jurídica. Como se poderá perceber ao longo do trabalho, há quem afirme que tal margem de liberdade é uma forma de discricionariedade, tomando como critério o fato de que se adote uma decisão pessoal de atuar com base em formulações legais mais ou menos imprecisas. Ou seja, que suas ideias se cimentam na concepção de que as orientações legais vagas, ao serem frequentemente ambíguas, asseguram uma maior flexibilidade, incluindo a intencionalidade. Outros sustentam que não se poderia denominar discricional, mas sim margem de livre eleição ou margem de livre apreciação derivada dos conceitos jurídicos indeterminados que desembocarão, a princípio, em uma única solução ajustada ao Direito. O que se demonstrará com o presente trabalho é a existência de outra concepção, de uma margem de liberdade apreciativa que, apesar de expandir os âmbitos da margem de liberdade da Administração, não reduz, em absoluto, seu eventual controle em qualquer âmbito, inclusive, no judicial.

Assim, no contexto das transformações do século XXI e do surgimento de um Estado pós-moderno, este trabalho pretende tratar de um fenômeno jurídico existente na prática, mas pouco explorado na ciência do direito administrativo – qual seja, a subjetividade ou autonomia pública administrativa habilitada por fontes não voluntárias do Direito, derivadas do conteúdo do Direito, dos defeitos dos sistemas jurídicos e do exercício da própria função do agente, referindo-se normalmente a ações não deônticas, realizadas pelos agentes públicos que atuam em contato direto com o cidadão e com algum caráter imediato ou urgente, bem como de maneira rotineira, regular e cotidiana. Ademais, diante do fato de que o direito administrativo está em um período de notável inovação e transformação se justifica o presente trabalho para se voltar a enfrentar um tema tão importante sob a moderna doutrina que surgiu nos últimos anos.

Não serão objeto do trabalho os diversos aspectos que apresentam a subjetividade ou autonomia pública. Não se tratará especificamente das chamadas discricionariedade política, legislativa ou judicial, tampouco da bastante explorada discricionariedade administrativa, derivada das normas jurídicas. Não se estudarão as ações realizadas pela elite da Administração, por seus subordinados ou aqueles que, por concurso público, possuem cargos diretivos e de supervisão, concretizadores de atos administrativos precedidos de um procedimento administrativo. O trabalho limitar-se-á a abordar a conduta administrativa na qual não exista um procedimento administrativo

e/ou motivação formal prévia, em que não tenha a necessidade de um ato administrativo formal ao final de sua execução, ou seja, estudar-se-á a tomada de decisão exercida nas formas de materialização administrativa conhecida como coação administrativa e atividades técnicas ou materiais da Administração.

Portanto, o trabalho centrar-se-á na análise dos aspectos relacionados com o objeto da atuação administrativa, com a conveniência administrativa em respeito a seu caráter adequado, o que é justo, razoável, eficaz, apropriado e moral. Também, abordar-se-á a oportunidade administrativa no tocante ao melhor momento para a prática da ação administrativa, vendo as circunstâncias que estão envolvidas no caso de imediatidade ou urgência, ou seja, em casos em que é necessária a celeridade para a concretização do dever de atuar, como busca da eficiência administrativa. Não se tratará especificamente, conquanto seja abordada, a localização da margem de liberdade nos elementos do ato administrativo ou nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta. Tampouco se analisarão as etapas de formação do ato administrativo e as causas das diferentes modalidades de subjetividades ou autonomias públicas.

Tudo isso já está bastante sedimentado. Porém não se deixará de pontuar alguns desses aspectos para que o leitor entenda as diferenças entre o instituto que se analisa (apreciatividade) e a clássica discricionariedade administrativa. Em seu devido momento, tais temas serão focalizados para que se saiba o posicionamento do autor em atinência ao assunto, mas, desde já, deixa-se claro que se limitará a realizar breves observações. De qualquer modo, tomar-se-á posicionamento com respeito às divergências que a matéria suscita. Ao longo de todos os pontos controversos deste estudo, tentar-se-á apontar as correntes de opinião existentes e a posição do autor.

Então, o que justifica a pesquisa é a busca de distinções entre a clássica e já bem conhecida discricionariedade e o que se pretende denominar 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.

O núcleo central do trabalho, portanto, é o estudo do alcance, sentido e limites da discricionariedade e, principalmente, do que se quer chamar apreciatividade. Desde o surgimento do direito administrativo, o estudo sobre a discricionariedade administrativa vem madurando. Por isso, outra pretensão do presente trabalho, além de contribuir para essa maturação, 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.

O desafio é abordar as já sedimentadas lições sobre a discricionariedade e aplicá-las às tomadas de decisões, normalmente realizadas com algum caráter de imediatidade ou urgência, executadas pelos agentes administrativos que atuam na linha de frente, isto é, que são os executores de condutas frequentemente rotineiras, regulares e cotidianas.

Tal perspectiva se encaixa na advertência de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que sustenta que a discricionariedade “*ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo*”, de EVA DESDENTADO DAROCA², quando coloca que “*el estudio de la*

¹ 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 recrudescerse 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).

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

discrecionalidad se ha convertido en una inacabada y quizá 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 SCHWARTZ³, o qual, no mesmo tom, enuncia que “*indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?*”. LUIGI BENVENUTI⁴, 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*”⁵. 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 público⁶, pois é um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder. Além disso, como bem-assinala K. H. WEBER⁷, “*la delimitación de las competencias de los poderes del Estado*

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

⁴ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 3.

⁵ 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 MENUÑO (MENUÑO, 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*”.

⁶ 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*”.

⁷ 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).

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 MORÓN⁹, que é lógico que a discricionariedade 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 autor 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 HUBER¹⁰, a discricionariedade é o "cavalo de Troia" no Estado de Direito (*trojanisches Pferd des Verfassungsrechtsstaates*). Tal metáfora parte da premissa que a discricionariedade 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 BULLINGER¹¹ 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 WALINE¹² 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.

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

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 109 e 112.

¹¹ HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und krise des Rechtsstaates. In: Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti). Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953, p. 66.

¹² BULLINGER, 1987, apud BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41.

¹³ 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.

GALLIGAN¹³ 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 discricionariedade, dessa maneira, é ubíqua¹⁴ e parte inevitável da Administração Pública¹⁵, de modo que se constitui como uma das características definidoras da atividade administrativa.

FRIEDRICH A. HAYEK¹⁶ 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

¹³ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 2.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ HAYEK, Friedrich A. The constitution of liberty. Chicago: University of Chicago Press, 1960, p. 211 e ss.

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.

Logo, a subjetividade ou autonomia pública administrativa é um tema clássico do direito público, por isso, é difícil trazer algo novo, original e útil ao seu estudo. O entendimento de que no Direito é impossível aportar algo rigorosamente novo, mas apenas estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenômenos que graças a estas podem explicar-se melhor⁷, não interessa, no presente trabalho, pois seria voltar aos assuntos já estudados por outras pesquisas. Parece útil, no entanto, seguir tentando, na medida do possível, atualizar a matéria, inovando quiçá timidamente e aproveitando para oferecer, além de um enfoque novo – refere-se aqui à questão da apreciatividade – outro que até o momento parece não ter recebido a devida consolidação por parte da doutrina – refere-se aqui à discricionariedade. É isto que se tenta destacar neste trabalho, além de aportar pequenas teses originais em seu desenvolvimento com a intenção de melhorar o sistema jurídico. É necessário cumprir com o dever de pensar criticamente na hora de abordar as instituições e, eventualmente, propor a possível existência de novas figuras cuja busca será o objetivo neste trabalho. E isso, inclusive, ainda que tal intenção faça surgir uma forte polêmica e muitos se mostrem em desacordo com a ideia proposta. Afinal de contas, a beleza de qualquer ciência é estar aberta a inovações e retificações.

Por este motivo, tentar-se-á responder a uma série de perguntas, tais como: Qual é a efetiva zona de liberdade de atuação que possui o agente público? É possível ou não reconhecer, no exercício dos poderes administrativos, uma zona de liberdade de conduta? Em caso afirmativo, quais são os limites impostos ao exercício dessa liberdade? Além disso, qual é a natureza jurídica da liberdade de ação administrativa imediata ou urgente? Existe possibilidade, fática ou jurídica, de regular essa opção ou, ao invés disso, seria uma opção livre e subjetiva dos agentes? O tratamento do tema da discricionariedade não ampliaria as garantias dos administrados no que concerne aos critérios para seu exercício? Seria o exercício da

⁷ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 17.

discricionariedade próprio da atuação administrativa plasmada em atos formais ou, ao contrário disso, esta margem de liberdade também existe nas atividades materiais ou técnicas da Administração e na coação administrativa? Que princípios informam essas opções da conduta administrativa que exige respostas imediatas ou urgentes? Existindo margem de liberdade, quando foi efetivamente o sujeito investido de tal? Entre muitas outras.

A ideia que fundamenta este trabalho é fazer um estudo multidisciplinar. Por isso se abordam ideias expostas pelos filósofos do Direito, sociólogos do Direito, da teoria geral do Direito e por administrativistas.

Este estudo também foi elaborado pensando-se na prática da Administração Pública. Porém há de recordar que, conquanto se pense na prática administrativa, a exposição científica de um trabalho, como o que aqui se pretende realizar, precisa de uma metodologia que seja ao menos didática para que logo o jurista possa utilizá-la. Por isso que se 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 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.

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 **primeiro capítulo**, temas como o surgimento do Estado e as mudanças de paradigmas atualmente vivenciadas, evidenciando as fases evolutivas e cronologicamente distintas da subjetividade/autonomia pública na tomada de decisão. Far-se-á uma incursão histórica, em primeiro lugar, porque interessa aportar uma visão preliminar do percurso da discricionariedade, sem outra preocupação que não seja a de introduzir o tema. Defender-se-á que essas valorações subjetivas ou de autonomia estão em toda e qualquer ação e possuem distintos níveis quando estudadas sob o enfoque do Estado. Distinguir-se-á, assim, uma subjetividade ou uma autonomia pública do legislador, do juiz e do administrador, intuindo que a subjetividade/autonomia pública é o gênero em que os adjetivos qualificadores são espécies suas.

Além dessa evidente distinção entre os níveis de subjetividade existentes entre as distintas funções estatais, distinguir-se-ão as atividades exercidas pela função executiva, objeto do trabalho. Afirmar-se-á que cada uma dessas atribuições, também chamadas poderes, faculdades ou prerrogativas, possuem uma margem para sua aplicação. A subjetividade/autonomia impregna toda forma de atuação. E isso significa que a Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, seja de maneira explícita ou implícita, fá-lo usando uma margem que se caracteriza por subjetividade ou autonomia pública, atribuída de cinco maneiras: vinculada, conformadora ou configuradora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

Por fim, defender-se-á que as diferentes formas de poderes, faculdades ou prerrogativas possuem distintas formas de ser atribuídas, podendo, ou bem ser vinculadas, ou bem ser subjetivas/autônomas. Tais opções valorativas dependerão da forma de atuação da Administração.

No **capítulo segundo**, estudar-se-á a discricionariedade administrativa e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma vez que o estudo deseja traçar o que é apreciatividade administrativa e quais são seus limites e técnicas de contenção, é forçoso questionar-se quais são as outras formas de atribuição de subjetividade ou

autonomia pública. Não teria sentido, ou estaria incompleto, um discurso sobre as formas de atribuição de subjetividade caso não se fixasse um conceito de discricionariedade e não a diferenciasse da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Contudo não se pretende abordar muito dos diversos aspectos suscitados por tais institutos, posto que demandaria um espaço próprio, incompatível com o objetivo do presente trabalho. Por este motivo, centrar-se-á o trabalho na ideia principal de diferenciar tais conceitos do que se chama aqui de apreciatividade. Assim se fará porque toda pesquisa científica, como tal, requer delimitar com precisão os contornos das instituições que serão estudadas. Desse modo, o propósito é definir a discricionariedade administrativa e diferenciá-la da margem de livre apreciação, para dispor de instrumentos de trabalho seguro. Tais conceitos servirão de ferramenta para delimitar o campo de estudo do presente trabalho, ou seja, da apreciatividade.

Uma vez analisada a extensão da discricionariedade, resulta necessário distinguir a mesma do instituto-chave do presente trabalho, ou seja, da apreciatividade administrativa. É esse o objetivo do **terceiro capítulo**. Para tanto, analisar-se-á a teoria e as pesquisas empíricas sobre a chamada discricionariedade policial (*police discretion*), médica (*medical discretion*) e social (*social work discretion*). De tais, depreender-se-á que existem muitos casos em que a Administração possui uma liberdade a qual não é possível chamá-la de discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico. O maior triunfo de tais estudos será demonstrar que a ênfase dada pelos juristas ao conceito de discricionariedade é reducionista, não explicando todos os fenômenos que ocorrem no sistema, por conseguinte, justifica-se que a ênfase seja colocada no modo como a margem de liberdade é exercida no terreno ou no campo. Assim, analisar-se-á uma liberdade de atuação, ou melhor, de apreciação, que opera como se tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo. Por isso, a doutrina simplesmente a denomina: discricionariedade. Há quem a considere como um tipo de discricionariedade, a chamada discricionariedade tática. E, enfim, há quem evite utilizar o termo discricionariedade, preferindo outros como margem de apreciação ou *Definitionsmacht* (poder de definição).

Ao longo do desenvolvimento da explicação de cada uma das diferenças e características entre a apreciatividade e a discricionariedade, analisar-se-á a definição do que aqui se deseja chamar de apreciatividade

administrativa. E, ao final do capítulo, diferenciar-se-á esta de outros conceitos afins, como a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, os poderes graciáveis e os atos *interna corporis*.

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. Com a intensão de particularizar os aspectos relacionados à apreciatividade, aportar-se-ão ao trabalho, em notas de pé de página, estudos relativos à margem de liberdade da polícia. Sua finalidade é proporcionar um conhecimento que traga respostas práticas ao leitor. 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 I – ESTADO PÓS-MODERNO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUBJETIVIDADE

1.1 Estado, Função Executiva e Administração Pública

O homem é ser gregário, que precisa do próximo para conviver e cooperar no alcance dos fins de sua existência¹⁸, no entanto, cada qual possui a faculdade de transformar suas vontades em atos¹⁹. Poder é a energia que movimenta o homem e as sociedades para a realização de objetivos; é o que move indivíduos e grupos na busca de suas realizações²⁰. Por óbvio, que, aos poucos, diversas instâncias sociais de poder colidem, fazendo-se necessário o uso mecanismos que garantam segurança, como uma espécie de previsibilidade do curso dos acontecimentos. Nesse movimento, surgiu o conceito de ordem como forma de organização dos fenômenos do poder, de modo a assegurar tal previsibilidade, identificando-se, em paralelo, o

¹⁸ JOHANNES ALTHUSIUS (ALTHUSIUS, Johannes. La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani (Politica methodicae digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata). Torino: Claudiana, 2009 – 1º edición de 1603, p. 32) dizia: “*l'uomo è per sua natura un animale gregario, nato per coltivare la vita sociale insieme agli altri uomini*”.

¹⁹ SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 5) afirma que: “*La combinazione del potere, inteso come potenza di agire, con la forza, intesa come azione diretta ad ottenere un determinato scopo mediante l'imposizione ad altri di un dato comportamento scemandone o impedendone il libero arbitrio, trova nella norma, che riconosce la prevalenza di un interesse, quell'elemento di unificazione che nel concetto di potere giuridico compendia i caratteri di una possibilità di agire atteggiandosi come entità autonoma, ma giuridicamente condizionata e limitata nella sua concreta estrinsecazione, in vista del soddisfacimento di un dato interesse*”.

²⁰ TALCOTT PARSONS (PARSONS, Talcott. Power and the social system. In: LUKES, S. (ed.). Power. New York: New York University Press, 1986, p. 94-143, p. 94): “*power is one of the key concepts in the great Western tradition about political phenomena, it is at the same time a concept on which, in spite of its long history, there is, on analytical levels, a notable lack of agreement both about its specific definition, and about many features of the conceptual context in which it should be placed. There is, however, a core complex of its meaning having to do with the capacity of persons or collectivities 'to get things done' effectively, in particular when their goals are obstructed by some kind of human resistance or opposition*”.

estabelecimento de uma ordem artificialmente criada, dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social.

É o Direito que, também de maneira simplificada, seria a técnica social criada para disciplinar, limitar e conter o abuso de poder. Em outras palavras, significa que é o conjunto de normas dotadas de autoridade, o qual institucionaliza comandos em determinada sociedade. Ambos – poder e direito – relacionam-se dialeticamente com a noção de liberdade.

Como o poder tende a manifestar-se por meio de instituições sociais, observou-se, ao longo dos tempos, ser imperativo transferir o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante, o qual, agindo em nome da vontade de todos, zelasse pelo bom funcionamento da sociedade, atingindo-se a harmonia e o bem-estar geral²¹. Como se pode depreender, a sociedade se funda no reconhecimento de um polo de poder suficiente para impor, coercitivamente, comportamentos e assegurar convergências²².

Criaram-se, em virtude disso, as instituições políticas, que, em seu conjunto, abarcam a organização política de determinado povo, que produziu a modalidade institucional do Estado, a quem se reconhece a expressão de vontade popular, assentado em determinado território, instituindo um Governo dotado de legitimidade para impor limites – maiores ou menores – à liberdade individual, em prol do interesse e da harmonia da coletividade²³.

²¹ O fundamento de este poder citado varia conforme a época e o contexto histórico. Há quem sustente o fundamento teológico do poder, em que o poder do governante deriva de Deus, no sentido de que o poder máximo que este detém sobre os demais encontra sua justificativa no fato de que ele é uma manifestação do poder que Deus tem sobre o mundo. Outros sustentam que o poder deriva de um acontecimento histórico ou de uma determinada direção do desenvolvimento histórico, que concentra, numa pessoa, numa classe, num povo, a força para governar outros homens. Por fim, tem-se como fundamento do poder o livre acordo dos homens, que, num determinado momento histórico, decidiram a criação do Estado.

²² A sociedade, diferentemente da comunidade, de formação espontânea e regida pelo Direito natural, tem formação voluntária, regida pelo Direito Positivo. Estruturada por um poder dominante, é regida por um contrato, cujas leis encontram sua plenitude nos fins sociais.

²³ Por exemplo, para Giorgio Del Vecchio (VECCHIO, Giorgio Del. Teoria do Estado. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 100), o: “*Estado racionalmente concebido é o ponto ideal de convergência dos direitos individuais, que lhe são logicamente anteriores, mesmo quando dêle esperam o positivo reconhecimento e a positiva confirmação. Em todos os momentos de sua ação, não pode o Estado prescindir daquela sua fundamental ‘razão de ser’, que representa, a um tempo, seu princípio e fim, entendendo estes vocábulos, não em sentido empírico ou cronológico, mas na significação filosófica que lhes é peculiar*”.

Nessa concepção, o Estado é *meio* para a consecução dos *fins* da sociedade, hoje, normalmente positivados na Constituição²⁴. Tais fins constituem peça fundamental na ação governamental, estando os agentes públicos, que receberam a outorga de poder, adstritos ao seu cumprimento²⁵.

De longa data, os agentes públicos possuíam a tarefa de administrar a vida social, resolvendo conflitos, amigavelmente ou por força, por meio de normas por eles emanadas. Aristóteles²⁶ identificou, primeiramente, o que hoje se entende como funções do Estado (deliberante, executiva e judiciária). Mais adiante, John Locke²⁷, que também observou três funções do Estado, recomendou que seus exercícios fossem realizados por órgãos independentes, respeitando-se a superioridade da função federativa²⁸. Somente com

²⁴ KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Granada: Comares, 2002.

²⁵ Conforme Aurora Arnaiz Amigo (AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines del Estado. Justitia. São Paulo, v. 36, n.87, p. 163-187, out./dez. 1974, p.173): “*Los fines esenciales e integrales de un Estado determinado forman su acervo doctrinario y programático, que se encuentran en los principios políticos y en su organización. Ambos originan las Cartas Magnas de los Estados Modernos. Así, la política de los gobernantes y de los gobernados deberá tender a laborar una estructura social consecuente con los principios elaborados. En la acción política la exaltación de las plataformas pragmáticas suele encubrir el vacío de la improvisación, antesala de la anarquía. Sin principios que aplicar, y sin acción dirigida a la consecución de fines, no hay sociedad política. Podrá existir una comunidad detenida en el tiempo y atendida a un matriarcado social, sinónimo de elementos primigenios no desarrollados*”.

²⁶ ARISTOTLE. La Constitución de Atenas (Athenaion Politeia). Tradução de Antônio Tovar. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948. Escrito aproximadamente entre os anos de 330 a. C. a 320 a. C.

²⁷ LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1ª edição de 1690.

²⁸ John Locke (ibidem) estabelece uma distinção entre Legislativo, Executivo e federativo. O Legislativo, denominado, por ele, de “*legislative power*”, faz o Direito, mas também inclui funções que, mais tarde, Montesquieu especificará dentro do Judiciário (ibidem, p. 299): “*whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth, is bound to govern by established standing laws, promulgated and known to the people, and not by extemporary decrees, by indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws*”. John Locke concebe como “*executive power*” o respaldo da força “*remain in force*” às decisões do Poder Legislativo (ibidem, p. 314): “*because the laws that are at once, and in a short time made, have a constant and lasting force, and need a perpetual execution, or an attendance thereunto, therefore it is necessary there should be a power always in being which should see to the execution of the laws that are made, and remain in force*”. Finalmente o terceiro poder, “*federative power*”, reduz sua função à paz e à Guerra, liga e aliança (ibidem, p. 315): “*contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth*”.

Montesquieu²⁹ que, sistematizando as lições de Aristóteles e John Locke, preconizou-se que o exercício das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas distintas, cada qual atuando com independência no exercício de suas funções primordiais³⁰; afinal, se o uso do poder levaria a abusos, somente o poder limitaria o próprio poder³¹.

A história demonstra que, com o transcorrer do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. Entre essas mudanças, pode-se também verificar distintas formas de manifestação de vontades, entre elas uma que está dotada de liberdade.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803 - 1ª edição de 1748.

³⁰ Montesquieu (ibidem, Livre XI, cap. VI, p. 293), no Livro XI, distingue três poderes que denomina: “Il y a dans, chaque État, trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre, simplement la puissance exécutive de l'État.

La liberté politique, dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté: et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel, qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative & de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”.

³¹ Montesquieu (MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803 - 1ª edição de 1748. Livre XI, cap. IV, p. 291) afirma: “mais, c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté a en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites [...] Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”.

Certo é que, desde que o povo transferiu o exercício do poder a um representante para que esse zelasse pelo bom funcionamento da sociedade – existindo um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergências fundadas na coerção/imperatividade –, observam-se valorações subjetivas ou se desejam formas de subjetividade distintas conforme o modo de atuar desses representantes. Tais formas subjetivas de liberdade são formas de autonomia que podem ser privadas ou públicas³².

No entanto, tal papel, até certo ponto, foi mínimo, uma vez que suas técnicas de coerção e imperatividade eram primitivas. A sociedade medieval pluralista³³ se apresentava como uma estrutura de dominação, que objetivava, ao menos teoricamente, a defesa do território, a aplicação do Direito e a proteção da Igreja. Exercido, a princípio, por meio de técnicas patrimoniais, regido por um direito de propriedade, o representante exercia sobre os demais uma série de atividades interventivas, principalmente depois do final do século XI, quando houve uma ampliação das explorações e uma melhora dos sistemas de cultivo, que ocasionaram um excedente de produção agrário e possibilitaram o início das atividades comerciais e a ruptura da economia autárquica, base do sistema feudal.

A melhora das condições econômicas levou à reaparição de centros urbanos, onde se instalou a burguesia artesanal e comercial. Nessa época, já se observavam diferentes formas de intervenção dos que detinham a representação, mesmo que entendidas como um direito divino dos representantes e uma obrigação dos representados. Tais intervenções se impulsionaram com o processo de consolidação dos feudos, que se deu basicamente por três motivos: pelas campanhas militares – ora por motivação

³² Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), a autonomia privada resulta de uma permissão normativa genérica, sendo lícito o que não está proibido. A autonomia pública é o espaço de livre criação de efeitos jurídicos que resulta de uma regra atributiva de competência concreta, ou seja, de uma norma habilitadora e conformadora da titularidade e exercício do respectivo poder, sendo, portanto, apenas lícito o que é permitido. É nada mais que uma margem de livre decisão juridicamente permitida. Tal subjetividade ou autonomia está condicionada a vários aspectos, devendo assim ser exercida nos precisos termos que a norma prevê.

³³ Pluralista, pois o Direito, sob a qual estava regulada, originava-se de diferentes fontes e estava organizado em diversos ordenamentos.

religiosa ora por motivação econômica; pela arrecadação tributária como instrumento imprescindível para manutenção de um exército; e pela montagem de uma burocrática estrutura, para administrar ambos³⁴.

Com a dissolução dessa sociedade medieval pluralista, nasceu o Estado moderno, sob a forma de um Estado absolutista (século XVI e XVII). Nele, o monarca se converte no titular por direito próprio de todas as funções e poderes do Estado; todo poder emana dele e nele reside³⁵, desconhece qualquer outro ordenamento jurídico distinto ao não estatal, bem como toda outra fonte jurídica estatal que não a lei³⁶.

Esse Estado deixou de lado o aparato puro de dominação, alheio à sociedade, para passar a interessar-se ativamente pela harmonia social, intervindo de forma crescente não só na economia, mas também na vida social, intelectual, religiosa, etc. Pela primeira vez, tentou-se organizar e dirigir a evolução da sociedade. Por isso, o nascimento de um Estado, chamado moderno.

Fácil é, portanto, visualizar que esse Estado precisou de organizações burocráticas de maiores complexidades (tesourarias, tribunais, assistência médica e religiosa, etc.) e que o exercício do seu poder fatalmente levaria ao

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. I.

³⁵ Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto). Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992, p. 13), nesse sentido, comenta: “*entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque se tornou definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer limites jurídicos para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como legibus solutus*”.

³⁶ Nesse movimento absolutista, é necessário considerar a doutrina do maquiavelismo, que lutou pela formação de um Estado absolutista sem limites jurídicos, mas também sem limites religiosos, morais, sociais, entre outros. Para essa doutrina, quando se proclamava que o príncipe estava acima das leis, significava dizer que ele estava também acima das leis divinas e morais. Estava acima do bem e do mal, acima dos mortais (MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe [comentado por Napoleón Bonaparte]. Tradução e notas Eli Leonetti Jungl. Madrid: Espasa-Calpe, 2006).

Há, também, a teoria da razão do Estado, que deve ser entendida como aquela em que o Estado tem suas próprias razões, as quais o indivíduo desconhece. Em nome dessas razões, o Estado pode atuar de maneira diferente ao indivíduo comum, pode atuar de modo diverso ao que o indivíduo comum atuaria. O Estado e o indivíduo comum possuem, portanto, morais diferentes. Aqui, o Estado não se obriga nem às leis jurídicas nem às leis morais.

abuso. Afinal, a Administração Pública, aqui, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, forçando os comuns a uma reação e o Estado a uma decadência. Em tal período, as intervenções, principalmente na economia, eram intensas e injustas, relembre-se o mercantilismo e sua política de acumulação máxima de metais preciosos, tráfico comercial, atividades de produção interior, exportação e contenção da importação.

Nesse processo, o modelo de Estado moderno evoluiu de um protótipo personalizado e absolutista, caracterizado pelo poder ilimitado do monarca, para configurações mais avançadas, como a do tipo de Estado legalizado, sob a égide do Estado de direito⁷⁷, atento à legalidade, mas desinteressado da legitimidade; ou seja, qualquer que fosse a lei emanada do Estado, constituiria sempre o Direito.

O Estado moderno surgiu dessa reação, que teve como marco histórico as duas Revoluções Inglesas do século XVII e a Revolução Francesa do século XVIII. Vale recordar que existiu um Estado de direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinal, onde não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, apenas, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (império, Igreja, príncipe, corporações, entre outros), nenhum dos quais detinha monopólio na produção jurídica⁷⁸.

⁷⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22 e 23) refere que, pela concepção clássica do Estado de direito, seus pontos fundamentais são: “1. o reconhecimento da liberdade dos cidadãos, dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis; 2. o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei; 3. o princípio da justicialidade, que exige a existência de um órgão independente para decidir os litígios; 4. o princípio da igualdade de todos perante o direito, vedado qualquer tipo de discriminação; 5. a concepção substancial do direito que, fazendo-o decorrer da natureza do homem, imprime-lhe caráter de justiça”.

⁷⁸ Sobre a Revolução Francesa e a Administração contemporânea do Estado, vide: PRUDHOMME, Louis Marie. Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins. Paris: P. de Lormel, 1790; GENTZ, Friedrich von, ADAMS, John Quincy. The Origin and Principles of the American Revolution compared with the Origin and Principles of the French Revolution. Philadelphia: Asbury Dickins, opposite Christ-Church. H. Maxwell, printer, Columbia-House, 1800, p. 52-54; TOCQUEVILLE, Alexis de. L'ancien régime et la révolution. Paris: Gallimard, 1953 - 1º edición de 1856; GROETHUYSEN, Bernard. Philosophie de la Révolution française. Paris: Gonthier, 1956; GARCÍA DE

O Estado de direito moderno nasce com a forma de Estado de polícia³⁹, mas é apenas com o Estado legislativo de direito que o princípio da legalidade ganha projeção como critério exclusivo de identificação do Direito válido e antes ainda existente, com independência de sua valoração como justo. Apenas com a subordinação da legalidade à Constituição, ou seja, somente quando a Constituição foi definida como hierarquicamente superior às demais leis, como normas de reconhecimento de sua validade, é que se teve uma mudança para um Estado constitucional de direito, em que a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe proibições e obrigações de conteúdo⁴⁰.

Ambos os modelos, hoje, estão em crise, motivo pelo qual se comenta sobre novo-constitucionalismo/neoconstitucionalismo⁴¹, nova teoria do

ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.

³⁹ O regime de Estado de Polícia adotou como forma de governo a monarquia absoluta. Nesse período histórico, a discricionariedade era a mais ampla possível. O administrador tinha a total liberdade, tendo em vista os dois fundamentos característicos desse Estado – soberania e políca – de assumir novos fins e procurar realizá-los independentemente da norma jurídica. Poder-se-ia dizer que, nessa época, somente existia arbitrariedade, e não discricionariedade.

⁴⁰ Recordar-se que o constitucionalismo teve duas tradições: a norte-americana, onde a Constituição era tida como regra de jogo, como pacto de mínimos que permite assegurar autonomia aos indivíduos, cujo poder constituinte do povo era o limitador do poder político, em especial, do Legislativo, e cuja Constituição era tida como lei suprema (determinava quem mandava, como mandava e até onde podia mandar); e a francesa, em que a Constituição não se limitava a fixar as regras do jogo, mas queria participar diretamente do mesmo, sendo a vontade geral ilimitada (determinava quem deveria mandar). Vale mencionar que o chamado neoconstitucionalismo vem sendo definido como a reunião de ambos os modelos.

⁴¹ Vale diferenciar, bem sucintamente, o constitucionalismo do neoconstitucionalismo. De acordo com Paolo Comanducci (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 82): “*El constitucionalismo, [...] es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.*”

direito/pós-positivismo jurídico e novo Estado/Estado Democrático de Direito²². Esse tripé juspolítico-moral, resultado natural das transformações geopolíticas, políticas e econômicas²³ que o mundo contemporâneo vem sofrendo, culminará com o fim do chamado Estado moderno, engendrando o Estado pós-moderno, o qual trará muitas mudanças²⁴.

Entre as principais transformações, cabe destacar: a abertura à cooperação internacional; a crescente busca pela negociação no âmbito externo; as constantes tentativas de aperfeiçoar as declarações de Direito; como instrumentos aglutinadores dos direitos naturais inerentes a qualquer pessoa; a divisão da estrutura global em vários níveis ou tipos de entidades, com capacidade distinta de regulação, gestão e atividade; o enfraquecimento do Estado-nação e do conceito de soberania, devido ao incremento das fontes do Direito e da formação dessas novas organizações políticas extras e supranacionais; a ascensão da sociedade como coprotagonista da política e sua apresentação como organização policêntrica, paralela e colaboradora em suas atividades; o resgate da cidadania pela sociedade, deixando as pessoas de serem súditos para converter-se em cidadãos, não só na acepção política, mas também na econômica e social; o cidadão deixa de ser somente um sujeito passivo, receptor de serviços, para passar a ser sujeito ativo, protagonista do seu próprio destino, tendo uma participação destacada na configuração dos interesses públicos; a substituição de uma democracia meramente formal por

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”.

²² K. Hesse (HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17. ed. Heidelberg, 1990, p. 481) sustentava que, no moderno Estado social e democrático de direito, a divisão de poderes não constitui só um instrumento de afirmação do princípio democrático, como ocorria no Estado liberal, mas sim um sistema para um exercício equilibrado e funcionalmente adequado do poder.

²³ Sobre cada uma dessas transformações e outras mais, vide: SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 26-38; CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003; BECK, Ulrich. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós, 2004; GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity in association with Blackwell, 1990; LYOTARD, Jean-François. *Post-modern condition*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985.

²⁴ CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 11, 12, 15, 16, 17 e 208.

uma substantiva ou material, que passou a exigir resultados das políticas, maior visibilidade nas ações estatais e participação cidadã nas tomadas de decisões políticas; a crescente competência entre as sociedades por uma eficiência econômica, política e social; o surgimento da sociedade de conhecimento e de informação, promovida pela hegemonia do capital humano e das tecnologias da informação; a integração econômica que supõe novas exigências de competitividade às empresas e aos países, já que existe um grande mercado único planetário; o surgimento de novos mecanismos de regulação extraestatais, que passam a conviver com os tradicionais mecanismos de regulação intraestatais; o aceleração e o barateamento das relações e transações, beneficiados pela celeridade dos meios de comunicação disponíveis; a menor importância dos recursos naturais para a economia mundial graças à revolução das ciências de materiais e ao princípio da substituição tecnológica; o caráter imprescindível das infraestruturas que forma o capital social básico para o crescimento econômico; os novos modelos de produção, como a produção distributiva, feita em diferentes partes do mundo; o novo conceito de mercado em rede e toda a revolução que a internet tem trazido; o capital humano; a menor disposição política da moeda, limitando-se apenas a dirigi-la administrativamente para assegurar sua confiabilidade e estabilidade; entre outras.

Todas e cada uma das transformações vividas pelo direito administrativo trarão desafios aos administrativistas do século XXI. Importa mencionar aqui algumas das consequências que tais transformações estão trazendo ao direito administrativo⁶⁵, de tal modo que cabe tratar de um direito administrativo global⁶⁶ ou de um direito administrativo sem Estado⁶⁷. Tudo

⁶⁵ Muito se tem estudado sobre as transformações, mutações ou evoluções do direito administrativo, vale mencionar alguns dos estudos pioneiros do atual paradigma dessa área de estudo: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: CEC, 1991; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; CHEVALIER, Jacques. *Le droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993; AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazione dil diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1994.

⁶⁶ A ideia de direito administrativo global é defendida por SABINO CASSESE (CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr-jul, 2005). LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66) é contrário a tal tese. Para este autor, faltaria uma base constitucional e uma disciplina das fontes do Direito, para a existência de

um direito administrativo global. Afirma que é: “*cedo ainda para falar de direito administrativo global, pela inexistência de uma constituição formal, de um regime das fontes do direito e, sobretudo, pela ausência de um ordenamento jurídico geral a nível internacional. Do que não há dúvida, é que o direito administrativo sem Estado ou para além dele inclui também a internacionalidade das relações administrativas*”.

- “ LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ibidem) defende a tese da existência de um direito administrativo sem Estado. Para o autor (ibidem, p. 31), o Estado deixa de assumir-se como protagonista do ordenamento jurídico geral e passa a expressar-se sob novas formas institucionais, supranacionais e não estatais. O autor apoia sua tese na teoria da instituição de HAURIOU (LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, ibidem, p. 33), mais precisamente na divisibilidade da *puissance publique* e nem tanto na divisibilidade de soberania. Afirma: “*Se a puissance publique é fundamental à noção de Estado, a verdade é que pode haver puissance publique sem Estado e, portanto, direito administrativo sem Estado ou para além dele*”. Em suma, verifica-se uma descentralização do próprio Estado, e isso porque o direito administrativo surgiu da ideia de Estado como pessoa jurídica vinculada à legalidade. Sustenta o autor (ibidem, p. 36) que o direito administrativo é um elemento estruturante da ordenação jurídica comunitária (UE) e afirma que, enquanto: “*o legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza*”. E defende que a “*desadministrativização*” do aparato institucional da Administração e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos pode conduzir a um novo modo de ser da função administrativa. Refere-se ao princípio da subsidiariedade horizontal, em virtude do qual a relação público-privado tende a confluir um crescente desenvolvimento de funções públicas pelos privados. Para LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ibidem, p. 38): “*o princípio da subsidiariedade horizontal, levado às suas últimas conseqüências, comporta o germe de um neoliberalismo extremo que desresponsabiliza a Administração pública das suas tarefas fundamentais, nomeadamente de prestadora de serviços públicos essenciais*”. Tudo isso leva o autor a referir que o direito administrativo goza na atualidade de uma especificidade aberta e multiforme, onde o Direito privado, como forma, parece assumir um papel determinante. Esse direito administrativo sem Estado, ou melhor, europeu, afinal, a supranacionalidade analisada pelo autor é a europeia, é definido por ele como (ibidem, p. 69): “*o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autónoma que disciplina directa e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares. Ao lado das relações postas pelo direito administrativo nacional (condicionado pelo direito comunitário e que se estabelecem entre as Administrações dos Estados-membros com os seus cidadãos) estão as relações disciplinadas autónoma e directamente pelo direito administrativo europeu entre a Administração comunitária e os cidadãos europeus (dos Estados-membros). Estas novas relações jurídico-administrativas comunitárias são fruto do labor do legislador e da jurisprudência comunitária e constituem, segundo julgo, o núcleo duro do direito administrativo comunitário*”.

fruto de uma constante busca por um direito universal, como um “*protoconstitucionalismo globalizado*”⁴⁸, apto a superar as diferenças culturais entre povos e nações.

O que se vem observando são mudanças em todos os âmbitos de estudo do direito administrativo, ou melhor, observa-se que estão em xeque antigos institutos do direito administrativo, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva e negativa à lei (*positive e negative Bindung*)⁴⁹; a ideia de um Poder Executivo uno fundado em relações de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo; a nova configuração da noção de serviço público; entre outros. Aponta-se uma “*fuga*” ao direito administrativo⁵⁰, pois este vem servindo de obstáculo para o avanço da Administração Pública. Daí que se produza uma busca do regime de direito privado ou, ao menos, um regime jurídico administrativo mais flexível, que confira maior liberdade na atuação administrativa. Também se observa um fortalecimento do direito administrativo pelo surgimento de novos institutos e princípios e pela reaproximação à ciência da Administração⁵¹.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

⁴⁹ GÜNTHER WINKLER (WINKLER, Günther. Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956) é o primeiro a tratar do sentido negativo do princípio da legalidade que dita que a Administração pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. O sentido positivo da legalidade tem o sentido de que aquela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração pode fazer aquilo para o que a lei expressamente a habilita. Essa dupla face é a expressão do moderno princípio da legalidade.

⁵⁰ Vide: SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 75, p. 399-416, jul-sep, 1992; BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 78, p. 233-250, abr-jun, 1993; DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. aplausos y criticas. Revista de administración pública, Madrid, n. 133, p. 57-98, ene-abr, 1994; VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, Ano 2, n. 6, p. 637, jul-set, 1995; ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

⁵¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56) afirma que: “É curioso que duas tendências praticamente opostas se verificaram no direito administrativo. De um lado, um enriquecimento do direito administrativo, pelo

SABINO CASSESE⁵² sugere que as mudanças vividas são adotadas como valores de alcance retórico. Ele não deseja afirmar que as transformações não existam em si ou por si nem que o ponto de vista de quem fala delas seja sempre relativo ou subjetivo. Mas refere que a ideia de transformação foi carregada de um excesso valorativo. Para o autor, há duas características relacionadas às transformações vividas: a velocidade e a continuidade. As mudanças do passado precisaram de séculos; as atuais se produzem em curtos períodos de tempo, em grande velocidade. Nos anos mais recentes, tal velocidade se viu acompanhada da continuidade, e o direito administrativo rege-se por um desenho que muda continuamente porque a reforma converteu-se em função pública permanente. Ademais, recorda-se das contradições que estas rápidas alterações produzem. A primeira vem do fato que as transformações não são gerais, senão que se produzem por setores, campos e zonas. A segunda contradição nasce da difícil combinação do novo direito administrativo com o viés do direito constitucional. E a terceira contradição que menciona é a produzida pelo transformismo das transformações. Como as políticas de reforma ou modernização administrativa dizem-se já difundidas, e nenhum governo quer ficar fora às mesmas, não poucos governos mudam tudo para que nada mude, introduzindo reformas fictícias⁵³.

surgimento de novos institutos e princípios, e pela reaproximação com a Ciência da Administração. De outro lado, há a idéia de que o direito administrativo vem servindo de obstáculo, especialmente pela aplicação do princípio da legalidade. Por isso, há procura pelo regime de direito privado ou mesmo por regime jurídico administrativo mais flexível, que imprima maior liberdade de atuação às autoridades administrativas”.

⁵² CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

⁵³ SABINO CASSESE (ibidem), ao tratar de tais transformações, traz cinco características ou elementos originários do direito administrativo e a situação sofrida por tal Direito atualmente. O primeiro elemento, a nacionalidade, já não é aplicável, pois o Estado não é a única articulação do direito administrativo. Produziu-se uma crise da territorialiedade do Estado e, correspondentemente, uma europeização ou internacionalização do Direito administrativo. Em conclusão, o direito administrativo, primeiro, ligado a cada Estado, está hoje ligado a uma pluralidade de ordenamento jurídico e de direitos.

Em segundo lugar, erodiu-se a supremacia do direito administrativo. Antes de tudo, deixa de ser um atributo permanente da Administração e do direito administrativo e se converte em um privilégio que deve ser concedido caso por caso, pela lei. Depois, supremacia e unilateralidade se substituem por consenso e bilateralidade. Finalmente, o cidadão não se situa em uma posição de subordinação. A lista de seus direitos frente à Administração

Pública se vê enriquecida pelas diversas leis. No entanto, este passo não reduz o poder administrativo à entidade de direito comum.

Em terceiro lugar, entra em crise a diferença entre direito administrativo e direito comum, visto que o direito administrativo se desenvolve, mas em forma privada. Tal fenômeno, para o autor, desenvolve-se pela pressão de duas forças, a dos interesses e a das ideologias. Os primeiros empurram o direito administrativo a assumir formas privadas para facilitar a ação administrativa, impedida pelos vínculos do direito público. As segundas operam no mesmo modo que as correntes liberais do século XIX, a favor da limitação do império do direito especial e da substituição da Administração ao direito privado, considerado conforme o regime de liberdades. O resultado destas forças não atua, no entanto, no sentido da simples substituição do direito privado pelo direito administrativo. O dualismo, para o autor, permanece, ainda que de forma distinta.

Em quarto lugar, produz-se um eclipse do governo dentro do direito administrativo. Este último estava, no passado, dominado pelos governos nacionais. Agora, é menos governamental pela influência exercitada pela União Europeia, pela separação entre política e Administração produzida pela exigência de imparcialidade e pela ampliação dos poderes públicos, e, finalmente, pelo desenvolvimento das autoridades independente no centro e dos poderes representativos locais na periferia.

Termina, em quinto lugar, dizendo que as Administrações se submeteram completamente ao juiz e este é cada vez menos um juiz especial. De fato, o juiz administrativo adquire muitos poderes jurisdicionais frente à Administração, enquanto que, antes, para respeitar a regra segundo a qual a Administração Pública estava submetida ao Poder Legislativo, sendo independente do judicial, o juiz tinha poderes limitados frente a mesma. Nesse sentido, o juiz administrativo é cada vez menos um juiz especial.

GUSTAVO BINENBOJM (BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23 e ss) identifica quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que na atualidade estão em xeque.

Primeiro assinala o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo. Segundo o autor (ibidem, p. 81 e ss) o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais ou privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público impõe à Administração o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando sua concretização até o grau máximo de otimização. Tal ponderação deve ser guiada pelo princípio da proporcionalidade (BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 105 e 106), “*para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente como vistas à formulação de Standards de decisão. Tais Standards permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com a peculiaridade do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso*”. A definição do que é interesse público deixa de estar ao

Desse modo, durante o primeiro século de existência do direito administrativo, buscavam-se aumentar as garantias dos particulares, limitando

arbítrio do administrador para passar a depender do juízo de ponderação proporcional de interesses constitucionalmente consagrados.

Depois, menciona a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida em uma suposta submissão total do atuar administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Afirma o autor (ibidem, p. 125 e ss) que depois da chamada crise da lei – caracterizada pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, por sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes, faz que a vinculação da Administração não se limitasse apenas à lei, mas a um bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistemático), que encontra enunciação no que se chama princípio da juridicidade administrativa. Tal ideia de juridicidade administrativa, segundo o autor (ibidem, p. 143), passa a: “englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”. A ideia de juridicidade se traduz, assim, na vinculação da Administração ao ordenamento jurídico como um todo, a partir dos sistemas de princípios e regras delineados na Constituição.

Em seguida, menciona a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na controlabilidade das opções discricionais da Administração. Para o autor (ibidem, p. 193 e ss) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre eleição do administrador para converter-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Afirma o autor que a discricionariedade não deve ser vista como um campo de opções puramente subjetivas, mas sim de fundamentação de atos e políticas públicas adotadas, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela Lei. Abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e discricionário para passa a um sistema de “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (ibidem, p. 206), que corresponderá a um maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos atos. Assiste-se, pois, de acordo com o autor (ibidem, p. 207): “a uma mudança dos parâmetros de controle da atividade administrativa: o princípio da legalidade cede espaço à incidência direta dos princípios, ou seja, à idéia mais ampla de juridicidade”.

Por fim, alude a ideia de um Poder Executivo unitário, fundado em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo. Para o autor (ibidem, p. 239 e ss), tal noção unitária cede espaço a uma grande quantidade de autoridades administrativas independentes, entidades com autonomia reforçada em relação ao governo. Passa-se assim de um desenho piramidal a uma configuração policêntrica.

as prerrogativas administrativas. No final de seu segundo século de existência, assiste-se a essa “fuga”, procurando, por esta via eludir as vinculações criadas pelas normas; desenvolver uma “*reserva de Administração*” intocável pelos Poderes Judiciário e Legislativo, entre outras coisas. Por outro lado, é certo que as normas de direito público não estão sendo afastadas por completo, porém é verdade que se observa uma maior aproximação do direito administrativo ao civil, empresarial e do trabalho, entre outros. Entre todas as transformações que o direito administrativo experimenta, a que será objeto de nosso trabalho são as alterações na ideia de subjetividade ou autonomia pública administrativa.

1.1.1 Subjetividade ou Autonomia Pública

Independentemente das transformações que o Estado atualmente vive, o certo é que continuam existindo as três funções identificadas por ARISTÓTELES, aprimoradas por LOCKE e consagradas por MONTESQUIEU. Sabe-se que o Estado tem aptidão para manifestar vontade e sua concretização realiza-se por meio do exercício de funções. O poder político estabelece, em uma Constituição, as normas essenciais que regem a sociedade, trata-se da função constituinte. Em um momento posterior, faz-se necessário revisar a Constituição, com a finalidade de adaptá-la: é a função reformadora. A Constituição circunscreve o desempenho das restantes funções e, além das três clássicas⁵⁴, poder-se-ia acrescentar a função política, que traduz, na prática, atos que respeitam, de modo direto e imediato, ao poder político e às relações deste com outros poderes do Estado.

Cada uma dessas funções possui uma carga subjetiva ou de autonomia⁵⁵, uma valoração guiada de subjetividades, derivada de uma tomada

⁵⁴ Atualmente, o Legislativo perde o “*monopólio*” da legislação setorial para exercer o “*monopólio*” da política legislativa, que faz por meio de normais gerais e da deslegalização/delegificação. O executivo perde a herança autocrática e vê enfraquecido o postulado da supremacia do interesse público para ganhar amplitude na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no emprego da discricionariedade e no exercício da regulática de setores deslegalizados/delegificados. E o Judiciário deixa de ser mero intérprete da lei para passar a ser, ou melhor, voltar a ser intérprete do Direito, guardião da justiça e dos valores jurídicos da sociedade.

⁵⁵ Todos os poderes possuem tal margem de livre decisão juridicamente permitida, motivo pelo qual se discrepa de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel

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 administrador⁶⁰. A diferença radica-se

Sérvulo. 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 normaçoão 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 autonomia deixada a quem tem de praticar actos administrativos no seu âmbito”. Entende-se como BERNADO 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 sinónimo de autonomia pública administrativa.

60 MANUEL ATIENZA (ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Año 22, n. 85, p. 5-26, ene/mar, 1995, p. 24 e 25) fala de discricionariedade do legislador, administrativa e judicial. Há, no entanto, quem prefira referir somente discricionariedade jurídica e discricionariedade política (ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 8, n. 24, p. 9-46, sep/dic, 1988, p. 25) e, também, quem mencione “sovereign discretion”, “administrative discretion” e “technical discretion” (BELL, John. Discretionary decision-making: a jurisprudential view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 99).

Para CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 77-79), além de uma discricionariedade administrativa, também, há uma discricionariedade legislativa, judicial e do Tribunal Constitucional.

ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ (GIL IBÁÑEZ, Alberto J. El control y la ejecución del derecho comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998), ao estudar a discricionariedade na função de controle e execução do direito comunitário, coloca que, para definir com mais detalhe a discricionariedade, deve-se especificar que pode ser aplicada de forma distinta a seus diferentes poderes e funções.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) afirma que a discricionariedade

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 excludentes⁷⁷. 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 daquela⁷⁸. Na sequência, examinar-se-á cada função, o fim a que se destina e as distintas valorações dos diferentes níveis de subjetividade.

transcende o ramo do direito administrativo, estendendo-se por todo o direito público como uma atividade que a lei outorga à Administração, o Poder Legislativo e ao Poder Judicial. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16) discrepa de que se possa qualificar de discricionária a atividade de juízes e legisladores.

HANS KELSEN (KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002, p. 169) não faz nenhuma diferença qualitativa entre uma discricionariedade do legislador, do administrador e do juiz. Afirma que existem apenas diferenças de ordem quantitativa, pois, para ele, a liberdade do legislador é mais ampla que a do juiz.

Por fim, 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. 51), existem três categorias de discricionariedade: “*discretion to make rules [...] discretion to find fact and interpret them in terms of ‘the law’ [...] discretion to decide cases*”.

⁷⁷ 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 e 15.

⁷⁸ EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 70-84) traz um estudo sobre as diferentes concepções doutrinárias da discricionariedade, as quais mais adiante se terá oportunidade de abordar, e busca um mínimo denominador comum de todos os conceitos e os denomina “*supraconcepto discrecionalidad*”, utilizando os elementos básicos que participam das diferentes formas de discricionariedade.

Assim, dentro do “*supraconcepto discrecionalidad*”, identifica outros conceitos. O conceito geral pode, segundo a autora, subdividir-se nos conceitos de “*discrecionalidad fuerte*” e “*discrecionalidad instrumental*”, refetindo-se à clássica divisão de RONALD DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85). Ademais, atendendo aos diferentes tipos de atuação dos poderes públicos previstos constitucionalmente, identifica também conceitos materiais de “*discrecionalidad política*”, “*discrecionalidad judicial*”, “*discrecionalidad administrativa*”, e inclusive, nestes, outros subconceitos, todavia, mais específicos. Para a autora (ibidem, p. 71): “*La discrecionalidad es un ‘modus operandi’. Con el supraconcepto de discrecionalidad no se está haciendo, pues,*

1.1.1.1 Subjetividade ou autonomia pública legislativa

É o 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. Por isso, essa subjetividade inerente ao legislador é qualificada como política⁹⁰ ou fortíssima⁹¹.

A Constituição configura um âmbito submetido à liberdade de configuração normativa do legislador. Não se pode negar a existência de uma margem de liberdade do legislador na aplicação de políticas sociais e econômicas. É o legislador quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorsivos do sistema, encontrando as opções mais convenientes e oportunas dentro de seu poder conformador ou constitutivo. É

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 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 DAROCA (ibidem, p. 78), 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"*.

⁹⁰ ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Ano 8, n. 24, p. 9-46, sep/dic, 1988, p. 25.

⁹¹ ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ano 22, n. 85, p. 5-26, ene/mar, 1995, p. 25. Tal classificação, como se terá oportunidade de analisar mais adiante, deriva de RONALD DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85).

muito comum a utilização da terminologia discricionarietà legislativa, porém melhor seria colocar que o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação, configuração ou “*discricionarietà*” constitutiva que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática.

Apesar de possuir tal virtude, esse tipo de subjetividade não é ilimitada, devendo sempre respeitar a proibição da arbitrariedade⁶¹. Ao não ser tal margem total, absoluta ou incondicionada, em princípio, não corresponde

⁶¹ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998) demonstra que, inclusive sem um dispositivo constitucional como o espanhol (art. 9.3, *in fine*), pode-se controlar a arbitrariedade do legislador. A ideia de impor limites aos limites no direito comparado é desenvolvida na primeira parte de sua obra e aduz (ibidem, p. 38): “*por grande que sea la fuerza de los viejos dogmas, no es posible sencillamente prescindir de un juicio sobre la razonabilidad de las Leyes, es decir, sobre el fundamento último de las mismas, que no puede ser sólo la mera voluntad de las mayorías que las aprueban*”. Em seguida, analisa a jurisprudência constitucional sobre a arbitrariedade do legislador e demonstra como o Tribunal Constitucional espanhol, apesar de manejar com plena segurança o conceito de arbitrariedade quando analisa as decisões administrativas e judiciais – identificando, como tais, as decisões carentes de uma justificação objetiva e razoável, desprovida de razão suficientes, manifestamente irracionais e irrazoáveis por incorrer em contradições interna ou erros lógicos ou que se apresentam como fruto de um voluntarismo casuístico ou como conclusão de uma causa que evidentemente não se correspondia com a indubitável realidade do acontecido – apresenta aparentes furos quando está diante de atos legislativos. Conclui, assim, que (ibidem, p. 94 e 95): “*por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que entraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (Gestaltungsfreiheit) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo*”. O único poder que a Constituição espanhola aceita como legítimo é, para o autor, o que se apresenta como resultado de uma vontade racional, ou seja, justificada e, portanto, suscetível de ser entendida e compartilhada pelos cidadãos e, nessa mesma medida, de contribuir a renovar e reforçar o consenso sobre o que descansa a conveniência pacífica do conjunto social. O legislador, como o administrador e o juiz, estão obrigados não apenas a justificar suas decisões e mandatos, mas também a explicar de que tipo ou qualidade devem ser suas razões para não incorrer na proibição de arbitrariedade que consagra o art. 9.3, *in fine*, da Constituição espanhola.

ao Poder Judiciário interferir nesse âmbito de liberdade, intrometendo-se na dita conveniência ou na oportunidade da eleição feita pelo legislador, 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 parlamentárias 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 política do legislador, a menos que essa seja arbitrária. Desse modo, o legislador não pode atuar sem nenhum tipo de limitação à margem da liberdade que possui, mas deve respeitar o conteúdo básico dos direitos contidos na lei, ao mesmo tempo, estar em consonância com todas as outras normas constitucionais. Uma lei deve ser suficientemente acessível e previsível: o cidadão deve ser capaz de ter uma indicação do que é adequado, dadas as circunstâncias, das normas legais aplicáveis a cada caso. Por sua vez, uma norma não pode ser considerada uma “lei”, a menos que esteja formulada com suficiente precisão para permitir aos interessados – se necessário, com o assessoramento jurídico adequado – preverem, em um grau que seja razoável, conforme a situação, as consequências que uma ação determinada pode implicar.

O Poder Judicial, indubitavelmente, está facultado para determinar se, no regime legal criado pelo legislador, ultrapassou ou não os limites de seu poder e dos princípios constitucionais aos que deve se ater. Ou seja, deve avaliar se o Legislativo ultrapassou os limites que condicionam o exercício legítimo de seu poder. 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, seria fugir do dever da tutela judicial efetiva que a Constituição lhe impõe. Assim, ainda sendo indubitável que a Constituição reconheça ao legislador uma ampla margem de liberdade 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.

Deve-se recordar, também, que estão subordinadas à função legislativa as funções jurisdicional e executiva. Subordinadas no sentido de

não poderem realizar opções essenciais da coletividade política, da necessidade de que suas decisões encontrem um fundamento nas opções políticas previamente fixadas e de que não se contrariem, bem como na necessidade de que suas decisões se reconduzam de forma coerente com o conjunto formado pelas opções constitucionais, políticas e legislativas.

1.1.1.2 Subjetividade ou autonomia pública jurisdiccional

O Poder Judicial também possui uma subjetividade ou autonomia pública em sua atuação, mas muito restrita. Afinal de contas, sua função se traduz, basicamente, na aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses. Serve para manter a paz social, declarando e realizando, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controversa. Por mais que exista contorno e encontre-se limitado por normas jurídicas de aplicação imperativa e, mesmo estando obrigado, no exercício de seus poderes, a oferecer motivações justificadas mediante argumentos jurídicos, por sua vez fiscalizáveis, normalmente, por órgãos jurisdicionais hierárquica e organizativamente superiores, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário possui uma margem de liberdade⁶⁵.

⁶⁵ Conquanto defenda a existência no modo de atuar do juiz, existe, na doutrina, uma forte divergência a respeito. Assim, MANUEL SEGURA ORTEGA (ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 17 e 18) enuncia que existe um acordo quase total na hora de defender a ideia de que os juízes têm uma certa discricionariedade no exercício de sua atividade. Segundo o autor: *“Las posiciones que niegan el arbitrio judicial son claramente minoritarias y, a mi juicio, recurren a una ficción insostenible consistente en defender la existencia de una única respuesta correcta lo que quiere decir que siempre sería potencialmente posible el hallazgo de esta solución correcta, en el marco de los sistemas jurídicos, bien a través de las reglas o bien a través de los principios.*

[...]

Sin embargo, aunque se admitida la discrecionalidad judicial no existe acuerdo respecto de cuál es su verdadero significado y alcance. En este sentido hay una grandísima variedad de posiciones que, para simplificar, podrían resumirse en dos grandes tendencias; por un lado, los que consideran que la auténtica discrecionalidad se ejerce sólo en los llamados casos difíciles y, por otro, los que opinan que los jueces ejercen la discrecionalidad en todas las ocasiones con la consecuencia añadida de que su labor es auténticamente creadora. La posición que voy a defender, y que será desarrollada más adelante”.

No entanto, há quem sustente que não existe discricionariedade na função jurisdiccional, pelo menos na tipicamente jurisdiccional, sob o argumento de que a solução da coisa julgada é

única. Ou melhor, por ser o Poder Judicial o último e máximo intérprete da lei, entende-se que a solução aplicada ao caso concreto é a única possível com base no Direito; uma vez tomada a decisão em determinada ação judicial, não cabe, a princípio, mais discussão sobre a interpretação adotada. Somente admitiria a discricionariedade quando o Poder Judicial atua como órgão administrativo. Afirmam que inclusive quando o julgador enfrenta conceitos jurídicos indeterminados não estaria praticando uma discricionariedade, pois sua tarefa é, única e exclusivamente, encontrar a única solução possível. Ademais, diz-se que o fato de que a autoridade jurisdiccional não tenha atribuída a formação de um juízo de oportunidade lhe impede de exercer o dever discricional. Afinal, a esta autoridade apenas lhe cabe o juízo de legalidade e de constitucionalidade, ou melhor, do Direito (STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: LGDJ, 1973, p. 139 e 140).

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. 127), há autores que entendem que a qualidade de sensatez e prudência do juiz, por conseguinte, a dificuldade de compreensão do Direito e da linguagem jurídica, concedem a este um discernimento nas decisões. Outros entendem que o Direito não outorga uma solução clara, necessitando-se um conhecimento da linguagem normativa para chegar a identificar a resposta jurídica correta. Também há quem entenda que a discricionariedade judicial é a margem de liberdade que possui o órgão de adjudicação na determinação dos fatos. Por fim, fala-se de discricionariedade judicial como “*definitividade*”, referindo-se ao caráter de algumas decisões judiciais, como as que não estão submetidas à revisão e fazem referência a atribuições de competência relativas à instância a que corresponde declarar no último grau, o que é concretado pelo ordenamento.

Pode-se dizer que há quem afirme que a liberdade começa onde a norma, por uma ou outra razão, não chega ou não dá uma resposta precisa. Ao existir um vazio, o juiz deve preenchê-lo, pois possui a obrigação de resolver o litígio. Outros pensam que isso apenas se aplica aos casos difíceis. E, por fim, há quem sustente que não há discricionariedade, pois sempre existe uma resposta correta, que um juiz Hércules, que dispõe de toda informação, da máxima competência profissional e de tempo ilimitado, terminaria por encontrar. Este ponto de vista é defendido por RONALD DWORKIN, ponto inclusive muito criticado por NEIL MACCORMICK (MACCORMICK, Neil. *Legal reasonig and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 246 e ss), ao afirmar que, em certos casos, pode ocorrer que a discussão acerca de um problema jurídico acabe em uma controvérsia de caráter prático que não tenha uma solução única possível. Apenas poderá oferecer a que o decisor creia que seja a mais correta. Afirmam que sobre a decisão que ponha fim a uma controvérsia de caráter prático não caberá controle judicial algum. O autor, parte da premissa inicial de que, a princípio, é possível justificar as decisões discricionais sobre a base de estándares. Nestes casos, geralmente, do que se tratará é de elucidar controvérsias de caráter especulativo (*speculative disagreements*). Esses tipos de controvérsias são certos. Trata-se de controvérsias que podem resolver-se objetivamente. No entanto, pode ocorrer que, quando se trata de questões normativas, as coisas se compliquem. A razão disso é porque normalmente as pessoas se movem no plano que escapam da determinação objetiva. Isso é assim porque as

Conquanto muitos utilizem o termo discricionariiedade judicial ou do magistrado, o mais correto seria mencionar subjetividade ou autonomia pública jurisdicional, pois esta margem de liberdade concedida ao Poder Judiciário não deriva da norma jurídica. Em geral, o ordenamento jurídico faculta ao julgador a atuação com certa liberdade que lhe permite adotar a resolução que entende mais adequada e benéfica para a proteção de todos os direitos em conflito. E o primeiro sentido tem relação com seu conceito cotidiano, sendo uma atividade que requer discernimento, sensatez e juízo para adotar o curso de ação juridicamente previsto. Outro sentido tem relação com a linguagem e sua compreensão (inclusive, determinação de fatos), pois isso pode gerar dificuldades epistêmicas ao intérprete, logo, é necessário juízo e discernimento para identificar a resposta jurídica correta quando a literalidade do texto jurídico não oferece uma resposta clara ou oferece uma resposta incompleta, ambígua, incoerente ou não evidente. Um terceiro sentido se relaciona com o caráter firme da decisão, ou seja, com a coisa julgada – quando a decisão judicial não está sujeita à revisão, quando é ditada pela última instância, pois nenhuma autoridade pode impor critério ao órgão que tem a faculdade de tomar a decisão definitiva. Um quarto sentido tem relação com um poder delegado expressamente pela norma, o “*pursuant to common law doctrines*”, que não fixa de maneira vinculada, tampouco em

controvérsias podem ocorrer sobre os valores. Nesses casos, encontra-se com controvérsias de caráter prático (*practical disagreements*). Essas controvérsias são aquelas sobre as quais apenas se pode dizer que alternativa na qual se crê é a mais correta, mas não a que indiscutivelmente é a correta. Nesses casos, não se chegará a uma justificativa completa porque não se chegará forçosamente a um acordo, pelo contrário, cada um defenderá a que crê que seja a melhor opção. Para NEIL MACCORMICK, o importante é justificar por que se crê que a opção escolhida é a mais correta. A justificação deve partir, a juízo do autor, de argumentos de caráter consequencialista e, a partir dessa perspectiva, determinar a mais correta das possíveis consequências da decisão. Isso sem esquecer dois fatores: as decisões devem ser coerentes e não devem entrar em contradições com as normas vigentes; e as decisões devem ser coerentes com os princípios ou analogias que possam ser consideradas de aplicação ao caso concreto. Sobre cada uma dessas posições, vide: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 37 e 38; ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006; LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, n. 25, p. 413-439, ene./dic., 2002; DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999; e, MACCORMICK, Neil. Legal reasonig and legal theory. New York: Oxford University Press, 1994.

matéria de valorização de prova, custos do litígio e de sentenciar. Por último, seria a possibilidade de eleição entre diferentes opções de ação igualmente válidas ou admissíveis, seja para revogar ou afastar-se da doutrina jurídica estabelecida ou não. Este sentido pressupõe a existência de uma margem de liberdade ao intérprete para determinar os padrões (*standards*) que guiarão sua decisão, inclusive aqueles sujeitos à racionalidade e justiça⁶³. Por ser muito limitada essa liberdade, se é que realmente existe, é qualificada como jurídica⁶⁴ ou fraca⁶⁵, no sentido de ilimitada, devendo sempre respeitar a proibição da arbitrariedade⁶⁶.

⁶³ PATTENDEN, Rosemary. Judicial discretion and criminal litigation. 2. ed. Oxford: Clarendon press, 2003; BARAK, Aharon. Judicial Discretion. New Haven: Yale University Press, 1987; DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969; HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992; GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990; ISAACS, Nathan. The limits of judicial discretion. Yale Law Journal, New Haven, v. 32, n. 4, p. 339-352, feb. 1923; 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.

⁶⁴ ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Ano 8, n. 24, p. 9-46, sep/dic, 1988, p. 25.

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ano 22, n. 85, p. 5-26, ene/mar, 1995, p. 24 e 25. Tal classificação, como mencionado e, também, como se terá oportunidade de analisar mais adiante, deriva de RONALD DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85). Para esse autor (ibidem, p. 146), os juízes carecem de discricionariedade forte para a resolução dos casos porque sua conduta está sempre guiada por critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O máximo que podem exercer é uma discricionariedade fraca, porque o sistema exige que busquem no ordenamento jurídico os critérios, além de obrigar a justificar suas resoluções mediante argumentos jurídicos. Afirma que as decisões judiciais não podem ser fruto de juízo independente, mas deve ser consequência de um juízo de direito institucional. Todos têm direito ao melhor discernimento do juiz no tocante a seus direitos, só assim os direitos estarão sendo levados a sério.

⁶⁶ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 101 e ss) afirma que a posição tradicional se resume em um puro e simples rejeito de toda e qualquer possibilidade de controle de qualquer forma de discricionariedade judicial. No entanto, deixa claro que, com a Constituição espanhola e seu art. 9.3, *in fine*, o arbitrio do julgador não é livre, nem está isento de revisão. Deve respeitar o exercício racional e razoável de seu arbitrio. Afirma (ibidem, p. 122): “*sin motivación suficiente, esto es, sin justificación*”

Tal liberdade, assim como a legislativa, tem seus limites, de sorte que, ultrapassados esses limites, configurará uma arbitrariedade. E isto significa que o poder deve ser exercido com o devido respeito ao propósito pelo qual ele foi confiado. Logo, não existe uma ausência de controle sobre tais decisões. A menos que esta liberdade judicial seja exercida com arbitrariedade, não pode outro Tribunal revisá-la.

A realidade vem forçando o profissional aplicador das normas jurídicas a tomar uma posição como agente político, e não meramente como a voz do Direito. Inclusive, sendo a formulação e a execução das políticas públicas prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judicial, ainda que sobre bases excepcionais, vem determinando a aplicação e execução das políticas públicas por órgãos estatais que não cumprem corretamente suas funções, especialmente quando as políticas públicas são definidas pela própria Constituição. Isso normalmente ocorre quando as demandas que se apresentam perante tais órgãos comprometem a eficácia e a integridade de direitos constitucionais. Parece que as transformações atuais modificarão substancialmente a posição dos distintos operadores jurídicos outorgando aos juízes um maior protagonismo – e a isso se denomina “*ativismo judicial*”⁶⁷. O risco desse deslocamento da vontade pode supor uma

bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simples. Un mero porque sí o porque yo lo digo o porque yo así lo creo o lo siento no es una resolución fundada en Derecho”.

⁶⁷ Sobre ativismo judicial, vide: GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 11 jun. 2009; TARANTINO, Antonio. Giudice penale e attività discrezionale. In: TARANTINO, Antonio. *Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 17 e 78; PÉREZ OLEA, Manuel. La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial In: AA. VV. *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas [etc], 1972, tomo II, p. 73 e ss; 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; NIETO, Alejandro. *La organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1984; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 33, n. 100-102, ene/dic, 1983; MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985; BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 67-74.

transformação da divisão de poderes que, quiçá, já seja o momento de realizar. A ideia tão temida da conversão dos juízes em administradores parece inevitável. Com o passar dos anos, observar-se-á, mais e mais, a judicialização de políticas públicas⁸⁶. Apesar do perigo envolvido, parece inevitável⁸⁷ que se repita, e isso ainda que provoque um injustificado deslocamento da norma, ferindo não apenas a legitimidade democrática, pois também, produzirá um esvaziamento do conteúdo técnico da Administração.

1.1.1.3 Subjetividade ou autonomia pública executiva

A subjetividade ou autonomia pública que cabe analisar aqui está à margem da valorização existente dentro da função executiva, que, como se sabe, inclui basicamente uma atividade política (realizada por meio da função

Já há alguns anos se fala de uma transição para um estado de juízes: MARCIC, René. Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Recht-und Sozialstaat. Wien: Springer, 1957; PUIGPELAT, Francesca. Derecho del ser y Estado del juez. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.

⁸⁶ LUIZ WERNECK VIANNA (VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15/70) expõe as correntes da chamada judicialização das políticas públicas que encontram seus fundamentos no primado da supremacia da Constituição que apenas a aplica, exercendo sua função de aplicação das normas jurídicas, não invadindo, por conseguinte, o âmbito da função Executiva. Afirma o autor que a corrente procedimentalista entende que o incremento do controle judicial afeta o exercício da cidadania, pois envolve uma postura paternalista do Estado. Sugere que o cidadão seria um simples destinatário de direitos e não autor de direitos. Já a corrente substancialista entende que o juiz precisa adquirir um novo papel perante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o Poder Judiciário necessitaria se constituir em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais, e não interesses hegemônicos específicos.

⁸⁷ O conceito de discricionariedade judicial (*richterliches Ermessen*) se confundem com o conceito de discricionariedade de direito (*rechtliches Ermessen*) alemão. Vem se afirmando que a discricionariedade judicial existe apenas quando se trata de determinar o direito de duas partes. OTTO MAYER (MAYER, Otto. Le droit administratif allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, tomo I), ao tratar da discricionariedade, toma como base a distinção entre decisão (*Entscheidung*) e disposição (*Verfügung*) e sustenta que a discricionariedade judicial é uma discricionariedade vinculada, pois os juízes tendem a aplicar a vontade do legislador ao caso concreto, afirmando que a verdadeira ou livre discricionariedade apenas existe nas disposições.

política) e outra administrativa⁷⁰. É maior e mais complexa que as anteriores, pois emprega milhares de pessoas e mobiliza fundos inimagináveis, possui um conjunto estrutural de extraordinária complexidade, realiza inumeráveis e variadas tarefas que dão a essa função uma posição privilegiada em comparação com as demais. Tradicionalmente é vista como a função que retrata a atividade de gestão que se expande em todos os espaços nos quais não se desempenham as outras funções, ou seja, toda atuação remanescente. Atualmente, pode-se defini-la como a atividade política contínua, realizada, como regra, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, tendente à satisfação dos interesses públicos de cada momento vivido, sendo este selecionado previamente pelas funções constituinte, reformadora, política e legislativa, mediante atos e comportamentos complementários do Executivo, para promover perfeita aplicação, submetidos ao controle jurisdicional.

O Governo e a Administração Pública⁷¹ são, em seu conjunto, os responsáveis pela execução da função executiva⁷², por conseguinte, são os

⁷⁰ CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 250 e 251) alerta que, na prática, é muito difícil diferenciar entre ambas as funções (política e administrativa), pois o governo é, ao mesmo tempo, a “*cabeza de la Administración*” e, ademais, a Administração, em muitos casos, toma decisões que apresentam um importante componente político. Para o autor, a função política equivale à existência de uma liberdade para configurar a realidade com a qual conta o Executivo, e de fato a essência da discricionariedade reside precisamente na existência de uma liberdade de atuação com a que conta a Administração, pelo que, no âmbito político, é onde existe um maior grau de discricionariedade. O outro extremo corresponde-se precisamente com a função administrativa. Nesses casos, a discricionariedade do Executivo é menor (ibidem, p. 254). Desse modo, define o autor duas grandes classes de discricionariedade: a discricionariedade política no sentido amplo, que consiste na faculdade da Administração para configurar, de um modo geral, a realidade sobre a que atua, de acordo com critérios políticos de conveniência ou oportunidade para os interesses públicos; e a discricionariedade aplicadora, executora (ou executiva) das decisões do governo ou do legislador, que consiste na concretização de decisões mais gerais por meio de sua aplicação singular a casos concretos, e onde, ademais, as normas utilizam critérios mais delimitados, que implicam a realização de valorações com um conteúdo menos político que nas situações anteriores. Aduz que muitas decisões contêm elementos de ambas. Por isso, afirma que é necessário, em cada caso, delimitar o alcance de cada um desses componentes com o fim de analisar o grau de discricionariedade existente, que é diferente em cada caso concreto (ibidem, p. 257).

⁷¹ A distinção entre governo e Administração é importante, pois ajuda a delimitar a posição de cada órgão dentro do executivo e também aspectos como a responsabilidade política do

possuidores da subjetividade inerente a tal função. O nível dessa subjetividade/autonomia estaria entre o da subjetividade/autonomia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Sua função está centrada na busca de um equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais. 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 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.

Além dessas evidentes distinções entre os níveis de subjetividade/autonomia existentes e as distintas funções estatais, há também distinções relativas às atividades exercidas pela função executiva. O Executivo, exercendo a atividade política, pratica uma subjetividade ou autonomia pública muito mais ampla que quando exerce a atividade administrativa. A atividade política da função executiva é exercida pelos órgãos superiores do Estado. Dentro do Executivo, essa atividade é atribuída aos órgãos de governos das Administrações. É inegável que, no Estado, produzem-se atos que são anteriores às normas jurídicas ou independentes delas. São esses atos os realizados pela função política, esta definida pela orientação governativa em debates parlamentários 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

Executivo, o alcance do controle judicial, entre outros. Sobre a mesma, vide: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 32 e 33; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 42 e ss.

⁷² Há de ressaltar que a função administrativa do Poder Executivo é tipicamente exercida pela Administração Pública, normalmente, caracterizada pela interdependência, pela iniciativa e pela parcialidade, cujos titulares são removíveis e responsáveis da realização, nos termos normativamente definidos, dos interesses públicos cuja persecução lhes está confiada. No entanto, também, existem entidades privadas que realizam tais funções, vide: SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Direito Administrativo Geral. 2. ed. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I, p. 47-49; GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos. Coimbra: Almedina, 2005.

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 Estado⁷³, 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*⁷⁴.

⁷³ Entre as políticas públicas, cabe diferenciar as políticas de Estado daquelas de governo. Enquanto estas últimas possuem relação com o mandato eletivo, 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 de tempo, 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.

⁷⁴ Existe a tendência de equiparar os atos discricionais aos políticos, ao menos no que se refere ao controle judicial. BLANCA CUTANDA LOZANO (LOZANO, Blanca Cutanda. El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID. *Revista Española de derecho administrativo*, Ano 24, n. 94, p. 255-286, may-jun, 1997, p. 272), ao tratar do direito espanhol, afirma: “*De la doctrina del Tribunal Supremo [...] parece deducirse que existe una determinada categoría de actos políticos que no está sometida al régimen común de control jurisdiccional, en cuanto dicho control se ha de circunscribir a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante “conceptos jurídicamente asequibles”. No veo, sin embargo, en qué puede diferenciarse este control jurisdiccional del que se opera sobre los actos discrecionales, que se realiza fundamentalmente como es sabido, mediante el control de los elementos reglados [...]. Considero [...] que los actos que la doctrina citada del Tribunal Supremo define como “actos políticos” o “de dirección política” no son sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo – máximo si se quiere – margen de discrecionalidad al Ejecutivo para apreciar “lo que sea de interés público”, pero sin que ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional ni justifique, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración*” (vide também: LOZANO, Blanca Cutanda. El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración. *Revista Española de derecho administrativo*, Ano 23, n. 91, p. 437-463, jul-sep, 1996). Contra a equiparação F. LÓPEZ MENUDO (MENUDO, F. López.

A subjetividade ou autonomia pública da atividade administrativa da função executiva é mais estrita que a da atividade política. Por ser, basicamente, a função de executar a vontade das normas jurídicas, possui essa atividade um controle judicial pleno⁷⁵. No tocante a esta atividade administrativa da função executiva do Estado é que se desenvolverá o presente trabalho.

1.2 Atividade administrativa da função executiva e suas distintas formas de atribuição de subjetividade ou autonomia pública

A atividade administrativa da função executiva rege a vida social, e toda a tomada de decisão realizada se executa mediante uma prévia eleição e, deste modo, procede à satisfação das necessidades coletivas previamente

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. 55), sustenta: “A nuestro juicio, quizá lo más sensato, y a la vez más acorde con el sistema constitucional y el propio ámbito de la jurisdicción contenciosa-administrativa, sea precisamente no plantear el problema en términos maximalistas, es decir, ni en pro de una tesis que excluya ad initio el conocimiento por la jurisdicción contenciosa de estos asuntos, ni de otra que diluya el concepto del acto político en el concepto de acto discrecional y, en definitiva, en el magma de los actos administrativos en general [...]. Quizá el camino a seguir pudiera consistir en la admisión del control de aquellos elementos reglados que teniendo una referencia inequívoca en el propio ordenamiento, se encuentran además íntimamente relacionados con el legítimo ejercicio del acto político que se dicta, y no de aquellos otros elementos que aunque reglados y teóricamente separables, no dejan de tener un puro carácter adjetivo y meramente instrumental. [...] aplicar sin más cualquier técnica de control alimbrada en el mundo de los actos discrecionales no parece una solución adecuada ni, desde luego, pacificadora”.

⁷⁵ Por certo que essa subjetividade ou autonomia pública da atividade administrativa da função executiva cada dia se vê ampliada, principalmente pela “fuga” ao direito privado. Ou seja, a legalidade e a subjetividade/autonomia do Poder Executivo seriam agora tidas como óbices à implantação do gerenciamento da Administração, da Administração de Resultado. A velha legalidade, entendida como a submissão da Administração Pública ao que a lei lhe permite e, depois, com o Estado Democrático de Direito ao direito, impede ou dificulta a introdução de uma Administração de Resultado, mais gerencial, repousada sobre a ideia de maior autonomia e maior responsabilidade. Em resumo, poder-se-ia dizer que: a legalidade pode ser afastada em benefício da eficiência. Contudo, apesar de ampliada, ainda é limitada pelo Direito, sob pena de gerir a segurança jurídica essencial para proteger os direitos individuais das prerrogativas públicas. Voltar-se-á sobre esse ponto mais adiante.

definidas, selecionadas e ordenadas²⁶. 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: a de ordenação, limitação ou de polícia; a prestacional ou de serviço público; e a de promoção, estímulo, orientação ou fomento. 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. Mas isso não termina aqui, pois, 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 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 para manifestar suas vontades. Independentemente da forma de atuação administrativa, suas atuações dispõem de uma valoração subjetiva, tanto 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) como 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).

²⁶ 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.

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 atividade técnica ou material, seja outorgada de maneira explícita ou implícita⁷, está se utilizando de uma margem que se caracteriza pela subjetividade ou autonomia pública atribuída de cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados. Qualquer atribuição da Administração deve ser classificada em apenas uma – nunca em mais de uma – dessas cinco categorias teóricas.

Sustenta CECILIO GÓMEZ CABRERA⁸ 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 à discricionariedade.

⁷ 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.

⁸ 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.

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 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.

Outro autor que também relata três grupos de subjetividade ou autonomia pública que tradicionalmente a doutrina administrativa distingue é GIORGIO ARDAU⁷⁹, o qual refere “*tre gruppi quelli che, tradizionalmente, la dottrina amministrativista distingue con il nome di: poteri vincolati, poteri facoltativi o facoltà e poteri discrezionali*”. 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 nè 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.

⁷⁹ ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940, p. 14, 17-20.

Também sobre os distintos grupos de subjetividade ou autonomia pública, HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER⁸⁰ afirmam que “*não obstante os muitos esforços da doutrina, não se conseguiu ainda uma estruturação, uma tipificação, uma caracterização material e uma delimitação sistemáticas das diferentes margens de actuação da Administração*”. Segundo esses autores, também, são aplicadas na caracterização das formas de manifestação subjetiva ou de autonomia pública expressões como “*margen de actuación conformadora*”, “*margen de actuación discrecional*” e “*margen de apreciación*”. Apesar de ainda não existir a consolidação de uma terminologia uniforme, de reconhecimento geral, a mais usual era margem de decisão da Administração e liberdade de conformação da Administração.

Certos autores⁸¹ 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 “*administración 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 discricionária vinculada à lei, que é a clássica discricionabilidade administrativa que se estudará mais adiante. Aqui se diferencia entre “*discricionabilidade de dispensa*”, outorgada por uma autorização de exceção, ou seja, em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos

⁸⁰ 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.

⁸¹ Ibidem, p. 446.

jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância; e “*pretensa discricionarietà*”, 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 autores que uma característica especial da Administração conformadora é a chamada discricionarietà de planificação.

Convém citar, ainda, ALEJANDRO NIETO⁸², que também 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 encomienda 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 (discrecionalidad): se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas*”. E GUSTAVO BINENBOJM⁸³ que, de maneira similar, 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

⁸² NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Año 14, n. 44, p. 147-162, may/ago, 1964, p. 156.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207, 226 e ss.

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 autor⁸⁴, denominados atos discricionais. Aqui a vinculação direta, a princípio, proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade.

Ressalta-se, por fim, que toda ação administrativa é ditada no exercício de um poder. EVA DESDENTADO DAROCA⁸⁵ coloca que “*toda potestad administrativa sirve [...] a un determinado interés general, y esa relación entre la potestad y el interés protegido pone de manifiesto el carácter instrumental de la actuación de la Administración y el carácter necesariamente condicionado y limitado del ámbito de maniobra del que dispone*”. Seja este âmbito oriundo da liberdade conformadora, da discricionariedade, da apreciatividade ou da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Esta valoração subjetiva da dita conveniência e oportunidade, por meio da qual o Executivo realiza suas funções, mudou com o tempo.

1.3 Fases evolutivas e cronologicamente distintas da subjetividade/autonomia na atividade administrativa da função executiva

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, *discreñio*, que conjuga os sentidos de reserva e discernimento.

Arbitrium ou livre-arbítrio, para os que acreditam que exista⁸⁶, pode ser entendido como consciência, vontade, poder ou faculdade. O primeiro

⁸⁴ Ibidem, p. 229.

⁸⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 60.

⁸⁶ Existem dois pontos de vista sobre o tema: o determinismo e o incompatibilismo.

O determinismo entende que todos os eventos são resultados inevitáveis de causas prévias, como o que tudo o que passa tem uma razão de ser. Logo, entende que nosso destino já está traçado e não se pode mudar, rejeitando a ideia de que o ser humano possui livre-arbítrio. O incompatibilismo significa a noção de um universo determinista que está totalmente em

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 possui⁸⁷. Por fim, o *arbitrium* como *facultas* mostra a capacidade de produzir efeitos válidos⁸⁸.

desacordo com a noção na qual uma pessoa disfruta do livre-arbítrio. Os incompatibilistas geralmente defendem que uma pessoa atua livremente apenas quando esta é a única que origina a causa que desencadeia uma ação e que poderia ter terminado autenticamente de outra maneira. Eles mantêm que se o determinismo é verdade, então, cada eleição é determinada por acontecimentos prévios. Há um ponto de vista intermédio, em que as condições passadas poderiam ter incluído, mas não terminam as ações futuras. As eleições individuais são um resultado entre muitos resultados possíveis, todos os quais são induzidos, mas não são determinados pelo passado. Inclusive, se o agente do arbítrio espontaneamente se esforça em escolher entre as ações disponíveis, propriamente, o agente não é o que origina a causa da ação, porque ninguém pode realizar as ações que são impossíveis. Aplicando a estados interiores, esta perspectiva sugere que alguém pode escolher entre as opções em que outro alguém pensa, mas não pode escolher uma ação improvável de realizar. Segundo esta opinião, as eleições atuais podem iniciar, determinar ou podem limitar as eleições futuras.

Assim, o incompatibilismo pode ser tratado pelo menos de duas maneiras: pelos libertarianos – que negam que o universo é determinista – e os deterministas duros – que negam que o livre-arbítrio existe. Os primeiros afirmam que o livre-arbítrio existe e que, portanto, o futuro não está determinado. A liberdade faz que as ações sejam um efeito sem causa. Os segundos sugerem que o livre-arbítrio parece implicar que o futuro não está determinado (porque uma pessoa poderia atuar livremente de uma forma ou de outra), isto significa que não existe realmente o livre-arbítrio. O compatibilismo é o ponto de vista que sustenta que o livre-arbítrio surge no exterior de um universo determinista ainda em ausência de incerteza. Compatibilistas podem definir livre-arbítrio como o surgimento de uma causa interior, tal como os pensamentos, as crenças e os desejos. A filosofia que aceita tanto o determinismo como o compatibilismo se chama determinismo suave. A existência do livre-arbítrio tem sido, portanto, um tema central através da história da filosofia e da ciência. Aqui, importa saber que existe uma liberdade de eleição entre distintas alternativas. Sobre cada uma dessas manifestações, vide: LAWHEAD, William F. *The Philosophical Journey: An Interactive Approach*. New York: McGraw-Hill Higher Education, 2008.

⁸⁷ 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 libero arbitrio versa, en realidad, sobre la*

MASSIMO MECCARELLI⁸⁰ 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 duplicidade estrutural. O termo neutralidade indica idoneidade na intervenção do superior hierárquico ou de uma terceira parte. Por modulabilidade, há de entender a idoneidade que

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 ínsita 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*".

⁸⁰ MASSIMO MECCARELLI (MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium*: un aspetto sistemario deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 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 molteplicità 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 definitorie che si conservano nel tempo*". Este autor aponta que existem três categorias de *arbitrium*: *arbitrium-iustitia*, *arbitrium-aequitas* e *arbitrium-rationabilis*.

J. MENOCHIO (1588 apud MECCARELLI, Massimo. Ibidem, p. 5) indica os três principais significados: *arbitrium* entendido como *dispositio rei propriae* e como *iudicium 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 defini-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*.

⁸⁰ MECCARELLI, Massimo. Ibidem, p. 23-34.

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 dúplex, plenum videlicet et regulatum*” – e complementa⁹⁰ 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, afirma⁹¹ 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.

ALEJANDRO NIETO⁹², em breve excurso 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 supõem, 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. Agora, nos casos de ausência ou insuficiência destas fontes diretas, o juiz resolvia 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 autor⁹³:

[...] 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

⁹⁰ Ibidem, p. 35 e ss.

⁹¹ Ibidem, p. 40.

⁹² NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 209 e 210.

⁹³ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 219.

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.

Já TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁸⁴ 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*

⁸⁴ 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 e 588.

los hechos generadores del litigio y aplicar a lo que resulte probado la fórmula preestablecida". 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 preestablecidas, 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 NIETO⁸⁵ 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 arbitrario se considera derivado de arbitrariedad y no de arbitrio para el que

⁸⁵ Ibidem, p. 212.

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 MECCARELLI⁸⁶ 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 XVIII⁸⁷.

⁸⁶ MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium*: un aspetto sistemario degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44.

⁸⁷ MASSIMO MECCARELLI (ibidem, p. 162 e ss) sustenta que a terminologia *arbitrium* deveria ser reutilizada e afirma existir o que chama “*arbitrium amministrativo*”. 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 amministrazine 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 communi*”.

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 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 concepción 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 óptica. 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 heteronomia. Y lo es porque si la libertad o arbitrio “en sí mismo es por definición indeterminable, sí 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 agente 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, imprimiría 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*”.

Arbitrium e *discretio*, como se pôde depreender, não são sinônimos. A discricção, 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 é a habilidade de tomada de decisões sensíveis, concernentes à experiência e ao conhecimento e cientes do bem e do mal. A discricionariedade é resultado de um processo racional e intelectual 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 MECCARELLI⁹⁸, “*il contenuto della 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*”.

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 PLATON⁹⁹ já falava do uso da discricionariedade como modo de decisão e no início da idade moderna; também, em clássicos como “*O príncipe*” de NICOLÓ MACHIAVELLI¹⁰⁰, “*Leviatã*” de THOMAS

⁹⁸ MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium*: un aspetto sistemario deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998, p. 9.

⁹⁹ 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; PLATO. *The Seventh Letter*. Translated by J. Harward. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993 – circa de 388 a.C.

¹⁰⁰ MACHIAVELLI, Nicolò. *Il Principe*. Florence: Antonio Blando d’Asola, 1532, CAPITOLO XXI Come si debba governare un Principe per acquistarsi riputazione.

HOBBS¹⁰¹ e “*Dois tratados sobre o governo civil*” de JOHN LOCKE¹⁰². O termo, no entanto, só começou a aparecer nos dicionários no final do século XVII¹⁰³.

Como instituto, o termo discricionariedade foi, a princípio, utilizado pela Igreja Católica Apostólica Romana ao outorgar uma margem de liberdade aos membros da Inquisição¹⁰⁴. 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 Confirmação¹⁰⁵.

¹⁰¹ HOBBS, Thomas. Leviathan: Or, The Matter, Forme & Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil. London: University Press, 1651, parte II, capítulo XXI, item 18.

¹⁰² LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1º edição de 1690, p. 226.

¹⁰³ PAUL DUPONT (DUPONT, Paul. Le dictionnaire de l'Académie française, dédié au Roy. Paris: Veuve de J. B. Coignard & J. B. Coignard, 1694, p. 334) afirmava: “*Discretion. Judicieuse 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 soldeurs viveurs à disresion. Quand ils vivent comme il leur plaist chez hosties, de sans autre regle 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 precisement, & qu'on laisse à la volonté de celuy qui pend”.

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”.

¹⁰⁴ TENISON, Thomas. A sermon concerning discretion ... April VI. MDCLXXXI. 2. ed. London: London Chiswell, 1688.

¹⁰⁵ 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

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 Judiciário¹⁰⁶, como o poder que os

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 licitude do sacramento 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*”.

¹⁰⁶ 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 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 forts of offences, contempts, and diforders, 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*”.

juízes tinham para tomar a decisão de realizar ou não um castigo corporal e que castigo deveria de ser imposto¹⁰⁷.

Desse modo, acerta DENIS J. GALLIGAN¹⁰⁸ 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”*¹⁰⁹.

A expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão como um poder absoluto, ilimitado ou sem fim¹¹⁰. Vê-se a

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”*.

¹⁰⁷ 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”*.

¹⁰⁸ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 8.

¹⁰⁹ GAETANO AZZARITI (AZZARITI, Gaetano. Della discrezionalità al potere. Padova: Cedam, 1989, p. 241): *“È così in primo luogo 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 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”*.

¹¹⁰ Até a Assembleia Constituinte da Constituição Francesa de 1791 afirma que a origem da expressão poder discricional vem da Inglaterra. FRANCE ASSEMBLEE NATIONALE

referência ao termo poder discricional em ADAM SMITH¹¹¹ e, já no século XVIII, algumas referências à terminologia¹¹².

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 discrétionnaire, (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 discricção inglês – e assim comentou, pois, como se formou a terminologia que surgiu na Inglaterra. Dizia: “*L'acte de discrétion 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 pus assez perversi 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 moqueroit 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 semblant de copier l'étançon, se hâtent de bâtir un arcbutant 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*.

¹¹¹ 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*”.

¹¹² 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*

No entanto, somente com o surgimento do Estado moderno¹³³ que começaram a empregar distintos tratamentos do uso da expressão¹³⁴.

1.3.1 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.

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 Message which, we are persuaded, was both formed and advised by the same Ministers, in whom those extensive and discretionary Power are lodged by this Address; and we see no Reason, from any 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 assumed by any regal prerogative*".

¹³³ 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.

¹³⁴ 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.

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 previsse¹⁵⁵. Ou seja, a Administração poderia utilizar o que, 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 indeterminados¹⁵⁶) nos que a Administração não poderia ser substituída. Apesar

¹⁵⁵ 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, 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 e 50 – 1º edição de 1762) aponta: “*Si donc on écarte 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 lois est toujours général, j'entends que la loi considère 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: GROETHUYSEN, Bernard. Philosophie de la Révolution française. Paris: Gonthier, 1956.

¹⁵⁶ 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 conseqüente 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

de estar amparada na lei para qualquer ato que realizasse (princípio da legalidade), não é certo afirmar, como faz SÉRGIO GUERRA¹¹⁷, 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 NIETO¹¹⁸ 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*”.

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 Executivo¹¹⁹, 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 DOMAT¹²⁰ 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 impératives ou prohibitives de la loi*”¹²¹. ÉMILE MASSEUX

manifestação normativa: *unbertimmter Rechtsbegriff v. Ermessen*. Voltar-se-á sobre este ponto mais a frente.

¹¹⁷ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40.

¹¹⁸ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 217.

¹¹⁹ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

¹²⁰ DOMAT, Jean. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris: Alex-Gobelet, 1835, p. 164.

¹²¹ Complementava sua ideia com a exposição do que ele entendia como possível dentro do âmbito judicial (DOMAT, Jean. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris: Alex-Gobelet, 1835, 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*

VICTOR FOUCART¹²², no entanto, sustentava que poderiam 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, 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 OLIVÁN¹²³ 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,*

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 témoins 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 l'arrêt.

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 de 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”.

¹²² FOUCART, Émile Masseux Victor. Éléments de droit public et administratif. Paris: Videcoq père et fils, 1843, p. 268.

¹²³ OLIVÁN, Alejandro. De la administración pública con relación a España. Madrid: [s.n.], 1843, p. 192.

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”.

Durante esse período liberal, começou-se a diferenciar doutrinariamente a discricionariedade da arbitrariedade¹²⁴. MARC-ANTOINE JULLIEN¹²⁵ 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 MANZONI¹²⁶, 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’applicazione 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 circostanze e di restringere anche in quelle più che possono”*¹²⁷. Vale, ainda, mencionar WILLIAM WHITING¹²⁸, que, ao questionar o verdadeiro sentido da palavra arbitrariedade, apontava:

¹²⁴ 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.

¹²⁵ JULLIEN, Marc-Antoine. PROGRAMME du Cours de Droit public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour l’année 1819 1820 par M le baron de GÉUANDO. Revue encyclopédique: liberté, égalité, association, Paris, t. 6, 1820, p. 508.

¹²⁶ MANZONI, Alessandro. Opere complete di Alessandro Manzoni. Parigi: Baudry, 1843, p. 495.

¹²⁷ 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 concludere che la nostra cautela si concilia benissimo colla esenzione dalla ordinaria responsabilità, soggetta a leggi fisse e specificate”.*

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 RAPISARDI¹²⁹, 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

¹²⁸ WHITING, William. *War Powers Under the Constitution of the United States*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1864, p. 184.

¹²⁹ 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.

pode examinar a legalidade ou ilegalidade do exercício, constituindo-se ou não em excesso de poder, mas não poderia analisar se havia ou não oportunidade e 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: 1° Dev’essere esercitato durante il dibattimento; 2° Deve sorgere dal dibattimento la necessità o l’utilità di questo esercizio; 3° Può essere esercitato in tutto ciò che non è prescritto, o non è vietato della legge sotto pena di nullità”*.

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 PAREDES¹³⁰ 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 VIVIEN¹³¹, *“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 discrétionnaire, 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 REGO¹³² esclarecia que, entre os poderes administrativos, existia *“um discricionário, inteligente e livre; e outro passivo, regulado e dominado pela Lei”*. E, segundo ANTONIO GONZÁLEZ SARAIVA¹³³, *“la potestad de mando la puede ejercer la administración de una manera discrecional, si obra libremente; ó reglada, si*

¹³⁰ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 885.

¹³¹ VIVIEN, Alexandre François Auguste. Études administratives. Paris: Guillaumin et cie, 1852, p. 124.

¹³² REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro. Recife: Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 85.

¹³³ GONZÁLEZ SARAIVA, Antonio. La administración pública: o curso de derecho administrativo. Guatemala: “La Unión”, 1888, p. 64.

se sujeta á los límites ó requisitos". Essa diferenciação foi a primeira forma de se reduzir o limite da discricionariedade¹³⁴.

Começou-se tal distinção por questões de apresentação de reclamações perante os juízes¹³⁵. Foi a questão da jurisdição contencioso-administrativa, um 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 sobrepondo-se, pouco a pouco, à contradição entre Administração ativa e contenciosa¹³⁶.

Para ter uma ideia sobre a discussão existente na época, cita-se JULIÁN PELÁEZ DEL POZO¹³⁷, o qual defendia categoricamente que *"no pertenecen á lo contencioso-administrativo las reclamaciones dirigidas*

¹³⁴ 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 discrétionnaire*. Lille: Duriez-Bataille, 1937, p. 98 e 99).

¹³⁵ 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 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 espedita 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".

¹³⁶ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Año XLI, n. 124, p. 65-94, ene./abr., 1991.

¹³⁷ 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.

contra los actos del poder discrecional”. DENIS SERRIGNY¹³⁸, 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 Administração¹³⁹. Além dos atos discricionais, também os políticos estavam excluídos do controle judicial¹⁴⁰. Resumindo, o discricional e o governativo

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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 à 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 modificarle [...]

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 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 teson su respeto y su integridad”.

¹⁴⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio; AGUIRRE, Joaquín; MONTALBAN, Juan Manuel. Febrero, o Librería 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 esclusivamente 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*

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 contenciosa¹⁴¹. FERNANDO COS-GAYÓN e EMILIO CÁNOVAS DEL CASTILLO¹⁴² 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*

lastimado derecho particular, es un acto de puro mando ó discrecional, será reclamable en la via 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”.

¹⁴¹ RIBAS, Antonio 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 succede 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, cingindose aos textos das leis, regulamentos e contractos 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 permittir-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”.

¹⁴² 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.

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”¹⁴³.

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

¹⁴³ 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: “*Calificase también la jurisdicción voluntaria de discrecional en cuanto sus actos de mando no se hallan trazados por la Ley sino que dimanen 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 via 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 via contencioso administrativa es necesario que dé motivo á la reclamación por la pugna ó colisión entre el interés particular y el publico 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 via judicial con autorizacion prévia 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 reclamacion 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 desoye su providencia es apelable para ante el Rey en Consejo Real porque el asunto pertenece á la clase de los contenciosos de la administración*”.

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 LODOVICI¹⁴⁴ 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 prendrè 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 GUEROLA¹⁴⁵ 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 DELBARE¹⁴⁶ 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 JUSSIEU¹⁴⁷, 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*

¹⁴⁴ LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Duriez-Bataille, 1937, p. 94.

¹⁴⁵ GUEROLA, Antonio. Estudios de administración práctica. Madrid: Diaz y Lopez, 1868, p. 60.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ FOX, Charles James et al. Recueil de discours prononcés au parlement d'Angleterre. Paris: Le Normant, 1819, p. 134.

pouvoir discrétionnaire doivent être soumis au conseil suprême aux ordres duquel le gouvernement de l'Inde doit obéir". MICHELE BERTETTI¹⁴⁸, por sua vez, argumentava que *"il governo, come amministratore dello Stato, e le particolari amministrazioni delle provincie e dei comuni, possiedono 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"*¹⁴⁹.

Além disso, existiam vozes sobre os limites da discricionariedade, principalmente no que se refere às leis naturais. ÉDOUARD LOUIS JOSEPH BONNIER¹⁵⁰ 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 GALE¹⁵¹ 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 natureza¹⁵²: *"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 cases where he shall do something which amounts to a forfeiture, for such an effect is absolutely forbidden by the law of nature"*. Por isso, enunciava¹⁵³ 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,

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ Vide também: STAHL, Friedrich Julius. Die Philosophie des Rechts. Leipzig: J.C.B. Mohr, 1833, v. 2, parte 2, p. 338.

¹⁵⁰ BONNIER, Édouard Louis Joseph. Trattato teorico e pratico delle prove in dritto civile e in dritto criminale. Palermo: Presso Decio Sandron, 1853, p. 64.

¹⁵¹ GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871, p. 3.

¹⁵² *Ibidem*, p. 14.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 15.

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 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*”¹⁵⁴.

Pode-se perceber que é em pleno período liberal quando se desenvolve a teoria do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. JEAN LODOVICI¹⁵⁵, 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 LAFUENTE¹⁵⁶, um dos que criticava o método, demonstrava como funcionava tal “*sistema de lista*”. Defendia, em

¹⁵⁴ AUCOC, Léon. Conférences sur l’administration et le droit administratif. 2. ed. Paris: Dunod, 1878, tomo I, p. 467.

¹⁵⁵ LODOVICI, Jean. L’évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Duriez-Bataille, 1937, p. 24.

¹⁵⁶ ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Demandas improcedentes por haber obrado el gobierno en uso de sus facultades discrecionales. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Ano 14, t.30/31, 1867, p. 23-25.

outra obra¹⁵⁷, 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 LAFERRIÈRE¹⁵⁸ 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 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. PANIGO¹⁵⁹ 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 a discricionariedade¹⁶⁰. Nos anos seguintes a

¹⁵⁷ Idem. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 15 e ss.

¹⁵⁸ LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Por ordem cronológica: BERTIN, Jean-Louis-Henri. Du pouvoir discrétionnaire 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 discrezionale: 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

1850, desenvolveu-se um período de reflexão sobre este novo instituto que, somente um século depois, como se terá oportunidade de estudar, ganhou notoriedade¹⁶¹.

1.3.2 Estado intervencionista e a maturação da discricionariedade

Entende-se que o modelo de Estado liberal ou mínimo subestimou as diferenças existentes entre cada pessoa. Todo ser humano é distinto um do outro e enfrenta-se em distintas situações. Inevitavelmente, a liberdade existente e garantida nesse modelo de Estado chegou a seu uso inadequado de tal modo que os mais fortes dominavam os mais fracos. Surgiu, por conseguinte, a necessidade de que o Estado se reorientasse mediante o surgimento de uma conformação ativa, inicialmente, caracterizada pelos quatro aspectos mencionados por SABINO CASSESE¹⁶²: a diferenciação legislativa (com a instituição de áreas geográficas diferenciadas, de processos de administração diferenciados e de órgãos diferenciados para canalizar a ação do Estado), a política de obras públicas (para constituir uma infraestrutura pública objetivando o crescimento econômico), as empresas estatais (para suprir a falta de investimentos privados nos setores específicos) e a previsão social (ao inaugurar uma relação social tripartida: Estado-trabalhador-empresa).

Essa nova configuração assentava 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)¹⁶³.

Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.I.]: [s.n.], 1888; RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899.

¹⁶¹ Observar-se-á que, somente em meados do século XX, o estudo da discricionariedade ganhará uma maior presença.

¹⁶² CASSESE, Sabino. La nuova costituzione econômica. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

¹⁶³ 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.

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 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 assimetria¹⁰⁴.

Tais modelos, no entanto, incorporaram estruturas estatais excessivas e custosas para a atenção da sociedade, alargando muito o papel, o tamanho e o custo da maquinaria estatal e gerando um cenário de má gestão e insatisfação. O Estado, em razão de seu afã por estar presente em todos os âmbitos, adotava um grande número de normas jurídicas. Além da socialização, houve o fortalecimento do Poder Executivo, fazendo com que o Estado assumisse um papel de prestador de serviços, apenas, tendo como objetivo ultimar as injustiças sociais geradas pela aplicação dos princípios incorporados pelo direito civil, que trouxeram a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo. Logo, paralelamente a tais transformações, observou-se, também, um crescimento do direito administrativo, então, criando novos princípios e institutos que derogaram postulados básicos do individualismo jurídico. Nesses modelos estatais, o princípio da legalidade ganhou novo sentido, pelo qual a Administração somente poderia fazer o que a lei lhe permitisse. Sendo a discricionariedade como um “*poder*” limitado pela lei, deixando de existir a pretendida esfera de ação em que a Administração atuava livremente.

¹⁰⁴ É óbvio que esse Estado Social de Direito (incluindo aqui ambos os modelos – Estado Social ou Intervencionista e Estado do bem-estar) levou a mudanças notáveis nos ordenamentos, dando início à publicização do direito civil e criando como fundamento de todo o direito público o princípio da supremacia do interesse público, originando, por conseguinte, a fuga para o direito privado.

De acordo com ANTONIO MOZO SEOANE¹⁶⁵, 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 legal¹⁶⁶. Ademais, assume uma postura dentro da concepção da discricionariedade que revisa o fato de que esta deriva da ausência de previsão normativa. Agora, somente existe discricionariedade se o ordenamento a atribui.

Durante a maturação do direito administrativo como ramo independente e autônomo, a noção de discricionariedade se desenvolveu¹⁶⁷.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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 técnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910; MICHOD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire 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 discrétionnaire. 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 giudiziaria. Padova: Cedam, 1931; LEVI, Alessandro. Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa. Padova: Cedam, 1932; JURKOVIC, Joso. Svobodni prevdarek. (Le pouvoir discrétionnaire). Ljubljana: T. Slovenija, 1936; LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Duriez-Bataille, 1937; GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O Poder discricionário da administração. Coimbra: Coimbra Editora, 1944; GASPARRI, Pietro. Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa.

Inclusive, no início 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 Direito¹⁰⁸.

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

Cagliari: Universita degli studi, 1946; FIORINI, Bartolomé A. La discrecionalidad en la administración pública. Buenos Aires: Alfa, 1948.

¹⁰⁸ 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; ALEXEEFF, 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 del 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.

vinculada¹⁶⁹. Mais adiante, introduziu-se a distinção entre “*livre discricionariedade*” (discricionariedade em sentido estrito) e certa discricionariedade, sustentada por GEORG MAYER¹⁷⁰. Tais distinções já estavam coletadas por WILHELM KRAIS¹⁷¹, 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 vontade¹⁷² ou seu arbítrio¹⁷³. 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 mencionadas¹⁷⁴. 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*)¹⁷⁵. 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

¹⁶⁹ LAUN, Rudolf von. *Das freie ermesen und seine grenzen*. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

¹⁷⁰ MAYER, Georg. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² TEZNER, Friedrich. *Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*. [S.l.]: [s. n.], 1888.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo* (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

¹⁷⁵ JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung*. Tübingen: Scientia, 1964.

(*Beurteilungsspielraum*) existente na zona de incerteza (ou auréola conceitual) dos “*conceitos jurídicos indeterminados*”¹⁷⁶. Também, pode-se dizer que é mérito da doutrina alemã a criação da teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null* o *Ermessensschrumpfung*). Esta teoria afirma que a margem de liberdade em uma norma abstrata é quase sempre maior que a mesma margem em uma situação 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 tomada¹⁷⁷.

Os franceses, depois de “*criarem*” um amplo conceito de discricionariedade como liberdade diante dos Tribunais e do Legislativo, passaram por um longo processo de estreitamento do conceito que chega até hoje. O primeiro passo foi substituir a citada “*zona de matérias discricionais*” pelo conceito de “*ato discricional*”¹⁷⁸. 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 explica¹⁷⁹: “*Ce qui fait d’acte de*

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julho, 1962.

¹⁷⁸ LAFERRIERE, Firmin Julien. Cours de droit public et administratif. Paris: Librairie du Conseil d’État, 1860; 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.

¹⁷⁹ 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.

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 a venir, voilà l'acte de gouvernement et la mesure de haute police”.

EDOUARD LAFERRIÈRE¹⁸⁰ 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 governo¹⁸¹. Assim, esse estudioso¹⁸² criou uma célebre distinção que consistiu em diferenciar o administrar e o governar: “*Administrer, c’est assurer l’application journalière des loie, veiller aux rapports des citoyens avec 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*¹⁸³. 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 discrétionnaire*. As noções de *opportunité* e *pouvoir discrétionnaire* são vista, na doutrina francesa, como

¹⁸⁰ LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.

¹⁸¹ RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899, p. 63 e ss.

¹⁸² LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II, p. 32 e 33.

¹⁸³ 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, 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, p. 252: “*les actes d’administration pure tenant au pouvoir discrétionnaire n’échappent pas entièrement au contrôle du conseil d’Etat, auquel ils peuvent toujours être déférés pour incompétence et excès de pouvoir*”.

termos absolutamente fungíveis, no sentido de que o exercício do poder discricional comporta sempre uma valoração da oportunidade. LEON DUGUIT¹⁸⁴ 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 discricionariedade¹⁸⁵. Desse modo, ROGER BONNARD¹⁸⁶ entendia que “*dans tout acte, on peut trouver un certain pouvoir discrétionnaire*”. E, por isso, procedeu a individualização do núcleo do poder discricional, como limite ao 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 incontrolável¹⁸⁷.

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 técnica¹⁸⁸, cabe atribuir à doutrina italiana seu desenvolvimento. Para alguns, trata-se de um poder livre; para outros, de um poder vinculado que não é susceptível de ser controlado pelos Tribunais; também, há quem defenda

¹⁸⁴ DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit public. Paris: A. Colin, 1913.; DUGUIT, Leon. Traité de droit constitutionnel. Paris: Boccard, 1911, tomo I.

¹⁸⁵ MICHOU, 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; 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.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

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 GIANNINI¹⁸⁹ e outra por COSTANTINO MORTATI¹⁹⁰. 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 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 valorativo¹⁹¹.

¹⁸⁹ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 480 e ss.

¹⁹⁰ MORTATI, Costantino. Discrezionalità. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo digesto italiano. Torino: UTET, 1958-1961, tomo V, p. 1102 e ss.

¹⁹¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 168 e ss.

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 LAFUENTE¹⁹² 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 que a atividade vinculada não o estaria. Esse foi o ponto de partida para todos os demais estudos na Espanha¹⁹³. 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 compreende 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 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

¹⁹² ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 60 e ss.

¹⁹³ GALLOSTRA Y FRAU, José. Lo contencioso-administrativo. Madrid: Imprenta y Fundación 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.

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 poder¹⁹⁴. Com a Lei Jurisdicional 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 da mesma, 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 liberdade¹⁹⁵. Além disso, assenta-se a ideia de que a discricionariedade apenas poderá existir se essa decorre da vontade do legislador¹⁹⁶, no entanto questiona-se quando a atribui ao legislador. Foi, então,

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ MICHOU, 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 inumeráveis 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.

¹⁹⁶ MICHOU, 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 scienc 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*

que se reconheceu a existência de uma “*discricionarietà*” implícita nos conceitos indeterminados. Chegou-se a presumir que o emprego desses conceitos corresponderia à manifestação da vontade de atribuir a discricionarietà¹⁹⁷. Também se pensou que a discricionarietà derivava de um poder discricional inerente a qualquer ato que, ao final das contas, consistia em um poder de apreciação da oportunidade das medidas administrativas¹⁹⁸.

Naquela época, afirmava-se que a discricionarietà era uma questão de oportunidade e não de justiça¹⁹⁹, 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, limitada²⁰⁰, mas sempre sujeita ao controle dos chamados vícios da discricionarietà²⁰¹. Logo, definia-se a discricionarietà administrativa como a liberdade de opções. Não há sentido em falar de vinculação a um fim, pois uma solução que não fosse coerente ao

und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

¹⁹⁷ Assim surgiu a doutrina dos “*conceitos discricionais*” um dos maiores problemas do Direito administrativo, pois até hoje não se resolveu que conceitos indeterminados atribuem discricionarietà e se eles realmente a atribuem. Tratar-se-á de tal tema mais adiante.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ 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*”; MICHOU, 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.

²⁰¹ FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954, p. 84. Diziu o autor que uma decisão tomada sem qualquer ligação com um limite não é uma decisão discricional.

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 atuar²⁰². A primeira é a liberdade de 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 obrigação²⁰³. WALTER JELLINEK²⁰⁴ 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 HAURIOU²⁰⁵ sustentaram que a moralidade administrativa atuava como um limite da discricionariedade, inclusive entendendo que era uma questão delicada por possuir essa uma natureza extrajurídica.

²⁰² A discricionariedade em atuar ou não (*Entschliessungsermessen*) foi muito bem-tratada por WALTER JELLINEK (JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitsprüfung: 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).

²⁰³ JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitsprüfung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964, p. 96.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 30.

²⁰⁵ HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 456.

Em resumo, pode-se entender que o poder discricionário, e não o ato discricional, evoluiu 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 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 em que tem lugar o exercício de dito poder.

1.3.3 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, pois, como explica Sabino Cassese²⁰⁶: “*Se nos anos 30 estava difusa a idéia da falência do mercado, nos anos 60 se difunde a idéia da falência do Estado como regedor da economia*”. Diante dessa dupla falência, não se teve alternativa a não ser 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.

²⁰⁶ CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*, 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 124.

Para JUAN DE LA CRUZ FERRER³⁰⁷, a queda dos Estados comunistas, a crise do Estado do bem-estar e a globalização da economia provocaram uma crise do modelo de intervenção do Estado na economia e na sociedade que obrigou a redefinir o papel e as funções do Estado para adaptá-los às novas exigências e circunstâncias. Aqui o autor se refere ao Estado pós-moderno. Crê-se que tal Estado surgiu pela ineficiência crônica dos serviços públicos, pois o Estado-providência, que buscava conciliar racionalismo e democracia, acabou por transformar o cidadão em pessoa acomodada e passiva. E isso até o ponto de permitir que suas empresas estatais (afinal, eram empresas do povo), que prestavam serviços e ofereciam bens abundantes e baratos atuando à margem do mercado, se contaminassem pela burocracia e pela inércia, buscando finalidades corporativas próprias e perdendo lentamente a pouca eficiência que possuíam.

Este Estado moderno chega à marca do desperdício e quanto maior era seu aparelho burocrático e sua centralização, menos era o controle a que deveria estar submetido. Ou seja, era um Estado com um custo excessivo de funcionamento, que exercia o controle dos gastos públicos apenas formalmente, consistindo na mera satisfação do procedimento financeiro-orçamentário, sem que importassem os aspectos substantivos, como a economicidade e a legitimidade.

Hoje, almeja-se eficiência, não basta a eficácia, e mais, demanda-se por uma subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável, sempre que possível. Tal processo se agravou com o endividamento público intolerável, a inflação perversa e irredutível, o belicismo dos governos com suas corridas armamentistas, o peso crescente dos tributos ao ponto de se falar sobre uma voracidade fiscal do Estado e corrupção endêmica, além do nepotismo.

Assim, entende-se que as características gerais da nova configuração contemporânea, que vêm sendo identificadas por Estado pós-moderno³⁰⁸,

³⁰⁷ FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 37.

³⁰⁸ Jacques Chevalier (CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003) e Robert Cooper (COOPER, Robert. The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century. London: Atlantic Books, 2003) classificam o Estado contemporâneo em três

apresentam, em sua concepção, uma reformulação do aparato estatal que abrange, em si, distintas gamas de Estados unidas em quatro segmentos²⁰⁹: um primeiro segmento que diz respeito ao fortalecimento de laços de interdependência, havendo-se o Estado enquadrado, o Estado competência e o Estado englobado; um segundo segmento que trata da redefinição das funções estatais, em que se tem o Estado garantia, o Estado regulador e o Estado protetor; um terceiro segmento relativo às atenuações ou mitigações das especificidades estatais, sinalizam ao Estado desmitificado, o Estado banalizado e o Estado reformado; e, por fim, um quarto segmento que é concernente à fragmentação da estrutura estatal, configurando-se o Estado policêntrico, o Estado territorial e o Estado segmentado.

grupos: os Estados “*pré-modernos*”, tais como Afeganistão, Somália, Libéria e quase todos Estados africanos, muito frágeis e demasiado pequenos para apresentar todos atributos de autênticos Estados; os Estados “*modernos*”, como Índia, China, Brasil, entre outros, atrelados à concepção tradicional de Estado e detentores de monopólios da força; e os Estados “*pós-modernos*”, aqueles em que a soberania tende a dar lugar a uma lógica nova de interdependência e cooperação, apagando a separação entre política interna e externa.

Ressalta-se que este novo Estado pós-moderno não se encontra em quase nenhuma Constituição atual, portanto, dependerá muito de uma evolução permanente introduzida pelo legislador reformador e pelos tribunais constitucionais, por meio de interpretações, produzindo por vezes a denominada mutação constitucional sem alteração no texto, e somente nas normas preceitos (ou normas regras), e não nas normas princípios, pois qualquer que seja a sua própria essência comportará uma infinita pluralidade de aceitações em confrontação ponderada com as demais congêneres, ou seja, nas normas princípios, nunca haverá mutação constitucional. Assim entende-se, pois são as mudanças constitucionais, seja por alterações do texto, função legislativa por meio de emendas (específicas) ou revisões (gerais), seja pela interpretação sem alteração do texto (mutação constitucional), função judicante, que mantêm vivas as constituições.

²⁰⁹ Jacques Chevalier (CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 30), após referir-se as transformações do Estado, afirma: “*L'action combinée de tous ces facteurs tend à infléchir le modèle étatique, sur quatre points au moins: - D'abord, le processus de mondialisation en cours place l'État dans un contexte d'interdépendance structurale, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté; - Ensuite, la perte par l'État de la maîtrise d'une série de variables essentielles dont dépend le développement économique et social débouche sur une redéfinition de ses fonctions; - Corrélativement, la netteté et la précision des frontières entre le public et privé tendent à s'estomper, entraînant une banalisation de la gestion publique; - Enfin, alors que l'État avait été organisé sur un mode unitaire, on assiste à un mouvement de fragmentation et d'éclatement d'appareils de plus en plus hétérogènes*”.

O Estado passa por um processo de modernização que exerce efeitos indissociáveis à noção de soberania, afinal, as transformações atuais reduzem a margem de liberdade dos Estados, favorecendo o surgimento de novos atores que desbancaram a noção de Estado-nação onde esse dispunha uma posição suprema, criando com isso um jogo complexo e multidimensional de interações. Esses efeitos fazem com que haja, hoje, um fortalecimento ou intensificação dos laços de interdependência e solidariedade²¹⁰.

²¹⁰ LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?. Coimbra: Coimbra Editora, 2008) defende a tese da existência de um direito administrativo sem Estado. Para o autor (ibidem, p. 31) o Estado deixa de se assumir como protagonista do ordenamento jurídico geral e passa a se exprimir sob novas formas institucionais, supranacionais e não estatais. O autor apoia sua tese na teoria da instituição de HAURIOU (ibidem, p. 33), mais precisamente na divisibilidade da *puissance publique* e não tanto na divisibilidade da soberania. Afirma: “*Se a puissance publique é fundamental à noção de Estado, a verdade é que pode haver puissance publique sem Estado e, portanto, direito administrativo sem Estado ou para além dele*”. Em suma, verifica-se uma desestatização material do próprio Estado, e assim é porque o Direito administrativo se originou da ideia de Estado como pessoa jurídica vinculada à legalidade. Não é por acaso, inclusive, que a desconstrução do Direito administrativo em nível interno se iniciou por tal princípio. Sustenta o autor (ibidem, p. 36) que o Direito administrativo é um elemento estruturante da ordem jurídica comunitária (UE), afirma que enquanto: “*o legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza*”. Assevera que a desadministrativização do aparato institucional da Administração e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos pode conduzir a um novo modo de ser da função administrativa. Refere-se ao princípio da subsidiariedade horizontal, em virtude do qual a relação público-privado tende a confluir crescente desenvolvimento de funções públicas pelos privados. Segundo o autor (ibidem, p. 38): “*o princípio da subsidiariedade horizontal, levado às suas últimas conseqüências, comporta o germe de um neoliberalismo extremo que desresponsabiliza a Administração pública das suas tarefas fundamentais, nomeadamente de prestadora de serviços públicos essenciais*”. Tudo leva o autor à dizer que o Direito administrativo goza na atualidade de uma especificidade aberta e multiforme, onde o Direito privado, como forma, parece assumir um papel determinante. Esse Direito administrativo sem Estado, ou melhor, europeu, afinal, a supranacionalidade analisada pelo autor é a europeia, é definida por ele com (ibidem, p. 69): “*o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autônoma que disciplina directa e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares*”.
Ao lado das relações postas pelo direito administrativo nacional (condicionado pelo direito comunitário e que se estabelecem entre as Administrações dos Estados-membros com os seus cidadãos) estão as relações disciplinadas autónoma e directamente pelo direito administrativo europeu entre a Administração comunitária e os cidadãos europeus (dos Estados-membros).

Isso caracteriza um Estado enquadrado, ou seja, um Estado atrelado a uma nova inter-relação internacional, que se desenvolve por meio de interações entre Estados para a constituição de sociedades internacionais, de uma ordem transnacional que se constitui progressivamente sobre o conceito de Estado-nação²⁰¹. Ademais, tem-se um Estado competência, visto que o fato de que a ordem transnacional, em via de construção, sob o signo da heterogeneidade e complexidade, impõe aos Estados limitações que fazem com que seja necessário que esses se posicionem mais além de sua autoridade, implementando estratégias autônomas, pois, como já não necessitam da “*autorização*” dessa ordem para ter acesso à vida internacional, os Estados são, de fato, obrigados a manter relações de interação e intercâmbio com eles, seja diretamente ou por meio de estrutura de cooperação que hajam criado. Por fim, esse fortalecimento ou intensificação de laços de interdependência e solidariedade traz consigo o Estado englobado, no sentido de que a globalização empurrou as fronteiras nacionais para mais longe, criando um espaço ampliado de regulação, qual seja, a regionalização e o multilateralismo, visto como uma lógica, mas também como uma necessidade²⁰².

Outra consequência do Estado pós-moderno é a redefinição das funções estatais, que buscam respeitar os princípios de um “*good governance*” edificado sob o conceito de Estado liberal ou mínimo. Consagra um regime de mercado, operando pelo tipo liberal do processo econômico, que somente admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de qualquer interferência, seja do próprio Estado seja da formação de monopólios ou do abuso do poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa. Isso significa que determinadas atividades devem ser

Estas novas relações jurídico-administrativas comunitárias são fruto do labor do legislador e da jurisprudência comunitária e constituem, segundo julgo, o núcleo duro do direito administrativo comunitário”.

²⁰¹ Surge, no pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que é hoje a maior organização internacional existente. Define-se como uma associação de governos global que facilita a cooperação em assuntos como o Direito Internacional, a paz e segurança internacional, o desenvolvimento econômico e social, os assuntos humanitários e os direitos humanos. A ONU foi fundada em 24 de outubro de 1945, em São Francisco (Califórnia – EUA), por 51 países, ao finalizar a Segunda Guerra Mundial.

²⁰² CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 31-45.

desenvolvidas pela iniciativa privada, por força dos princípios da subsidiariedade e da abstenção²¹³.

A aplicação desses princípios comporta um Estado: garantidor de uma coesão social e da manutenção da ordem (seguridade), uma vez que, além de ver suas antigas funções de uso de força limitadas por uma progressiva consolidação de uma ordem transnacional, levando ao desenvolvimento das operações para estabelecer a paz e manter a ordem internacional, bem como de ver seus privilégios sobre o dinheiro e arrecadação de impostos gravemente fragilizados pelas limitações do sistema financeiro internacional e até mesmo devido à criação de uma moeda única, como é o caso do euro, hoje, o Estado pós-moderno está obrigado a exercer uma relação com outros atores, externos e internos. Então, tornando-se um ponto de referência, aparecendo como garantidor e garante da continuação de uma série de tradições e valores em torno dos quais todos se reconhecem e se identificam, tendo a tarefa de “*produire du collectif*” (produção do coletivo) e a obrigação de “*recoudre un tissu social*” (costurar um tecido social), cuja evolução dinâmica das sociedades contemporâneas tende a rasgar permanentemente, além de estar obrigado a manter uma “*conception extensive du maintien de l’ordre*” (concepção extensiva da manutenção da ordem), mesmo com a aparição de novas modalidades de violência e criminalidade; e a proteção contra “*les risques de toute nature*” (riscos de toda natureza). É esse o Estado garantia; regulador do mercado, presente na economia como um “*stratège*”

²¹³ Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 72), sobre o princípio da subsidiariedade na União Europeia, enfatiza que a formação e reconhecimento expresso de tal princípio, no Tratado de Maastricht de 1992, foi uma grande e boa novidade. Assume o autor que tal tratado dispõe que, nos âmbitos que não sejam de sua competência exclusiva, a Comunidade intervirá conforme o princípio da subsidiariedade, somente na medida em que os objetivos da ação pretendida não possam ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados-membros e, por conseguinte, possam lograr-se melhor devido à dimensão ou aos efeitos da ação contemplada, em nível comunitário. Chantal Millon-Delsol (1992 apud CHEVALIER, Jacques. L’État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003, p. 46) vai mais longe, ao afirmar que tal princípio significa que a intervenção estatal não é legítima em casos “*d’insuffisance ou de défaillance des mécanismes d’auto-régulation sociale (suppléance), étant entendu qu’il convient alors de privilégier les dispositifs les plus proches des problèmes à résoudre (proximité) et de faire appel à la collaboration des acteurs sociaux (partenariat)*”. E termina aduzindo que tal princípio é o coração da Pós-modernidade sob o signo do pluralismo e da diversidade.

(estrategista) e não um “*pilote*” (piloto), essa nova função descaracteriza o Estado produtor e traz o fim de um dirigismo econômico, fazendo com que o Estado passe a especializar-se em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, a interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos normativos, executivos e judicantes: é o Estado regulador²⁴⁴; e, por fim, protetor de uma nova lógica social e de solidariedade, afinal o anterior pensamento de um Estado social estava em crise (muito, devido à situação das finanças públicas), fazendo esse passar por um processo de redefinição para ter uma maior congruência com o contexto de pós-modernidade: é o Estado protetor²⁴⁵.

O terceiro segmento desse novo Estado pós-moderno trata das atenuações ou mitigações das especificidades estatais. A distinção de público/privado implica uma representação bipolar da vida social. A sociedade está formada por duas esferas distintas: de um lado, a esfera privada, baseada na livre iniciativa e estruturada em torno de informes de interação que se formam entre os indivíduos e os grupos; de outro lado, a esfera pública condiciona aos informes da autoridade. Essa distinção deu lugar a dois sistemas de valores com normas distintas, o público, dominado pelos interesses públicos; e o privado, pelos interesses privados.

A oposição existente entre essas duas esferas cria uma tensão dinâmica que a sociedade necessita para existir, além de portar consigo distintas modalidades de Estados. Um Estado desmitificado cujo mito “*interesse público*”, em que o Estado construiu sua legitimidade, perde sua força como resultado da convergência de dois movimentos: por um lado, decidiu, na noção de interesse público, preservar o atributo privado do

²⁴⁴ Parece que aqui o Estado também atua como alocador de recursos, pois passa a desempenhar duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa por meio dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos – é o Estado distributivo, atuando em função alocativa; associado econômico, visto que o Estado associa-se à iniciativa privada, convocando a sociedade para a colaboração e proporciona incentivos a esta – é o Estado associado; e, fomentador econômico quando o Estado passa a ser impulsionador da iniciativa (fomento empresarial), promotor de oportunidade de trabalho (fomento laboral), incentivador de investimentos (fomento financeiro) e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico) – é o Estado propulsivo.

²⁴⁵ CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 45-62.

interesse público e particular, tendendo um enfoque mais flexível. O interesse público não é mais considerado como um produto de uma geração espontânea, agora, sua base de formação, necessariamente, vem atrelada ao interesse particular dos indivíduos e grupos. Por outro lado, a ideia de que a esfera pública está totalmente dominada pelo culto do interesse público é errônea, pois parece não ser mais um monopólio do Estado. Tal crise da noção de interesse público se manifesta notoriamente no que concerne à gestão pública. Sua utilização como legitimadora de suas distintas ações não é mais suficiente, a ideia é que a Administração seja como o privado, ou seja, eficaz, almeja um “*new public management*”, que visa reduzir o peso do Estado transformando seus diferentes métodos de gestão pública com o fim de atingir uma administração de resultado. Também se configurou aqui o Estado banalizado, revestido como um novo particularismo dos diferentes mecanismos jurídicos e tendendo a impor um “*droit commun, qui est au cœur de la Rule of Law*”, que tivesse trazido uma ruptura, ou melhor, uma crise do Direito Administrativo que afeta a estrutura desse direito conhecida em todo o mundo, levando à “*fuga*” ao direito privado. Tudo revela um processo de banalização das instituições estatais. E, por fim, tem-se o Estado reformado que representa a reforma administrativa originada da penetração na esfera pública dos métodos de gestão privada, desenvolvendo uma nova gestão pública ligada à noção de “*gestion des ressources humaines*”, “*responsabilisation des gestionnaires*” e uma “*nouvelle perception de l’administré*”²¹⁶.

O quarto e último segmento diz respeito à fragmentação da estrutura estatal. A construção do Estado moderno repousou sobre o princípio fundamental de unidade orgânica, em que as máquinas administrativas eram solidárias e interdependentes, além de serem garantidas por mecanismos formais e informais de integração. Hoje, o Estado se converteu em uma enorme máquina com múltiplas articulações, possuidor de uma complexidade e diversidade inimagináveis em diferentes centros de poder.

O Estado tende a abarcar a diversidade dos contextos locais e o segmento de acordo com a variedade de problemas governamentais, por isso se afirma que a pós-modernidade trouxe um Estado policêntrico. A burocracia, fundada sobre a base da hierarquização, é desestabilizada pela proliferação das estruturas de um novo tipo, fora dos clássicos de gestão e

²¹⁶ CHEVALIER, Jacques. *L’État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 62-73.

mais além da influência da hierarquia. É visto pelo desenho de um novo princípio para o alívio do aparato estatal congruente com a ideia de pós-modernidade, que visa a uma ação autônoma ou independente, onde as entidades do Estado já não estão unidas por laços de subordinação vertical, mas por relações horizontais de interação e interdependência. A figura pós-moderna de “*réseau*” (rede) tende a substituir a figura de “*pyramide*” (pirâmide). Além desse Estado policêntrico, o contexto da pós-modernidade também fez surgir o Estado territorial, em que se deixa de lado um contínuo movimento de centralização que se reflexionava na redução gradual da autonomia local, para passar a um “*fédéralisme coopératif*” (federalismo corporativo), caracterizado por uma política de cooperação cada vez mais ambiciosa construída pelos Estados, que parece conduzir a um processo de “*dé-territorialisation*” (regionalização ou autonomização), o que resulta na integração gradual das áreas locais, que, por meio da desconcentração, descentralização e neofederalismo, trouxe formas de organização mais favoráveis à autonomia local. E, por fim, o Estado segmentado, que deixou a lógica da unidade da maquinaria interdependente e inter-relacionada do Estado para permitir brotar uma “*décentralisation fonctionnelle*” (descentralização funcional), que fortalece uma política de responsabilização dos serviços gestionáveis pelos administradores e uma espécie de “*déconcentration fonctionnelle*” (desconcentração funcional) para ampliar sua própria iniciativa, levando o aparato estatal cada vez mais a um heterogêneo conjunto de dispositivos com suas próprias racionalidades de funcionamento²¹⁷.

Essa nova percepção de Estado, ou seja, de um Estado pós-moderno que se encontra envolvido em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo²¹⁸, que possibilita a positivação

²¹⁷ Ibidem, p. 73-84.

²¹⁸ Para entender o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e o próprio trânsito do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, é necessário ter em conta o fenômeno denominado “*constitucionalización del derecho*”. Riccardo Guastini (GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73) traz sete condições para que se reconheça esse fenômeno. Sinteticamente: 1) a existência de uma Constituição rígida, que incorpore os Direitos fundamentais; 2) sua garantia constitucional, mediante um sistema de controle sobre a produção normativa infraconstitucional; 3) a força vinculante; 4) a sobreinterpretação constitucional, os argumentos a *simili*, a analogia e a

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 Direito²⁰⁹, que submeteu

invocação de princípios constitucionais que ampliam e intensificam a presença da Constituição no ordenamento até o ponto de fazer possível certa omnicomprensividade do Direito; 5) a aplicação direta da Constituição para regular as relações de Direito Privado; 6) a interpretação segundo a Constituição, a adequação das leis ao texto magno; e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas, onde os princípios constitucionais, com sua forte importância moral e política, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e, o que é mais relevante para o presente trabalho, permitem a órgãos jurisdicionais, como o Tribunal constitucional, examinarem a argumentação política que subjaça às normas jurídicas.

PAOLO COMANDUCCI (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98), utilizando a classificação de Norberto Bobbio para o positivismo jurídico (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993), classificou o neoconstitucionalismo em: teórico, ideológico e metodológico. Porém é Luis Prieto Sanchís (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123-158, p. 127) quem conclui que o neoconstitucionalismo reúne elementos de duas tradições constitucionais (a norte-americana e a francesa) e diz que o resultado pode resumir-se assim: *“una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces [...] Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos. Constituciones normativas garantizadas”*.

²⁰⁹ O Estado democrático supõe um rechaço de qualquer desconfiança ou receio frente à atuação estatal, o que justifica a flexibilização da elaboração das leis e a extensão da margem de liberdade da Administração. O Estado de justiça se vincula as mudanças permanentes da ação estatal com a finalidade de sua adequação às necessidades e objetivos sociais e morais, justificam uma regulação tênue, dessa forma, transcendendo à Administração a configuração de determinadas políticas. K HESSE (HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 17. ed. Heidelberg, 1990, p. 481, In: BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad Administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 62, 63) sustenta basicamente que: *“En el moderno Estado social y democrático de Derecho, en el que todos los poderes del Estado emanan del pueblo, la división de poderes ya no constituir sólo un*

uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral²²⁰.

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 Constituições²²¹. Passa, não apenas a existir uma separação da 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 DILLER²²² 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

instrumento de afirmación del principio democrático, como ocurría en el Estado liberal, sino un sistema para un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder”.

²²⁰ Assim, se a legalidade tivesse sido o suporte do moderno Estado de direito, os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a legitimidade e o conceito de Constituição como ordem de valores passaram a ser o suporte do pós-moderno Estado de justiça democrático de direito, ou seja, são os quatro pilares para a construção de uma democracia substantiva e logo do neoconstitucionalismo.

²²¹ 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, standardizações 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 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.

²²² 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.

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 apreciatividade²³³. Poder-se-ia dizer que se está vivenciando um dos grandes

²³³ 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.

aumentos do uso da discricionariedade depois das revoluções inglesa, americana e, principalmente, francesa²²⁴.

Para DENIS J. GALLIGAN²²⁵: “*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*”²²⁶.

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 exercício²²⁷. Ou seja, apesar de seu 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

²²⁴ A revolução inglesa afirmou a instituição parlamentar 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.

²²⁵ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 72 e 73.

²²⁶ 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*”.

²²⁷ 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 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.

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.

1.4 Poderes, faculdades ou prerrogativas da atividade administrativa da função executiva e suas distintas valorações subjetivas

No contexto de subjetividade ou autonomia pública segundo cada uma das funções do Estado, tendo à vista as distintas formas de atribuição da mesma, o ciclo de altos e baixos de espaços de atuação e, principalmente, entendendo todas as transformações ocorridas no aparato do Estado, uma das principais consequências foi a habilitação da Administração para decidir com uma amplíssima margem de decisão sobre o estabelecimento de uma gama de assuntos. Ou seja, houve, como mencionado, uma ampliação da subjetividade/autonomia do administrador público.

Como é bem sabido, para exercer a função executiva, em especial a atividade administrativa, o Estado necessita de um grande número de agentes que detenham poderes, faculdades ou prerrogativas que são indispensáveis para a consecução dos fins públicos. Segundo seu conteúdo, normalmente se observam distintas formas de catalogá-las, mas as mais comuns são: normativa ou regulamentárias; organizatória (direção ou hierárquica); ordenadora, de limitação ou policial; e regulatória. Todas objeto de estudo do direito administrativo²³⁸.

Sem tais atribuições, o Estado não poderia alcançar os fins aos que se destina. São, portanto, instrumentos necessários para que as Administrações possam desempenhar a função constitucionalmente encomendada ao serviço da coletividade. Todos são instrumentos para que se possa realizar a missão que lhe foi conferida pela soberania popular, a saber, o cumprimento das finalidades legalmente estabelecidas para a satisfação dos interesses públicos.

Observou-se, também, que cada uma dessas atribuições possui uma margem para sua aplicação, a subjetividade ou autonomia pública oriunda de toda e qualquer forma de atuação. Deste modo, quando a Administração manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou

²³⁸ Ao mesmo tempo que detêm tais prerrogativas, os agentes também possuem deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Estado, executam as atividades administrativas.

material, estará utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída, como já se observou, de cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

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 das valorações subjetivas. Há apenas estas formas de atribuição da subjetividade ou da autonomia pública administrativa. Poder-se-ia relacionar a cada um dos poderes da Administração (normativo ou regulamentar; de organização – direção e hierárquico; de ordenação, limitação ou de polícia; ou regulatório) uma característica de subjetividade/autonomia. Por exemplo, a fidelidade normativa, a moderação organizativa, a ponderação policial e a reflexão regulatória. Não se podem confundir tais características com as formas de atribuição da subjetividade/autonomia. Portanto não é admissível sustentar uma dessas características como uma modalidade de atribuição de subjetividade/autonomia. São, somente, características que, quiçá, funcionem como forma de limitação, mas jamais como forma de atribuição de subjetividade/autonomia.

1.4.1 Poder normativo ou regulamentar e sua fiel execução

Relacionada com o poder normativo ou regulamentar está a prerrogativa da Administração de adotar normas gerais para complementar, precisar – e não alterar – as normas adotadas pela função legislativa e permitir sua efetiva aplicação²⁹⁹. A margem de liberdade está presente para 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 normas emanadas para que se executem fielmente as leis³⁰⁰.

²⁹⁹ Há de recordar aqui o fenômeno da deslegalização, surgido por conta das transformações estatais e que permite a criação de normas técnicas não contidas na lei, em consequência, proporcionando inovação no ordenamento jurídico. Denomina-se esse fenômeno o poder regulador, atualmente, muito utilizado no âmbito dos entes reguladores, quando se faz uso de sua dita função discricional técnica.

³⁰⁰ Este poder é subjacente à lei e pressupõe a existência desta. Por essa razão, não cabe à função normativa contrariar a lei. Deve sempre se dar *secundum legem*, ou seja, em conformidade

A principal característica da subjetividade ou da autonomia pública do poder normativo ou regulamentar seria a fiel execução da norma legislativa, sendo sua principal característica a fidelidade normativa, fio condutor para limitar a subjetividade/autonomia derivada. Aqui tampouco se pode deixar de mencionar a respeito da “*ragionevolezza*”, ou melhor, da “*ratio legis*” – que traz em si o motivo da norma e a “*congruità*” – que consiste em determinar se os meios empregados na norma para perseguir um determinado fim se encontram com a “*ragionevolezza*”²⁰¹.

1.4.2 Poder de organização (direção e hierárquico) e sua moderação

O poder de organização (direção e hierárquico) pode se definir como o escalonamento em um plano vertical dos órgãos e agentes da Administração, que tem como objetivo a organização da função administrativa do Poder Executivo. É exercida com o objetivo de criar, configurar, pôr em andamento, modificar e extinguir a estrutura das organizações administrativas, ou seja, a auto-organização.

De este poder se deduzem alguns efeitos, como o poder de comando do agente superior sobre outros hierarquicamente inferiores. Estes, a sua vez, devem obediência a aqueles, cabendo-lhes executar as tarefas de conformidade com as determinações superiores. Como consequência desse primeiro efeito, surge a fiscalização das atividades desempenhadas pelos agentes de plano hierárquico inferior, que podem levar ao exercício do poder sancionador. Se ao agente superior lhe é dado o poder de fiscalizar as atividades daqueles de nível inferior, surgem os efeitos dos superiores poderem exigir que a conduta dos inferiores se conforme às suas ordens, pois, do contrário, serão responsáveis de possíveis sanções. Outro efeito é a presunção de legitimidade e a executividade de seus atos, que leva implícito o poder de revisão dos atos adotados por um agente de nível hierárquico inferior. Por fim, derivam do escalonamento hierárquico a delegação e a avocação. Entendida a primeira como a transferência de atribuições de um

com o conteúdo da lei e nos limites que esta impõe. Contudo é legítima a fixação de obrigações subsidiárias, que impõem condutas aos administrados, adequadas às obrigações legais.

²⁰¹ LAVAGNA, Carlo. *Ragionevolezza e Legittimità Costituzionale*. In: AA. VV. *Studi in Memória de Carlo Espósito*. Padova: Cedam, 1973, tomo III, p. 1573 e ss.

órgão a outro no aparato administrativo, e a segunda como a possibilidade de que o chefe superior substitua o subalterno, chamando a si (avocando) as questões atribuídas a este.

Todas e cada uma das manifestações desse poder devem manifestar-se por meio de uma subjetividade ou autonomia pública ligada à moderação, ou seja, devem possuir cordura, sensatez, temperança nas ações e, sobretudo, equilíbrio. Assim, figuram como uma atuação moderada de direção e de hierarquia.

1.4.3 Poder de ordenação, limitação ou de polícia e sua ponderação

Dos poderes de ordenação, limitação ou polícia surge a margem subjetiva que possui todo agente administrativo ao cumprir com uma norma, regra ou princípio, que imponha limites para fazer que dito poder seja compatível com o exercício do direito de propriedade e do direito de liberdade. Existe, pois, uma obrigação de ter todas as atividades que limitam ou condicionam liberdades e direitos reguladas por normas jurídicas.

À margem desse poder genérico de ordenação, existem quatro poderes distintos: poder de mando ou ordem, em que se definem limites ou condições para o exercício da liberdade ou direito individual previamente regulado pelo Legislativo; poder de consentimento, em que, por provocação do particular, autoriza-se ou não uma solicitação para a realização de uma liberdade ou direito individual; poder fiscalizador, pelo qual a Administração, sem necessidade de que exista uma denúncia, verifica a observância dos limites de forma preventiva ou repressiva; e poder sancionador, em que, depois do devido processo legal, impõe alguma sanção no caso de violação dos limites. De esse poder nasce o poder tributário e financeiro da Administração de realizar a concreta exação dos tributos ou de aplicação da legalidade tributária, ou seja, o poder de gestionar e exigir o tributo. Também nasce o poder expropriatório – que é uma forma de limitação que se plasma na privação de um direito ou interesse patrimonial a favor de interesses públicos. O poder de investigação tem por objetivo averiguar se uns determinados bens e direitos são ou não de sua propriedade quando existem dúvidas sobre a mesma, e o poder de deslinde e recuperação de ofício de seus bens. Entre esses poderes também haverá uma característica valorativa

subjetiva limitadora do poder. Aqui, a principal limitação ao poder de ordenação, limitação ou de polícia é a ponderação.

1.4.4 Poder regulatório e sua execução reflexiva

O poder regulatório se distingue dos demais poderes por estar orientado por meio de critérios técnicos e políticos, e não somente por meio de critérios políticos como os outros poderes. A regulação, portanto, implica uma tradução técnica dos conceitos imprescindíveis para a implementação de políticas públicas previamente ditadas pelo Poder Executivo, por meio de atos normativos, executivos e judicantes.

Nesse poder o administrador terá de atuar de maneira reflexiva, sob a base da prevenção e da mediação. A valoração subjetiva resta aqui condicionada a uma atuação na qual deverá ver o caso concreto sistemático e transparentemente ao longo de uma interpretação analítica e empírica, além das experiências pessoais, de difícil (mas não impossível) controle por terceiro²³².

²³² SÉRGIO GUERRA (GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008) 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 autor (ibidem, p. 167), 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. SÉRGIO GUERRA (ibidem, p. 207 e ss) afirma que, “*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.

Cada uma destas características (fidelidade normativa, moderação organizativa, ponderação policial e reflexão regulatória) não é exaustiva. A manifestação de poderes desenvolvidos pela Administração está limitada por uma série de outras características próprias dos sistemas jurídicos. As que foram mencionadas são padrões básicos de controle, pelas quais a sindicabilidade de seu exercício deve iniciar a análise.

1.5 Funções e formas de atuação administrativa da atividade administrativa da função executiva

Uma vez armadas de tais poderes, exercem as Administrações Públicas distintas e múltiplas funções que dificultam qualquer intenção de

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 92), por exemplo, elucida que: “*o método de ponderação não é, contudo, uma disponibilidade intelectual do aplicador, mas um dever jurídico, a ser por ele observado sempre que deva decidir em hipóteses de concorrência de princípios sobre a mesma situação tratada; um dever que suscita a discussão sobre a própria existência de um princípio de ponderação*”.

Sobre um dever de ponderação proporcional como fator de legitimação e princípio reitor da atividade administrativa, vide: BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

Catalogar a eleição regulatória como uma categoria de direito administrativo compatível com a pós-modernidade é, portanto, uma incorreção. A dita “*reflexividade administrativa*”, novo instrumento do regulador, segundo o autor (ibidem, p. 231), 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 à discricionariedade e à apreciatividade administrativa.

Há apenas cinco formas de atribuição da subjetividade ou autonomia pública (vinculada, conformadora ou de configuração, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados). Poder-se-ia relacionar a cada um dos poderes da Administração (normativo ou regulamentar; de organização (direção e hierárquico); de ordenação, limitação ou de polícia; ou regulatório) uma característica de subjetividade/autonomia. Por exemplo, a reflexão regulatória, que o autor menciona, mas também outras como a moderação organizativa, a ponderação policial e a fidelidade normativa. Não se podem confundir tais características com as forma de atribuição. Essa é somente uma característica, quiçá, a principal, do poder regulatório. Ademais, essa característica é, na verdade, um limite da atuação administrativa regulatória. Assim como a moderação, a ponderação e a fidelidade são os principais limites dos demais poderes.

tipificação e classificação que permita ensaiar um quadro sistemático, abstrato e completo.

LUIS JORDANA DE POZAS²³³, baseando-se na classificação dual dos franceses das “*activité de police*” e “*activité de service public*”, assim como dos alemães de “*Ordnungsverwaltung*” (administração ordenadora) e “*Leistungsverwaltung*” (administração prestacional), incluiu um terceiro termo criando uma divisão tripartida distinguindo-as entre atividade de polícia (ou atividade dirigida à manutenção da ordem pública mediante a limitação das atividades privadas), a atividade de serviço público (ou atividade de satisfação de uma necessidade pública pelos órgãos da própria Administração) e atividade de fomento (ou ação de promoção de atividades privadas que satisfaçam necessidades públicas ou de utilidade geral, como: atividade de gestão industrial ou econômica²³⁴, atividade de planificação²³⁵, ou atividade arbitral²³⁶). Todas essas propostas, para alguns, apenas incluem categorias singulares, adjacentes e complementárias do tríptico criado por LUIS JORDANA DE POZAS²³⁷.

Assumindo a classificação geral das múltiplas funções da Administração Pública, passa-se a abordar as atividades de ordenação,

²³³ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. Revista de Estudios Políticos, Madrid, Año 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949; El problema de los fines de la actividad administrativa. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 2, n. 4, p. 11-28, ene-abr, 1951.

²³⁴ VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 1, n. 3, p. 53-129, set-dic, 1950.

²³⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

²³⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989.

²³⁷ Há de ressaltar as palavras de JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. II, p. 241) quando afirma que a adoção de um critério classificatório não é uma questão que deva ocupar excessiva atenção. Sendo todos, por definição, insuficientes ou inexpressivos, não cabe uma melhor solução prática que costuma a seguir as pautas habitualmente seguidas pela doutrina e ao menos que tenha a cantagem de ser a mais comum na literatura científica. Este último acrescenta a atividade sancionadora e expropriatória, inclusive, afirmando que essas duas manifestações são assumidas como atividades de polícia. Este autor crê que possuem importância e volume temático suficientes para fazer aconselháveis um exame separado.

limitação ou de polícia, a prestacional ou de serviço público, e a de promoção, estímulo, orientação ou fomento²³⁸.

1.5.1 Atividade de ordenação, limitação ou de polícia

A atividade de ordenação, limitação ou de polícia foi confundida com a própria noção de soberania dos príncipes absolutistas e serviu de fundamento do absolutismo, usando-se assim a expressão Estado de polícia, no sentido de Estado absoluto. A expressão poder de polícia (*police power*) surgiu para o Direito, pela primeira vez, em 1853, no Direito americano, porém sua ideologia deu-se na década de 20, do século XIX²³⁹. Tal expressão foi universalmente aceita e empregada em todas as obras especializadas de direito público que versam sobre este tema²⁴⁰.

²³⁸ AURELIO GUAITA MARTORELL (GUAITA MARTORELL, Aurelio. Derecho administrativo especial. Zaragoza: Librería General, 1965, v. II, p. 10 e ss) associa polícia e fomento, ao menos, parcialmente. Assim o faz porque parte de um conceito de fomento muito próximo à antiga noção de polícia, distinguindo a Administração em administrações especiais (exterior, militar, financeira e de justiça) e a Administração geral ou de fomento, compreensiva da atividade do Estado que se dirige, direta ou indiretamente, ao aperfeiçoamento, progresso e bem-estar da sociedade, constituindo sua meta na elevação do nível espiritual, moral ou material do país, tratando-se de uma verdadeira polícia do bem-estar (ibidem, p. 11).

²³⁹ Nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115), o nascimento do conceito de polícia é: “*Uma das mais antigas demandas das primitivas organizações políticas [...], para realizar a harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais entre si e com os interesses gerais. No desempenho dessa função, o Poder Público encontra o equilíbrio que possibilita a convivência social, impondo limitações e condicionamentos ao exercício das liberdades e direitos individuais, visando a atingir um nível aceitável de convivência harmoniosa entre os membros da sociedade, a partir de standards de conduta valiosos por todos adotados, atuando no campo administrativo da polícia*”.

²⁴⁰ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004) critica a expressão poder de polícia. Segundo o autor (ibidem, p. 557-558): “*Para caracterizar este setor de atividade estatal, compreensivo tanto das leis que delinham o âmbito da liberdade e da propriedade (isto é, que dimensionam tais direitos) quanto dos atos administrativos que lhes dão execução, usa-se (e no passado usava-se muito mais que hoje) a equívoca expressão "poder de polícia"*”.

Com o surgimento do Estado liberal, a noção de poder de polícia restringiu-se a fazer com que um indivíduo não perturbasse os outros, limitando-se, à época, à garantia da segurança, da tranquilidade e da salubridade pública, ou, mais exatamente, social. Com a sucessão do Estado liberal pelo intervencionista, por conseguinte (ou não), ao Estado do bem-estar social, o poder de polícia exorbitou do tímido campo dos direitos civis e políticos para a área dos direitos econômicos e sociais.

Percebe-se, desse modo, que como manifestação da soberania estatal, o poder de polícia tem sofrido as mutações consequentes das próprias modificações de seu sujeito. Apesar da expressão ser usual, utiliza-se o termo polícia para referir-se, atualmente, à atividade de manutenção da ordem

Trata-se de designativo manifestamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isso seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobranceira que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e formas por ela estabelecidos.

Além, disto, a expressão "poder de polícia" traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do "Estado de Polícia", que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do "príncipe" e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciona-se como se existisse uma "natural" titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato "poder de polícia".

Daí imaginar-se algumas vezes, e do modo mais ingênuo, que tal ou qual providência - mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja - pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de "poder de polícia".

A crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem feita por Agustín Gordillo, a quem hoje damos razão e segundo quem melhor seria que fosse banida do vocabulário jurídico. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação "limitações administrativas à liberdade e à propriedade", e não mais sob o rótulo de "poder de polícia".

Entre nós, contudo, como esta indesejável terminologia persiste largamente utilizada, não se pode simplesmente desconhecê-la. Daí por que continuaremos a nos servir dela e trataremos do tema sob esta mesma rubrica, registrando, entretanto e desde logo, um importante esclarecimento. A saber: usaremos a expressão "poder de polícia" quando estivermos nos referindo tanto às leis condicionadoras da liberdade e da propriedade quanto aos atos administrativos pelos quais se procede a suas concreções. Servir-nos-emos da expressão "polícia administrativa" quando reportados tão-só a comportamentos administrativos. É a esta dualidade que correspondem os sentidos amplo e estrito da locução "poder de polícia".

pública²⁴¹. OTTO MAYER²⁴² entende que a polícia, no marco do Estado de direito, tem por finalidade a defesa da ordem pública mediante meios imediatos ou mediatos de que disponha ante as alterações provocadas pelos indivíduos. Possui assim um papel negativo – de defesa – e outro de finalidade – de buscar uma ordem²⁴³.

Percebe-se, portanto, que dois são os sentidos da expressão poder de polícia. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁴⁴ menciona um sentido amplo e outro restrito:

a expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Poder Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. No entanto, prossegue o autor citado, a expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades

²⁴¹ A. MERKL (2004 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990, p. 60) conceitua a polícia como “*aquella actividad administrativa que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden*”, que evidencia três elementos fundamentais nela: (a) a conservação da ordem como fim, (b) a prevenção dos perigos como método, (c) a coação como meio.

²⁴² MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, tomo I.

²⁴³ Interessa ter presente o que o autor chama coação policial, que consiste na aplicação da força por parte da autoridade, com qualquer de seus distintos meios, a fim de conseguir o cumprimento forçoso dos deveres existentes para com a polícia, principalmente, nas situações e circunstâncias nas quais a força irresistível se dirija sem intermediários, ou seja, sem ato procedimentalizado contra o fato contrário à ordem. São menos frequentes as ocasiões nas quais a utilização da coação policial estará prevista como meio para obter a execução de uma ordem de polícia não cumprida, respectivamente coação direta e execução forçosa.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 688.

particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.

No sentido genérico, pode-se afirmar que o papel primordial do poder de polícia se limita a compatibilizar o exercício do direito de propriedade e do direito de liberdade²⁶⁵. É parte da função legislativa, normativa ou regulamentar que tem como objetivo a promoção do bem-estar social, que para alcançar este fim regula os direitos individuais, reconhecidos expressa ou implicitamente.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁶⁶ ressalta a diferença entre poder e função de polícia. O poder de polícia é exercido pelo Estado, enquanto o legislador se vê obrigado a regular todas as atividades que limitam ou condicionam as liberdades e direitos. Na função de polícia, o Estado aplica a lei, enquanto que o administrador a exerce²⁶⁷. Em seu sentido mais estrito,

²⁶⁵ É o que ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 401) leciona: “*Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa a sua face autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos*”.

RANELLETTI (1912 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 154) define polícia como aquela atividade da Administração interna que se manifesta como limitação da liberdade pessoal, justificada pelo interesse público, bem em seu aspecto negativo ou de defesa, bem em seu aspecto positivo ou de fomento e que, como meio de ação, utiliza a coação física mediante o uso da força imediata ou a coação psicológica com a ameaça de sanções.

²⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 386.

²⁶⁷ É fato que o poder de polícia deve perseguir os ideais comuns de uma sociedade, mas é certo também que esse não é ilimitado. Encontram barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos administradores. Tais barreiras ou limites são de três ordens, como ensina JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 264): “*os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais; e as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pela leis*”. De acordo com o autor (ibidem, p. 264), na expressão “*direitos dos cidadãos*”, incluem-se os direitos adquiridos e os direitos subjetivos públicos, imunes ao poder de polícia do Estado que, se os atingisse, ultrapassaria a faixa da discricionariedade para configurar a prática da arbitrariedade. “*Prerrogativas individuais*” são privilégios que certas pessoas recebem, por parte do Estado,

pode-se afirmar que o poder de polícia se configura como a função de polícia da Administração²⁸⁸ e dos outros poderes, na aplicação de leis de polícia em sentido amplo, isto é, as concernentes a segurança, saúde, moralidade, estética e bem-estar geral²⁸⁹.

em razão do *status* que ocupam na sociedade. E “*liberdades públicas*” são facultades de autodeterminação, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares selecionam modos de agir, dentro de limites previamente traçados pelo poder público.

Tratando-se deste aspecto, MIGUEL S. MARIENHOFF (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo VI, p. 47) elucida: “*Apesar de a Administração Pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma 'restrição'; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita*”.

Nos precisos termos postos por BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO (BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, Tomo V – Limitaciones a la Libertad, p. 105-107): “*o poder de polícia, ou seja, a potestade legislativa reguladora dos direitos individuais, não é absoluta, nem arbitrária. A tese da onipotência legislativa [...] é totalmente insustentável em um sistema de governo cuja essência seja a limitação dos poderes dos distintos órgãos e a supremacia da Constituição. [...] Estes lindes devem ser buscados nos princípios do ordenamento jurídico-constitucional. É por estas razões que o órgão legislativo, no exercício da sua potestas, tem que manifestar a sua vontade com prudência e ponderação, correspondendo ao órgão judicial, nos casos submetidos ao seu conhecimento e decisão, a difícil missão de fixar esses limites*”.

²⁸⁸ Digno também de destaque a possibilidade da descentralização do exercício do poder de polícia para uma entidade da Administração indireta, com personalidade de direito público, como ressaltado por Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 70), que afirma: “*A função de polícia administrativa envolve o ‘poder de império’ sobre a vontade individual, devendo ser exercida por entidade com personalidade jurídica de direito público (administração direta – centralizada – ou, se descentralizada, só se pode outorgá-la para uma autarquia). [...] A polícia administrativa é desenvolvida em quatro momentos, a saber: comando, consentimento, fiscalização e sanção*”. No mesmo sentido é o ensinamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 388).

²⁸⁹ Deve-se ressaltar que, com o objetivo de defesa do Estado e das instituições democráticas, as Constituições possibilitam a extensão excepcional do poder de polícia. Antônio Carlos de Araújo Cintra (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e Motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 46), recorda que os atos ditados nas circunstâncias excepcionais continuam submetidos ao Direito, o direito das crises, por exemplo, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais devem ser respeitados.

Apesar da expressão poder de polícia ser a mais utilizada, mesmo que criticada, como já visto, prefere-se utilizar um conceito mais neutro, como atividade de ordenação ou limitação, para deixar de lado a herança de ideologia política do absolutismo, a qual não tem porque continuar existindo em um Estado de justiça democrático de direito. Uma de suas chaves não radica no suposto interesse geral, mas sim justamente no oposto, no respeito à liberdade dos cidadãos. Além disso, o termo polícia experimentou, no decurso dos anos, mudanças em seu sentido, o que leva a dúvidas quanto à sua aplicação²⁵⁰. Por certo que, ao final, independentemente da semântica utilizada, essa atividade condiciona as condutas privadas a fim de não produzir prejuízo ao interesse geral.

Nessa função de polícia, não se poderia, também, deixar de mencionar uma clássica distinção dentro do estudo do poder de polícia, que concerne à diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária. HAURIUO²⁵¹ foi quem primeiro fez tal distinção com clareza e destacava que a polícia judiciária tem como finalidade a perseguição de delitos e infrações penais à ordem da autoridade judicial. Já a polícia administrativa, segundo o autor, teria como missão a manutenção da ordem pública mediante a prevenção de suas possíveis perturbações por meio de uma inteligente regulamentação e, quando cabível, a repressão das alterações que se produziria mediante a coação, isto é, por meio de uma mobilização das forças públicas e, chegando ao caso, mediante o emprego direto da força.

A polícia administrativa tem por objetivo impedir as infrações das leis antes que as infrações se concretizem, incumbe-lhe a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranquilidade pública, assegurando os direitos individuais e auxiliando a execução dos atos e decisões da justiça e da Administração. É essencialmente preventiva, mas poderá atuar de forma repressiva. Atuam sobre atividades, bens e pessoas, além de ser inerente e difundir-se por toda a Administração. A polícia administrativa é, portanto,

²⁵⁰ Muitos autores preferem o termo limitação ou ordenação que polícia, entre eles: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 103; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 507; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 440; entre otros.

²⁵¹ 1933 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 116 e 117.

uma atividade da Administração que se esgota em si mesma, ou seja, inicia-se e completa-se no âmbito da função administrativa²⁹².

A polícia judiciária, também denominada polícia repressiva, atua, ulteriormente, investigando os delitos, mas funciona apenas como auxiliar do Poder Judiciário. Para a maior parte da doutrina, a polícia é eclética ou mista, porque o mesmo organismo atua preventivamente e repressivamente. Basicamente, é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e tem um caráter eminentemente administrativo de investigação das infrações penais e apurações de autoria. Atua, portanto, sobre as pessoas, além de ser privativa de determinados órgãos ou corporações. Seu objetivo primordial é, então, o processo penal para buscar os autores de delitos que o Poder Judiciário logo punirá. Ainda que seja uma atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal. Isso tudo porque o Estado é o titular do *jus puniendi*.

Essa atividade de ordenação se faz efetiva mediante atos e fatos administrativos em sentido material e objetivo. Tal função envolve distintas ações, ou técnicas de ordenação, sendo as principais²⁹³: o comando/ordem de

²⁹² A vertente que interessará tratar com maior apego, como se expôs na introdução, é a referida à polícia de segurança, que, como espécie da polícia administrativa, identifica-se como a atividade da Administração que limita os comportamentos individuais desde o lado dos perigos que podem ocasionar e a ação estatal que prevê, reprime, impedi, limitando aquela atividade a tais perigos. A. POSADA (POSADA, A. Idea jurídica y legal de la Policía de Seguridad en el Estado. RGLJ, t. 91, 1898, p. 285. In: VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997, p. 45) define polícia de segurança como: “*la función pública dirigida, especialmente, a la preservación y mantenimiento del orden público, diferenciada de la función propia de la Policía Judicial, que se caracteriza por la actividad de investigación de los delitos públicos*”.

²⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 388. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. II, p. 241) afirma que, nos últimos anos: “*se han generalizado en la doctrina española (PARADA, MORELL) las fórmulas ordenadoras que clasifican las diferentes técnicas en función del creciente nivel de incidencia sobre la conducta de los sujetos privados*”. Distinguem-se, desse modo, três técnicas: técnicas de informação, técnicas de condicionamento e técnicas ablatórias.

As técnicas de informação significam a imposição por meio de normas aos sujeitos privados de deveres (deveres de identificação, deveres formais e documentais e deveres de comunicação) cuja finalidade comum é a obtenção, por parte das Administrações, de dados relativos à existência, circunstâncias pessoais e atividade dos sujeitos privados, possibilitando

polícia, definindo o limite ou a condição para o exercício de uma liberdade ou de um direito individual, em prol do atendimento ou do não distúrbio do interesse público²⁵⁴; o consentimento de polícia, por provocação ao particular, requisitando uma licença, autorização, permissão ou concessão²⁵⁵; fiscalização

e facilitando o controle que a Administração deve realizar sobre ditos sujeitos e suas atividades e obter uma massa de informação necessária para o desenho racional de concretas políticas públicas.

As técnicas de condicionamento é a técnica que condiciona o exercício lícito de uma atividade a um exame por parte da Administração do cumprimento de determinados requisitos legais, ou bem da conformidade dos termos da atividade projetada pelo particular com as exigências do interesse geral. A mais importante são de três tipos: as comprovações, as autorizações e as comunicações prévias com reserva de oposição.

Por fim, as técnicas ablatórias, que é o âmbito de maior intensidade de intervenção administrativa sobre a atividade dos privados, pois incidem diretamente em sua esfera jurídica, tanto em seu aspecto de liberdade como patrimonial, operando na mesma uma ablação ou diminuição neta de seu conteúdo. Essas se enquadram em dois blocos: interferência na esfera jurídica dos particulares eliminando das mesmas situações jurídicas ativas ou favoráveis ou diminuindo seu conteúdo; ou produzir mediante a criação ou ampliação e conteúdo de situações jurídicas desfavoráveis ou de caráter passivo.

²⁵⁴ No que se refere ao comando/ordem de polícia, a limitação é o instrumento básico do poder de polícia, e se apresenta aqui com base em um preceito normativo (regra ou princípio), limitado, muitas vezes, por reservas constitucionais, para que não se faça aquilo que pode prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer algo para evitar ulterior dano público. Existem três formas de comando/ordem de polícia. A primeira é um preceito negativo absoluto, onde estão excluídas certas formas de utilização da propriedade e do exercício de atividades privadas, por ser incompatível com o bem-estar social. São limitações ao exercício dos direitos e faculdades. A segunda é um preceito negativo com reservas de consentimento, onde são vedadas, a princípio, certas maneiras de utilizar a propriedade e de exercer atividades privadas sem que a Administração, prévia e expressamente, as consinta. Aqui se encontra o condicionamento ao exercício dos direitos e das faculdades. A terceira é um preceito negativo de absorção, participação, direção ou indução, onde são vedadas, a princípio, certas formas de atuar em determinados setores. Trata-se de normas impositivas, permissivas e proibitivas.

²⁵⁵ Em contrapartida ao comando/ordem de polícia, tem-se o consentimento de polícia, que é o ato administrativo de anuência para que alguém possa utilizar a propriedade particular ou exercer atividade privada, naqueles casos em que o legislador exija um controle prévio de compatibilidade do uso de bens ou do exercício da atividade com o interesse público. Nesses casos, os interessados provocam a Administração para que essa verifique se foram devidamente atendidas as condições do exercício do direito ou o uso de faculdades, jurídicas e fáticas, e se manifeste acerca de tal verificação, expedindo para tanto um ato de anuência, formalmente denominado alvará, que materialmente poderá constituir uma licença, autorização, permissão e hoje até concessão de polícia.

de polícia, pelo qual a Administração, sem necessidade de provocação, verifica a observância dos limites impostos²⁵⁶; e, por fim, se necessária, a sanção de polícia, que, depois do devido processo legal, é aplicada nos casos de violação aos limites impostos²⁵⁷.

Na licença, preenchidos os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico (aqui incluído o ato de comando/ordem de polícia), deverá a Administração Pública reconhecê-lo, por se estar diante de um ato administrativo vinculado.

O ato tem natureza declaratória porque o direito preexiste, não é constituído pela manifestação da Administração. Assim, preenchendo os requisitos, as partes terão direito subjetivo à obtenção da licença, ou seja, ao consentimento.

Na autorização, permissão e concessão de polícia (que não se confundem com as de serviço público), as partes não terão o direito subjetivo previamente estabelecido no ordenamento jurídico. Assim, eventual pretensão que tenha pode não contrariar nenhum interesse público. Fica, em princípio, a critério da Administração Pública, à luz da conveniência e da oportunidade, a possibilidade de emití-lo ou não. Daí porque se definem tais institutos como atos administrativos discricionários e precários. Portanto, em tese, pode ser desfeita a qualquer momento, devidamente motivada na existência de um interesse público e, submetido, ao devido processo legal em que sejam assegurados ampla defesa e contraditório. A diferença reside no fato de que, na permissão, há um equilíbrio entre o interesse público e o interesse particular; na autorização, prevalece o interesse particular, que necessita de um controle prévio do poder público para ser exercido.

²⁵⁶ Não basta à Administração praticar somente atos de comando/ordem de polícia e consentimento de polícia. Mais que isso, cabe-lhe a prerrogativa de exercer a fiscalização de polícia, *ex officio*, para verificar o cumprimento dos comandos/ordens e observar se não estão ocorrendo abusos ou desvios na utilização dos bens e nas atividades privadas que tinham recebido o consentimento de polícia. Os atos de fiscalização de polícia podem ser preventivos ou repressivos, onde, respectivamente, previnem-se infrações pela observação do atendimento; e prepara-se a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes, por meio do Auto de Infração, que disparará o procedimento administrativo sancionador.

²⁵⁷ O último ato de polícia administrativa é a sanção de polícia, que ocorre sempre que os mecanismos de fiscalização preventiva forem insuficientes, acrescidos da constatação de violação do comando/ordem de polícia ou da observação de abusos ou desvio na utilização dos bens e nas atividades privadas que tinham recebido o consentimento de polícia. Fábio Medina Osório (OSORIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 85 e 80) diferencia as medidas de polícia (sanção de polícia) das sanções administrativas. Para o autor, as primeiras estão ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas. Enquanto as segundas consistem: “*em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pró-futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos*

1.5.2 Atividade prestacional

A atividade prestacional tem direta relação com a noção de serviço público e as atividades econômicas em sentido estrito. Inclusive, existe a dificuldade de conceituar o serviço público pelo fato de que a noção de serviço público não é estática. Ela muda conforme aspectos sociais,

ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”.

Uma vez constatada a violação, a fiscalização repressiva determinará o procedimento administrativo sancionador, mediante Auto de Infração, onde as supostas infrações serão apuradas, garantindo-se o devido processo legal e o direito à ampla defesa e contraditório.

Caso se verifique que as infrações eram verdadeiras, poderá impor-se a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos, ou dissuadindo de persistir no cometimento da infração administrativa. Ou, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substantivos, por meio de termos de compromisso de ajuste de conduta, segundo o que melhor atenda o interesse e se tenha expressamente estipulado em lei.

Caso se opte pela aplicação da sanção, estas são impostas e executadas pela própria Administração, tendo em vista o princípio da autoexecutoriedade. O que se deseja é a legalidade da sanção, sua proporcionalidade e racionalidade frente à infração cometida ou ao dano que a atividade causou à coletividade e/ou ao próprio Estado. As sanções de polícia são aplicáveis aos atos ou às condutas individuais, que, todavia, não constituem crimes, sejam efetivamente inconvenientes ou nocivos à coletividade, segundo previsto no ordenamento jurídico.

Dessa forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 391) conceitua sanção de polícia como: “*ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de iniciar ou de continuar a cometer uma transgressão administrativa*”. Aduz que tal situação é conhecida pela doutrina administrativa como intervenção sancionatória. Trata-se da aplicação do instrumento da intervenção punitiva do Estado na propriedade privada e sobre os administrados. É o chamado mecanismo de sanção externa, que recai sobre os administrados, em oposição ao de sanção interna, que se impõe aos agentes públicos, ambas as espécies do gênero sanção unilateral, aplicável imperativamente, que se opõe à sanção convencional, aplicável por meio e por força do ato bilateral.

Esse último ato de polícia é importantíssimo para que o instituto (poder de polícia), não fique inerte e ineficiente, no entanto, tal prática não pode ser abusiva nem ao cerne do instituto.

temporais, entre outros²⁸⁸. Ninguém contesta a função de prestação dessa forma de atuação. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO²⁸⁹ analisou a dificuldade conceitual do tema e a repercussão de tal crise sobre a Jurisprudência do Conselho de Estado francês e afirma:

No obstante, en el momento actual enfrentan en su propio país de origen una aguda crisis, cuyo resultado final no puede vaticinarse. [...] La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha evolucionado de tal modo en los últimos años, que las ideas predominantes acerca de la noción de servicio público están quedando en completo divorcio con aquélla. Esa evolución ha seguido dos caminos: a) Por un lado, la jurisprudencia admite en número cada vez mayor la existencia de servicios públicos industriales y comerciales regulados, por el derecho público – como correspondería según doctrinas prevalentes – sino por el derecho privado. b) Por otro lado, el Consejo de Estado ha admitido que en ciertos casos puede haber servicios públicos a cargo de particulares [...], orientación en la que ha insistido más recientemente²⁹⁰.

²⁸⁸ CAIO TÁCITO (TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 638) adverte: “[...] não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea. Não há, na matéria, um sentido estático, refletindo-se, nas perspectivas da legislação cambiante, as transações de ordem política que modificam a missão administrativa do Estado”.

²⁸⁹ SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Depalma, 1952, tomo I, p. 59-60.

²⁹⁰ JEAN RIVERO (RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, p. 491) também afirmava que: “Na jurisprudência e na doutrina, sabe-se da importância desta noção, durante muito tempo considerada simultaneamente fundamento de todas as particularidades do direito administrativo e critério de competência. Sabe-se igualmente que incertezas a noção suscita, e isto no próprio momento em que a jurisprudência tende para lhe restituir o seu papel anterior: de onde a necessidade de precisar a sua definição antes de deduzir o seu alcance jurídico”.

É possível inferir que os diversos autores que tratam do assunto podem ser enquadrados essencialmente em três correntes distintas, adotando um critério subjetivo³⁶¹, ou de acordo com um caráter material³⁶², ou admitindo uma aceção formal³⁶³. Portanto os critérios apontados, considerados isoladamente, não atendiam à noção global de serviço público, o que explica, aliadamente às mudanças das funções estatais e à ampliação dos níveis de conscientização dos cidadãos, a constante crise da noção de serviço público³⁶⁴.

³⁶¹ Em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal.

³⁶² Ao passar a admitir a prestação de serviço público por entes ou pessoas privadas, procurou-se formular uma nova noção de serviço público, tendo em conta a própria atividade desempenhada. De acordo com esse critério, o que define serviço público é a índole da necessidade pública.

³⁶³ Essa aceção traria o serviço público como aquele prestado sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do Direito comum.

³⁶⁴ O conceito e as características sofreram, com a reforma do Estado, uma flexibilização com o tempo, razão pela qual alguns autores chegaram a falar em crise da noção de serviço público. MONICA SPEZIA JUSTEN (JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 226) conclui seu trabalho com a seguinte afirmação: “*Alude-se com frequência à crise do conceito de serviço público. Porém, é uma consideração quase que de caráter tautológico, já que desde a sua primeira aparição como conceito jurídico, mais passou por crises do que por períodos de estabilidade. Não se ignore, no entanto, que o momento atual difere dos anteriores que ocorreram sempre em tempos do Estado de Bem-estar. Possivelmente, a atual crise pode ser considerada mais intensa porque o rompimento com esse modelo de Estado é bem mais marcante e submete a noção de serviço público a uma profunda redefinição*”.

LUIS MARTINS REBOLLO (REBOLLO, Luis Martíns. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública, n. 100-102, p. 2471-2542, ene.-dic. 1993, p. 2511) ao tratar da crise da noção de serviço público afirma: “*Es el final de toda una época. Pero cuando digo que se trata del final de una época no me refiero solo al final de una etapa en los intentos sistemáticos de explicación de un fenómeno jurídico. Es algo más, y, sin duda, más trascendente. Es el final pero paradójicamente también el inicio de lo que Duguit había previsto ya a principio de siglo. En la medida en que el Derecho responde a la realidad, en la medida en que el Derecho administrativo está influido y apegado más que ningún otro a la realidad no podría sino reflejar esos cambios*”.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito y Realidad del Servicio Público. Palestra proferida en la Universidad de Complutense - España, marzo de 2000), depois de apresentar quatro fases evolutivas e cronologicamente distintas do conceito de serviço público (a clássica, a escola de *Bordeaux*, do bem-estar social e a atual), associa a mencionada crise à própria crise do conceito de Estado, ao afirma que:

À parte disso, três são as doutrinas que cuidam da legitimidade para a instituição do serviço público²⁶⁵ (correntes constitucionalista²⁶⁶, essencialista²⁶⁷ e convencionalista-legalista²⁶⁸).

A noção de serviço público se diferencia das atividades econômicas em sentido estrito que se definem por exclusão, ou seja, o que não é serviço público é atividade econômica em sentido estrito²⁶⁹.

Convém deixar claro que o fato de determinada atividade configurar em determinado âmbito como atividade econômica em sentido estrito, não a exclui de, em outro, a configurar como serviço público. Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade numa mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público,

“las llamadas crisis del concepto de servicio público siempre fueron, y posiblemente seguirán siendo en adelante, reflejos de las sucesivas crisis del propio concepto del Estado”.

²⁶⁵ “Restaria perguntar: Pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é obvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao “regime de direito público”? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma “natureza”, uma “substância íntima de serviço público?”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20. É por meio desse questionamento que se enquadram essas doutrinas.

²⁶⁶ A corrente constitucionalista entende que serviço público é aquele tido como inerente do Estado, ou seja, os que envolvem função estatal típica. São, portanto, aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do poder público e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Daí, também dispensa a previsão legal, pois decorre da própria existência do Estado. Também são aqueles serviço por opção político-constitucional, entendidos como aqueles que o constituinte, ao criar a Constituição, o define como tal, havendo, portanto, a necessidade de se ter previsão constitucional. Ou seja, é aquele conteúdo no corpo da Constituição, somente sendo possível instituí-lo mediante emenda constitucional. Sendo um dos dois, o serviço pode ser considerado como público.

²⁶⁷ A corrente essencialista prefere ver o serviço público onde existe uma necessidade relevante da população, que não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada. Entende, na verdade, que o conceito de serviço público é estipulado pela necessidade social.

²⁶⁸ A corrente convencionalista-legalista entende que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

²⁶⁹ Para maiores esclarecimento sobre o tema, vide: SADDY, André. Forma de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

deve-se estudar seus segmentos separadamente para só então defini-los ou não como tal.

Independente disso, hoje, assim como no início do século XX, o grande elemento caracterizador do serviço público é a obrigação de assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço razoável, o que evidencia uma aproximação do sistema afrancesado, e não o seu desaparecimento, visto que a clássica noção de serviço público apontava como uma obrigação dos governantes, a qual deveria regular, assegurar e controlar²⁷⁰.

1.5.3 Atividade de promoção, estímulo, orientação ou fomento

A atividade de promoção, estímulo, orientação ou fomento se caracteriza como um incentivo não coercitivo aos particulares para o desenvolvimento de atividades de interesses públicos, dispensando que o Estado crie uma estrutura administrativa para tanto²⁷¹. O fomento remete a uma

²⁷⁰ Cabe ressaltar que o direito comunitário impôs uma nova postura diante de setores tradicionalmente regidos pelo regime do direito público, deixando que as regras de direito privado e a lógica de mercado sejam, respectivamente, o fundamento e o vetor de novos serviços públicos. Na verdade, a busca por uma comunidade de livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas trouxe consigo a adoção de um modelo econômico concorrencial, que atende diretamente aos serviços públicos, necessitando, desta forma, uma melhora nos conceitos e distinções referentes aos serviços públicos, forçando, inclusive, a uniformização no tratamento jurídico de determinadas atividades com vistas à liberdade de empresa e de concorrência.

Assim, revisaram-se as reservas de mercado e os monopólios do setor público, buscando-se abrir tais setores à concorrência, à luz do princípio da subsidiariedade. Adaptando-se, o modelo liberal, segundo a lógica da refusão do Estado, da busca da eficiência e da intensa concorrência do mercado.

Desse modo, apesar de adotar fundamento de liberalismo econômico, em um primeiro momento, não se teve em consideração a noção de serviço público, mas se previu a criação de uma nova figura – a de serviço de interesse econômico geral.

²⁷¹ LUIS JORDANA DE POZAS (JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Ano 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949; El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 2, n. 4, p. 11-28, ene-abr, 1951), sobre a classificação das formas da atividade de fomento a divide em honoríficos, jurídicos e econômicos, divisão que atende, segundo o autor, aos três estímulos psicológicos principais da ação humana: a honra, o direito e o proveito.

sorte de ações promotoras, persuasivas, dissuasórias e tendentes à satisfação de necessidades públicas pelos particulares, por meio do desenvolvimento de comportamentos influenciados pela Administração sem se utilizar nenhuma forma de coação²²².

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115-116) entende que fomento é uma das funções administrativas; e, para MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em Debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 35), que nada mais é que um mecanismo ou uma técnica que o ordenamento econômico e social possuem. De acordo com MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (Idem. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 347): “A expressão “estímulos positivos” ao exercício da atividade econômica privada é bem mais ampla que a de “fomento”, nela abrangida. Enquanto o fomento é um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador, o “estímulo positivo” envolve a criação de um cenário favorável aos investimentos”.

²²² Distintas das outras duas atividades, a atividade promocional, de estímulo ou de fomento não se apoiam sobre a desconfiança e amenidade. A ordenação se apoia nos possíveis riscos que determinada conduta privada pode ocasionar nos interesses públicos; e a prestacional se apoia na incapacidade natural dos sujeitos privados para levar a cabo determinadas funções de especial relevância coletiva, que faz necessária sua realização direta pela Administração, ou quando menos, uma gestão privada, dirigida e controlada pela Administração. A atividade promocional é atividade cuja realização é desejável desde o ponto de vista do Estado, mas que este, por razões muito diversas, não pode ou não deseja empreender por si mesmo, limitando-se a estimular os sujeitos privados a desenvolvê-las.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 524): “[...] *pode-se conceituar o fomento público como a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade*”.

De acordo com GASPAR ARIÑO ORTIZ (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999, p. 290): “[...] *la actividad de fomento se configura como una actividad de estímulo y presión, realizada de modo no coactivo, sobre los ciudadanos y grupos sociales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. El Estado actúa mediante estímulos de carácter económico, tales como las subvenciones, las exenciones fiscales, los créditos, etc. De este modo, el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración Del particular para que la actividad fomentada se lleva a cabo*”.

Segundo JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ (PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 457): “*Por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en*

A ideia é vincular os incentivos a objetivos maiores, nos quais a renúncia a uma receita irá proporcionar benefícios generalizados, por meio dos quais, a perda de receita será neutralizada e, até superada por novas arrecadações num futuro programado. Logo, a atividade promocional se destina à busca, no setor privado, de consecuições de objetivos de interesses públicos fixados em lei, no lugar dos incentivos nela previstos, notoriamente por meio de benefícios, sempre vinculados a objetivos maiores, nos quais a atribuição de uma renda está voltada a proporcionar proveitos generalizados, não perdendo de vista os interesses públicos, a boa administração e a administração de resultado.

A atividade de fomento é daquelas que não estão constitucionalmente reservadas à Administração, se não que tocam a interesses públicos compartilháveis, que tanto podem ser promovidos pelo Estado como pela sociedade. A decisão de fomentar, portanto, é política, no entanto, sua instrumentalização passa por critérios técnicos, muitas vezes, resolvidos por órgãos específicos da Administração por meio da descentralização²⁷³.

Desse modo, como as demais funções da Administração que não exijam o uso do poder de império estatal, o fomento pode comportar uma condução por estruturas privadas, gestionando, inclusive, fundos públicos²⁷⁴. Ademais, não se pode esquecer que o fomento deve possuir uma característica especial que se refira à adesão do administrado em troca do mesmo. Trata-se de uma faculdade, pois o Estado intervém apenas de maneira incitativa, mas, a partir da adesão do particular, fica ele obrigado a cumprir com os prognósticos do planejamento cuja execução foi incentivada. Surge uma relação jurídica especial porque, uma vez estabelecida a adesão no plano, o

dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos”.

²⁷³ Distingue-se do fomento a mera transferência de recursos, ou seja, da atividade distributiva do Estado. Essa se caracteriza como uma função alocativa, que é realizada por meio de duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais desenvolvidas para segmentos assistidos; e, outra, interna (ou administrativa), que se executa por meio de pressuposto público na distribuição de meios financeiros entre entes e órgãos.

²⁷⁴ No tocante à discussão sobre a possibilidade ou não da gestão privada de fundos públicos, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo da economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39-56, a favor; e AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 236, que se contrapõe à gestão privada de fundos públicos. Parece que a gestão privada do fomento atende, ao mesmo tempo, os princípios da livre iniciativa e da economicidade.

Estado poderá obrigar ao particular a cumprir aquilo que voluntariamente se comprometeu. Ao Estado, por sua vez, fica vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, tais atividades²⁷⁵.

O vínculo de parceria estabelecido numa relação de fomento público é, tipicamente, um daqueles que necessita do fortalecimento da confiança e da segurança, projetadas no direito público como os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica²⁷⁶. Com efeito, o particular que acolhe à convocação do Estado, para com ele se associar em determinada atuação de interesse público que este pretenda estimular, só o faz porque confia na observância das regras e, por certo, na segurança dessa relação, da qual passa a participar por adesão.

Muitos são os tipos existentes de fomentos e as classificações existentes²⁷⁷, no entanto, duas são as principais formas: o fomento econômico e o social como instrumentos, respectivamente, do ordenamento econômico e do ordenamento social²⁷⁸. Logo, o fomento público pode ser definido como a colocação de instrumentos para o desenvolvimento econômico e de progresso sociocultural²⁷⁹.

²⁷⁵ Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de derecho público econômico. Granada: Comares, 2001, p. 303-305) explica que, com a outorga de meios econômicos de fomento, surge uma relação especial, porque o beneficiário se compromete à realização da atividade promovida e a Administração goza de amplas potestades de controle.

²⁷⁶ Quando se fala de confiança, há que recordar de ALAIN PEYREFITTE (PEYREFITTE, Alain. La Societé de Confiance. Essai sur es origines du developpement. Paris: Odile Jacob, 1995), em que a considera o cimento da civilização do direito – por ser a disciplina central do processo civilizador.

²⁷⁷ Apenas para citar algumas, o fomento pode ser: econômico, quando o Estado passa a ser impulsionador da iniciativa (fomento econômico); promotor de oportunidade de trabalho (fomento laboral); incentivador de investimentos (fomento financeiro); e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico). Além de existir fomento da educação, da cultura, lazer e do desporto, à saúde, do meio ambiente, do turismo, entre outros.

²⁷⁸ Sobre essa classificação vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 513-515.

²⁷⁹ Segundo Luis S. Cabral de Moncada (MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito econômico. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 426), o fomento econômico consiste em uma atividade administrativa de satisfação das necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que direta ou indiretamente as satisfaçam. Dita também que o objeto da atividade fomentadora do Estado consiste no apoio prestado às empresas privadas, representado em estímulos positivos e dinâmicos, sendo certo que poderão ser de ordem social e cultural.

1.6 Meios de manifestação da atividade administrativa da função executiva

Todas as atribuições (poderes) e funções se inter-relacionam, pois os poderes são os instrumentos pelos quais as Administrações executam suas funções. Ademais, para executar tais funções, as Administrações utilizam distintos meios para manifestar sua vontade, diferentes *modus operandi* de cumprir fins, configurando-se como as formas de atuação das Administrações, que são os atos administrativos unilaterais, bilaterais ou multilaterais; a ação administrativa; e a atividade técnica ou material administrativo.

1.6.1 O ato administrativo

A noção de ato administrativo surgiu quando a Administração Pública ficou submetida a um regime de direito. Inicialmente, como todo instituto, o ato administrativo era um conceito vago e genérico idêntico à atividade administrativa em sentido formal e subjetivo. Mas com o passar dos anos, tal instituto se moldou a ponto de ser convertido em um novo ramo do direito público: o direito administrativo.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 349), os incentivos poderão ser setoriais ou regionais. Os setoriais se destinam a desenvolver as atividades seletivas. Os incentivos regionais servem para ajudar o desenvolvimento de zonas que sofrem condições climáticas adversas a criar novos empregos e proporcionar a elevação da renda *per capita*, buscam o aproveitamento das riquezas regionais em zonas onde há falta de recursos humanos e financeiros, muitas vezes, ocasionada pela preferência por regiões mais desenvolvidas.

E mais, como observam Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner (MATEO, Ramón Martín; WAGNER Francisco Sosa. Derecho administrativo económico. 2. ed. Madrid: Pirámide, 1977. p. 171-172), os fins perseguidos com a utilização dos estímulos podem ser conjunturais ou estáveis. Os fins conjunturais são os que se propõem a remediar uma situação transitória, tratando de mudar o signo da marcha espontânea da economia em seu conjunto ou em determinado setor. Destacam que as medidas estimuladoras, que deveriam ser transitórias, tendem a se tornar permanentes e, então, o protecionismo indefinido é, teoricamente, descartável, até para não deixar as indústrias do país num estágio de permanente menoridade (que as impeça de enfrentar, em pé de igualdade, seus competidores).

Cabe acentuar que o ato administrativo é fundamentalmente um ato jurídico. Foi HAURIOU²⁸⁰ quem afirmou, pela primeira vez, que o ato administrativo era um ato jurídico: “*são os atos administrativos atos jurídicos editados pela Administração no desempenho de seus serviços públicos e para o pleno exercício de seus directos*”. Entende-se por ato jurídico a declaração de vontade, tendente a lograr fins lícitos a partir da qual nascem direitos, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se. Para sua existência e validade são essenciais alguns requisitos (agente capaz, objeto lícito e forma). Tais elementos são exigidos para todas as modalidades de atos jurídicos, entre eles, o ato administrativo. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR²⁸¹ explica que “*a figura do ato jurídico não é peculiar do Direito Privado nem do Direito Público. Transcende a ambos, ultrapassa-os, cabendo-lhe o conceito à Teoria Geral do Direito, que, abstraindo e generalizando, chega à figura iuris comum aos dois campos. A manifestação unilateral da vontade de uma pessoa particular ou Estado, gerando efeitos na órbita do Direito, ocorre tanto na esfera do Direito Civil, como no âmbito do Direito Comercial, do mesmo modo que do Direito Público, interno ou externo. No Campo do Direito Público, inúmeros atos se praticam para cuja concretização concorre a administração, não querendo isto significar, porém, que todos os atos jurídicos oriundos de órgãos do Estado digam respeito à matéria administrativa*”.

O ato administrativo é um conceito empírico baseado na experiência, não é um conceito apriorístico que pode se inferir em considerações abstratas. Ato administrativo equivale a ato jurídico da Administração, o que significa que são atos que emanam de órgãos da Administração no exercício das funções administrativas. A princípio, deveriam ser considerados atos administrativos todos aqueles emanados do Poder Executivo, assim como atos legislativos aqueles emanados do Poder Legislativo, e atos judiciais aqueles emanados do Poder Judiciário. No entanto, o ato administrativo não é privativo dos órgãos do Poder Executivo, os demais poderes, quando praticam alguma função administrativa, também, poderão emanar atos administrativos. Daí a distinção entre atos administrativos formais (do Executivo, por excelência) e materiais (dos três Poderes). Logo, poder-se-ia conceituar o ato

²⁸⁰ 1933 apud MIRANDA, Sandra Julien. Do ato administrativo complexo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

²⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Do ato administrativo. 2. ed. São Paulo: José Buushatsky, 1977, p. 18.

administrativo como a manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública³², que, atuando na qualidade de poder público e

³² Para DIOGENES GASPARINI (GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 67), a produção de atos administrativos deve ser interpretada não somente em relação aos atos praticados pelo Estado-Administração, mas também, por representantes investidos da função pública que graças a sua investidura exercem alguma prerrogativa estatal. O exemplo dado pelo autor é o concessionário de serviço público.

AURELIO GUAITA MARTORELL (GUAITA MARTORELL, Aurelio. El concepto de acto administrativo. Revista española de Derecho Administrativo. Madrid, Año 2, n. 7, p. 529-550, sep./dic., 1975, p. 530) também entende que: “*Es indudable que los particulares producen actos jurídicos -es decir, hechos jurídicos humanos, voluntarios, libres- que se rigen por normas administrativas y que en el seno del Derecho administrativo despliegan su eficacia. Así, para BALLBÉ, que tiene un concepto objetivo de acto administrativo (ejercicio de funciones administrativas) no es preciso que éste provenga directamente de la Administración, pues esta puede haber delegado funciones por ejemplo en un concesionario, y los actos de éste, en cuanto realicen funciones administrativas son asimismo actos administrativos. Puede recordarse a este propósito que aunque un servicio público concedido sigue siendo servicio público y por tanto de titularidad de la Administración, en caso de daños no es responsable la Administración dominus negotii, sino el concesionario (artículo 121.2, LEF), y que "los que resistan a los empleados de los caminos de hierro en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con las penas que el Código Penal impone a los que resisten a los agentes de la Autoridad" (artículo 23 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877)*”. Vide também: MODERNE, Franck. Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Año 2, n. 4, p. 3-16, ene/mar, 1975.

Há quem discorde de tais autores, entre muitos: 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. 370): “*La declaración en que el acto administrativo consiste debe proceder de una administración precisamente lo que excluye [...] los actos jurídicos del administrado*”; FERNANDO GARRIDO FALLA (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho administrativo. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002, v. 1, p. 410): “*Sólo los actos que emanan de la Administración pública tienen valor formal de actos administrativos [...] Sólo estos actos interesan al Derecho Administrativo*”; RAFAEL ENTRENA CUESTA (ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho administrativo. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995, tomo I, v. 1, p. 485): “*No serán actos administrativos [...] Los actos de los administrados, aunque produzcan efectos jurídicos conforme al Derecho Administrativo*”. Segundo esses autores, os privados a que se refere os autores anteriormente citados atuam por meio de atos privados e não administrativos para alcançar os interesses públicos porque há uma norma ditada pela Administração. Ademais, cabe destacar que uma das características do ato administrativo é o fato de resultar da vontade de uma autoridade. Daí que tampouco se considerem atos materialmente administrativos aqueles emanados de empresas públicas e

exercendo uma função administrativa, objetiva, adquire, resguarda, transfere, modifica ou extingue direitos/relação jurídica, atendendo sempre os princípios da legalidade, legitimidade e licitude (interesses públicos), aplicando obrigações tanto a si mesma como a seus administrados²⁸³.

Tais formas de atuação administrativa podem ser consideradas como a manifestação de vontade da corporação (ato unilateral) ou desta com terceiros (ato bilateral ou multilateral)²⁸⁴. Ademais, não se pode confundir a ausência de ato com os atos administrativos implícitos ou presumidos²⁸⁵.

sociedades de economia mista, pois afinal de contas são pessoas de direito privado, ainda que integrantes da Administração.

²⁸³ A atuação da Administração seria o gênero dentro do qual os atos administrativos seriam uma espécie. Estes equivalem a atos jurídicos da Administração. Em outras palavras, desde que se cumpram certos requisitos de forma e fundo, respeitando os interesses públicos, deixam de ser simples atos jurídicos para, assim, transformarem-se em atos jurídicos-administrativos.

Também é conveniente distinguir os atos administrativos dos fatos administrativos. Os atos administrativos representam uma manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público. Já os fatos administrativos constituem uma mera atividade pública material, que surge de algumas decisões administrativas e, em princípio, desprovido de interesses para o Direito. Mais adiante se tratará dessa modalidade.

Há, por fim, que distinguir os atos administrativos dos atos políticos ou atos de governo, que representam as ações de governo no desenvolvimento de suas funções típicas. Já se falou anteriormente sobre a tendência de equiparação dos atos discricionais aos políticos.

²⁸⁴ Os atos administrativos unilaterais são inerentes à vontade da própria Administração. Os atos bilaterais ou multilaterais se aproximam aos contratos, convênios ou consórcios administrativos. A verdade é que inexiste no ato administrativo a característica da negociabilidade que possuem esses outros institutos.

Logo, quando se estiver diante de consentimento, a ação administrativa adotará ou a via contratual ou a não contratual (acordos), está última realizada por meio de convênios e consórcios. Contratos e acordos, ambos, seriam modalidades da figura jurídica do pacto e também seriam uma espécie do gênero ato da administração, onde, entre várias distinções, suas maiores diferenças estariam no fato de que nos contratos os interesses dos contratantes sejam distintos e nos acordos os interesses são comuns.

Recorda-se, também, que os contratos, convênios e consórcios são sempre formais e expressos, enquanto que o ato pode surgir tacitamente de um comportamento ato (ato tácito propriamente dito) ou passivo (ato presunto ou silêncio administrativo – não se entrará aqui na discussão se são ou não atos ou fatos administrativos) da Administração, ao que o ordenamento legal assigna consequências jurídicas ineludíveis com relação aos interesses legítimos dos administrados.

Há, também, que distinguir os atos administrativos dos atos políticos ou atos de governo, que basicamente representam a ação dos governos no desenvolvimento de suas funções típicas.

²⁸⁵ São atos administrativos implícitos as declarações de vontade da Administração sem seguir o correspondente procedimento, ou seja, por meio de um procedimento distinto ao estabelecido.

O ato administrativo deve possuir determinados elementos para ser considerado como tal. Ditos elementos são: o elemento volitivo, representado pela manifestação de vontade da Administração no exercício de sua concorrência, ou seja, no círculo definido por lei em que podem as Administrações exercer legitimamente suas atividades; o elemento finalidade, que sempre serão os interesses públicos, e que, no caso concreto, dependerá da norma jurídica; o elemento forma, que representa o meio legal (especial e formal) pelo qual o ato se exterioriza validamente, normalmente conectado a um procedimento administrativo²⁸⁶; o elemento motivo, referente à causa que

Ocorre que se pode inferir a vontade da Administração em um determinado assunto, desde que a falta de manifestação produza algum efeito legal.

Nos atos administrativos presumidos, não existem nem uma manifestação concreta administrativa, nem uma conduta à que se possa atribuir um determinado valor ou sentido em virtude de uma interpretação racional: o significado desta conduta o fixa de forma expressa o ordenamento jurídico, fechando-se assim as portas a todo trabalho interpretativo.

Há de ser enfatizado, nestes dois tipos de atos administrativos, os problemas jurídicos que determinam a exigência de um procedimento administrativo como requisito da validade dos atos das Administrações Públicas. VICENTE ESCUIN PALOP (ESCUIN PALOP, Vicente. El acto administrativo implícito. Madrid: Civitas, 1999, p. 83 e 88) afirma que: “*La exigencia legal de que los actos administrativos sean dictados a través del correspondiente procedimiento, así como la posible imposición de determinadas modalidades de emisión de la voluntad administrativa puede considerarse, al menos inicialmente, como un posible obstáculo a la admisión de los actos implícitos, ya que, por principio, su producción o emisión se ha realizado por cauces distintos a los inicialmente previstos. Dichas exigencias formales deben conectarse, por otra parte, a la necesidad de la precisión y certeza de las resoluciones administrativas en cuanto concreción de derechos, deberes y situaciones jurídicas que en un caso particular debe ofrecer a su destinatario [...]*”.

Lógicamente, la manifestación implícita de la voluntad administrativa sólo afecta al elemento formal, no pudiendo alterar el resto de los elementos constitutivos de la decisión administrativa. [...] como se sabe, la regularidad del acto administrativo implica que proceda del ente dotado de capacidad y competencia, siendo nulos de pleno derecho los actos procedentes de órganos manifiestamente incompetentes, y anulables, si la ausencia de competencia no reviste el indicado carácter”.

Sobre tais temas vide: ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho administrativo. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995, Tomo I, v.1, p. 170; ESCUIN PALOP, Vicente. El acto administrativo implícito. Madrid: Civitas, 1999, p. 13-15; ARCENEGUI, Isidro E de. Modalidad del acto administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 27, n. 84, p. 3-26, sep-dic, 1977, p. 15.

²⁸⁶ A regra no Direito administrativo é que o ato tenha uma forma escrita, mas admite-se, com caráter excepcional, formas não escritas, como oral ou visuais (como sinais), em razões da

originou a prática do ato, ou seja, a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato; e, por fim, o elemento objeto, que se refere à situação jurídica criada, modificada, declarada ou extinguida concernente à pessoa, bem ou atividade sujeita à atuação do Poder Público. É o conteúdo adequado do ato, por meio do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou simplesmente confirma situações preexistentes²⁸⁷.

1.6.2 Coação administrativa

Diante de uma determinada situação de fato com o intuito de produzir uma modificação, poderá a Administração utilizar-se de coação. Essa é a forma que ela possui para impor, por si, ou melhor, por sua própria autoridade, mudanças que permitam aos cidadãos a vivência em um Estado de harmonia social, exercendo suas atribuições de maneira forçosa ou direta e imediatamente que visem adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir situação anterior sem necessidade de solicitar o auxílio do Judiciário. O mérito da teoria da coação administrativa vem da doutrina alemã, mais especificamente de OTTO MAYER²⁸⁸. Em seus estudos, esse autor distinguia dois tipos de coação administrativa: a execução forçosa

urgência na manifestação da vontade de quem atua no interesse público. Ademais, admite-se o silêncio como forma de manifestação do interesse público.

²⁸⁷ O estudo da discricionariedade, quando se começou a desenvolver, tinha como pressuposto o estudo da mesma no ato administrativo. JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris: LGDJ, 1959, p. 13 e ss) além de afirmar 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*”.

Primeiramente, como se pode observar quando se falou da origem do estudo e da palavra discricionariedade, o que preocupava em seu estudo era a verificação da existência ou não do poder discricional nos atos administrativos. O citado autor, passa dessa etapa. Ele não deseja analisar “*por qué*” tais atos estão marcados por tal poder, mas sim “*cómo*” 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 que (VENEZIA, Jean-Claude, Op. cit., p. 53): “*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*”.

²⁸⁸ MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, tomo I.

(*Zwangvollstreckung*) e a coação direta (*unmittelbarer Zwang*), cujo elemento comum seria o uso da força, entendida como meio para fazer cumprir ordens, no primeiro caso, como instrumento, no segundo, para retificar de forma imediata uma situação contrária a ordem ou, na terminologia de OTTO MAYER, contrária a polícia.

A execução forçosa consiste em aplicar na prática a declaração de um ato, apesar da resistência, passiva ou ativa, da pessoa obrigada a cumpri-la. Assim, o ato administrativo funciona como um título executivo. A execução deve estar em linha direta de continuação do ato²⁹⁹.

A coação direta e imediata serve para restabelecer a ordem jurídica que está sendo infringida e que necessita de uma reação, por parte do Estado, para que não cause prejuízo maior aos interesses públicos, nem mesmo a quem infringiu, que também faz parte desse coletivo protegido pelo Estado³⁰⁰.

²⁹⁹ Cabe trazer os requisitos e limites da execução forçosa: primeiro, que se tenha previamente ditado o ato administrativo; segundo, que a matéria seja de competência administrativa; terceiro, que se tenha seguido o procedimento legalmente estabelecido; quatro, que dele resulte uma pessoa singular obrigada a realizar um determinado e preciso comportamento; quinto, que se outorgue à obrigação a possibilidade de cumprimento voluntário e que tal cumprimento não se tenha produzido; sexto, que o meio executivo que se aplique seja legal em seu objeto, em seu alcance e em seu procedimento (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004).

³⁰⁰ IÑAKI AGIRREAZKUENAGA (AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 423 e 424) refere: “*La coacción administrativa directa viene caracterizada por el empleo de la fuerza en el desarrollo de funciones administrativas, motivada por una situación de urgencia, que legitima la acción inmediata, con fundamento en una decisión no procedimentalizada, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad y guiada por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad*”.

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) afirmam que a coação imediata deve ser uma atuação excepcional da Administração e por isso condicionada as circunstâncias muito mais concretas ordenadas pelo princípio do “*favor liberatis*” e da proporcionalidade e limitada ordinariamente a uma atuação temporal, não vocada a constituir uma situação permanente.

OTTO MAYER (MAYER, Otto. Le droit administratif allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, tomo I) distingue três casos de coação direta: a autodefesa administrativa, o impedimento de fatos puníveis e de infrações de ordem pública e as medidas ditadas em estado de necessidade.

Essa espécie de coação é de enorme relevância em sede de subjetividade ou autonomia pública, pois a Administração atua sem a intermediação de um ato administrativo cuja execução é necessário proceder. No entanto, mesmo atuando sem um ato administrativo prévio, a coação encontra sua causa na situação contrária à ordem, logo, a exigência de uma reação imediata dispensa o cumprimento dos requisitos habituais de emanção da vontade dos órgãos administrativos, configurando-se como ato administrativo não procedimental²⁹¹.

O primeiro é correlato da legítima defesa, com o que é a reação, frente a um ataque injusto e imediato, venha ou não de um delito. Para o autor, tais ataques devem estar dirigidos contra a Administração, não existindo quando for dirigido contra um de seus membros que não está exercendo suas funções administrativas.

No segundo, a Administração atua em defesa não de si mesma, mas sim da ordem pública ou da segurança cidadão, que está justificada quando perante atos puníveis, ou bem se trata de prevenir ou impedir delitos antes de sua exteriorização em casos de urgência ou imediatidade, ou bem se trata tanto de eliminar a possibilidade da comissão de um ulterior delito lançando o aparato repressivo quando a ação deletiva se manifestou. Logo, a questão é distinta quando se trate de mera defesa da ordem externa e de sua restauração quando foi alterado, ou bem de reprimir ou sancionar atos singulares ou coletivos que não produzirão uma alteração externa da ordem, âmbito onde a atividade administrativa se encontrará mais difícil de justificar, pois tal é justamente o âmbito de atuação do Poder Judicial.

Por fim, em terceiro lugar, que não se trata de legitimar uma situação que sem o estado de necessidade seria antijurídica, pois as situações de necessidade criam técnicas expeditivas de novos poderes, sacrificando bens como a ordem estabelecida de competência, o sistema formal de procedimentos preceptivos para chegar a certos resultados, e até as circunstâncias excepcionais que concedem o direito superior de uma sociedade e de uma nação a assegurar sua existência. Estas situações podem ser formalmente declaradas (estado de alerta, exceção e sítio) ou não declaradas, como por exemplo, desordens públicas, calamidades públicas, etc. Em quaisquer dessas situações, a Administração está atuando como salva-vidas, socorrista ou padioleiro, pois tem o dever de manter a ordem pública e jurídica. Vide também: AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 47 e ss.

²⁹¹ Não são poucos os autores que reconhecem, de uma forma ou outra, a existência de atos administrativos não procedimentalizados: GUAITA MARTORELL, Aurelio. El concepto de acto administrativo. Revista española de Derecho Administrativo. Madrid, Año 2, n. 7, p. 529-550, sep./dic., 1975, p. 529 e ss; ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho administrativo. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995, Tomo I, v.1. p. 193 e ss, este inclusive aceita atos mímicos; BOQUERA OLIVER, José Maria. Estudios sobre el acto administrativo. Madrid: Civitas, 1984, p. 79; GARCIA TREVIJANO FOS, José António. Los actos administrativos. Madrid: Civitas, 1986, p. 158 e ss.

Aqui, vale aludir que a coação direta e imediata poderá preceder de uma ordem verbal prévia ou não. Quando existe uma ordem verbal de execução precedente a uma atuação material²⁹², essa não é configurada como um ato administrativo, trata-se, simplesmente, de uma ordem amparada na habilitação com a que o ordenamento favorece a Administração para fazer frente de imediato às perturbações. No entanto é certo que a habilitação legal e competência da autoridade da que emana a ordem são pressupostos jurídicos que devem ser respeitados²⁹³. Existem coações diretas e imediatas que não

²⁹² Alfonso J. Villagómez Cebrián (VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997, p. 204) tenta uma sucinta classificação dos tipos de ordens de polícia, atendendo seu conteúdo e importância: “a) *El aviso policial: reviste un claro carácter de advertencia ante una determinada situación de peligro, pero sin que se llegue a producir una intervención policial.* b) *La amonestación policial: es una fórmula acuñada en el Derecho francés que supone, según Souchon, ‘la decisión policial, manifestada en una forma de intervención policial discontinua, en un suceso concreto sometido a la decisión y elección policial y que, en la práctica, no es más que un reproche de una determinada conducta’.*

c) *El requerimiento policial: es un acto de policía en el que se produce una conminación concreta para que su destinatario adopte un determinado comportamiento”.*

JAVIER BARCELONA LLOP (BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 215) elucida que as ordens de polícia podem ser consideradas atos administrativos sem prejuízo de que, formalmente, podem ser emitidas de forma verbal se a urgência derivada das circunstâncias assim o exige para a manutenção da ordem pública.

²⁹³ Javier Barcelona Llop (BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 220 e 221): “*En definitiva, cabe apuntar que en la coacción directa no hay, en rigor, acto administrativo alguno verbal o no procedimentalizado. Hay, solamente, una orden de ejecución emanada de la autoridad competente, orden que actualiza en el caso concreto la habilitación legal conferida a la policía de seguridad para hacer frente a las situaciones de hecho atentatorias contra los bienes jurídicos cuya defensa y protección se encuentra a su cargo, siendo irrelevante, también, que dicha orden proceda de una autoridad administrativa en sentido estricto – el Gobernador Civil o el Delegado del Gobierno, en su caso – o de una autoridad ejecutiva, aunque lo normal será que proceda de la primera. Por otra parte, el que tal orden sea insusceptible de control contencioso-administrativo, carece también, de importancia real, porque tanto la responsabilidad penal como la patrimonial y la sanción disciplinaria cubren notoriamente las consecuencias de una posible ilegalidad de la acción de policía de seguridad”.*

Toda atuação material precisa de um ato próprio por exigência expressa do art. 100.1 LPA; em sua ausência, tal atuação material não é se não uma pura via de fato. Contudo é certo que existe coação sem prévio ato administrativo formal ou precedida de um ato não

precedem nenhuma ordem verbal incisiva, no sentido de que o agente administrativo não tem tempo de solicitar a seu superior hierárquico orientações de como atuar, mas vem sim procedida de uma ordem verbal genérica, emanada pelo superior hierárquico previamente (no início da jornada de trabalho, por exemplo) ou uma normativa que o permita fazê-lo.

1.6.3 Atividade técnica ou material administrativa

Outra forma de atuação administrativa tem relação com o fato de que nem toda situação fática existente no mundo interessa ao Direito, somente aquela com implicações jurídicas. Os fatos administrativos, isto é, atos da Administração, operações ou atividades administrativas técnicas ou materiais, derivados de alguma decisão administrativa e, em princípio, desprovidos de interesse para o Direito, são outras formas de atuação da Administração. Dito fato não jurídico realizado pelo agente administrativo não se confunde com a atividade administrativa propriamente dita, que se traduz por meio de atos da Administração que concretam interesses públicos e que, quando são jurídicos, constituem o que se entende por ato administrativo.

Assim, estão os atos da Administração como gênero, dos quais o fato administrativo é uma espécie que se diferencia pelo atributo de juridicidade inerente aos atos administrativos; outras espécies equivalem a atos jurídicos da Administração. Os fatos administrativos não envolvem declarações de vontade, não têm nenhum traço de juridicidade, ainda que sejam executados por agentes públicos possuidores de credenciais. Trata-se de uma atividade técnica ou material da Administração, imputável diretamente à pessoa que a realiza, e que não implica nenhuma modificação de situações jurídicas nem produz efeitos jurídicos específicos ligados à sua só emanção. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

procedimentalizado. As mais comuns são as atuações que encontram apoio no art. 41.2 LPA que autoriza o exercício de competência de forma verbal. Aqui 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) defendem a necessidade da constância escrita dos atos incluídos no âmbito de aplicação do art. 100 LPA. Assim o é, porque o art. 43.1, a) LPA exclui expressamente os atos verbais quando os mesmos limitem direitos subjetivos, pois de ser assim, a forma escrita se impõe invariavelmente ao se exigir motivação com sucinta referência de fatos e de fundamentos de direito.

RODRÍGUEZ²⁸⁴ afirmam que a Administração organiza, ordena e dirige a realização dessa atividade cumprida por seus agentes ou terceiros contratados. Portanto apropria-se de seus frutos ou resultados. Desse modo, atribuem-se à Administração todos os efeitos dos atos de seus agentes. Uma coisa é a atividade jurídica estrita, realizada por órgãos da Administração; e outra é a atividade técnica ou material, realizada pelas pessoas físicas que podem atuar, eventualmente, como órgãos.

1.7 Distintas valorações subjetivas nas funções, formas e meios de atuação da atividade administrativa da função executiva

Independentemente das formas de atuação administrativa para cumprir com os interesses públicos, é certo que suas atuações dispõem de uma valoração subjetiva, esta tanto relacionada com o objeto da atuação administrativa, ou seja, a conveniência administrativa em respeito à adequabilidade, o que é justo, razoável, eficaz, apropriado e moral; como também ao motivo da atuação administrativa, neste caso, a oportunidade administrativa tem que ver com o melhor momento para a tomada de decisões diretas ou imediatas (instantâneas ou não), observando as circunstâncias em que estão envolvidas em cada momento, como a celeridade da atuação, a gravidade e o modo de melhor conseguir a eficiência administrativa²⁸⁵. 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.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Demonstrar-se-á que também existe discricionariedade nos casos excepcionais nos demais elementos do ato administrativo como no fim, na forma e, inclusive, no elemento da competência.



CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Multidisciplinaridade do estudo da discricionariedade administrativa e sua dificuldade de definição

Não teria sentido, ou seria incompleto, um discurso sobre as formas de atribuição de subjetividade ou autonomia pública caso não se fixasse um conceito de discricionariedade, ainda sem pretender abordar muito dos diversos aspectos relacionados pela mesma. Por isso, traçar um conceito de discricionariedade administrativa é uma premissa inicial que se deve fazer sob pena de prejudicar o desenvolvimento do trabalho e falsear a verdade científica que se pretende alcançar. Mas adverte-se que não se converterá no centro deste trabalho a formulação de uma definição de discricionariedade, posto que tal análise demandaria um espaço específico, incompatível com o presente estudo. O objeto central deste estudo é, como se advertiu na introdução, o que se denomina apreciatividade.

Feita essa reserva inicial, pode-se enunciar que existem muitos pontos de vista na doutrina mundial sobre a discricionariedade 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 discricionariedade. Os filósofos do Direito têm se preocupado especialmente em esclarecer o conceito de discricionariedade e sua relação com as normas jurídicas. Outros estudos se preocupam mais com a discricionariedade como um problema de política pública e, em consequência, com seu potencial de injustiça²⁶ ou para o progresso social²⁷. Também, resulta essencial à contribuição da teoria geral do direito. Sem a pretensão de realizar um exame exaustivo das diversas teorias existentes, uma vez que também se necessitaria outra investigação específica a respeito, limitar-se-á, aqui, a analisar as construções mais importantes já conhecidas.

²⁶ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.

²⁷ HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

HANS KELSEN²⁹⁸ 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 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 HART²⁹⁹, 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 DWORKIN³⁰⁰ sustenta que a discricionariedade é como o buraco de um *donut*, 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

²⁹⁸ KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002, p. 169.

²⁹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. 2. ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994, p. 123 e 124.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85.

referência ao aplicador que tem de tomar uma decisão definitiva em atenção 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.

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. GOODIN³⁰¹, 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 DWORKIN 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”*.

EVA DESDENTADO DAROCA³⁰² 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 BRAIBANT³⁰³ esclarece

³⁰¹ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 233 e 234.

³⁰² DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 36.

³⁰³ BRAIBANT, Guy. *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (colloque du 05 mars 1977)*. Paris: Cujas, 1978, p. 59.

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 GASPARRI³⁰⁴ 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 ENGISCH³⁰⁵ entende que “*o conceito de discricionarietà (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito*”.

Por isso que DENIS J. GALLIGAN³⁰⁶ 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*”.

A doutrina classifica de diferentes maneiras as diversas correntes doutrinárias que teorizaram sobre a discricionarietà, agrupando os distintos teóricos em escolas, épocas ou conceitos³⁰⁷. Com a finalidade de aproximar-se

³⁰⁴ GASPARRI, Pietro. Corso di diritto amministrativo. Bologna: C. Zuffi, 1953, p. 64.

³⁰⁵ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214.

³⁰⁶ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 54.

³⁰⁷ Ante a falta de consenso, seria conveniente realizar uma panorâmica das principais concepções da discricionarietà administrativa. Contudo parece fútil realizá-la depois de tantas obras que já o fizeram. Deste modo, remete-se o leitor à obra de EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 54-84), a autora que mais se aproximou das diferentes concepções da discricionarietà. Esta autora fez uma classificação dos diferentes postulados doutrinários em função do marco a que cada um dos autores coloca seus argumentos.

O primeiro grupo mencionado pela autora é o que coloca que a discricionarietà 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 unânimes, 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 esta indiferença de soluções para eleger. Observa-se, assim, uma definição com dois elementos: momento de eleição e indiferença total de soluções.

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 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 ENGISCH (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214 e 215): *“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”*.

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 constricción 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.

Um quarto grupo identifica a discricionariedade administrativa como o núcleo de decisão final delimitado por duas variáveis: a lei a atividade dos Tribunais. Assim, a discricionariedade 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 discricionariedade

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 discricionariedade 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 discricionariedade, visto que são eles os que, em último termo, estabelecem os limites dos poderes administrativos. Logo, segundo a construção de DENIS J. GALLIGAN, a discricionariedade 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.

Todos os grupos 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. No entanto, um quinto grupo, capitaneado por FERNANDO SÁINZ MORENO e GERMAN FERNÁNDEZ FARRERES, critica tal concepção por considerar inadmissível que a discricionariedade da Administração permita a esta eleger quaisquer das opções ou alternativas desta, pois o caráter instrumental da atividade administra deve servir aos interesses públicos, logo, conceituam discricionariedade como dever de adotar a solução mais adequada aos interesses públicos, ou, ao menos, adotar a melhor solução que esteja a seu alcance.

Além de tal classificação, vale também mencionar a classificação de BERNADO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 147-149), o qual distigüe três correntes quando se fala de discricionariedade. A corrente maximalista defende o alargamento do conceito de discricionariedade e o aproveitamento de seu regime para figuras que, tradicionalmente, são excluídas de seu âmbito (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). A corrente 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 jurídicos (SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 304-308). E, por fim, a corrente 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).

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 mais conceitual, mas sem esquecer outros elementos, como sua localização nos componentes lógico-estruturais.

2.2 Conceito de discricionariedade administrativa e sua diferença frente à atuação vinculada

Pode-se referir que, tendo presente o que parte da doutrina aceita sobre o assunto e seu argumento *ab auctoritate*, a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos³⁰⁸. Tal concepção genérica da

³⁰⁸ Para visualizar outros conceitos na doutrina, vide: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48); 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); MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67); ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 119); JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33); DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 465); ERNST FORSTHOFF (FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954, p. 84); JEAN RIVERO (RIVERO, Jean. Droit Administratif. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 89); RAYMOND GUILLIEN e JEAN VINCENT (GUILLIEN, Raymond, VICENT, Jean. Termes juridiques. 10. ed. Paris: Dalloz, 1995, p. 422); PIETRO VIRGA (VIRGA, Pietro. Diritto amministrativo: atti e ricorsi. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 2, p. 5); IGNAZIO SCOTTO (SCOTTO, Ignazio. Diritto

discricionarieidade administrativa, extraída dos conceitos de autoridade da doutrina administrativa mundial, não se confunde em absoluto com o conceito de atuação vinculada.

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 validez 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.

Então, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observação de determinados requisitos considerados essenciais para a validez 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 reproduzirá³⁰⁹.

É necessário, contudo, evidenciar dois esclarecimentos importantes a respeito de tal conceptualização da discricionarieidade. Em primeiro lugar, no

amministrativo, 4. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 180); 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. 453); TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad. In: MELGAS, Alfredo Montoya. Enciclopedia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995, p. 2517; GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 72; CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 84 e 85; GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 54; DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 4; entre muitos outros.

³⁰⁹ 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*”.

tocante à forma de concessão por meio de normas jurídicas – essas, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma potencial, como hipóteses ou, caso se deseje assim colocar, de maneira abstrata, pois a discricionariedade efetiva somente se confirma no caso concreto. Assim, o conceito exposto faria referência ao que se denomina discricionariedade potencial. Em segundo lugar, há de se mencionar o conceito atinente à diferença entre discricionariedade de atuação e discricionariedade de eleição ou, como outros estudiosos preferem, discricionariedade de eleição e discricionariedade de decisão ou juízo. Tal distinção aplica-se a quaisquer das discricionariedades mencionadas, ou seja, é aplicável tanto à discricionariedade potencial como à discricionariedade efetiva.

2.2.1 Diferenças entre discricionariedade potencial e efetiva

Estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva apenas quando fixadas as alternativas ou opções válidas, ou seja, alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)³⁰⁰. Esta é uma opção 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.

³⁰⁰ Alguns autores substituíram a ideia de alternativas igualmente válidas pela de alternativas permissíveis, admissíveis ou razoáveis. E isso permite incorporar ao conceito de discricionariedade todos os casos de ausência de resposta correta, mas sem ter de assumir que a atividade discricional 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, mar., 1975, p. 366; BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 26 e 27.

FERNANDO SAINZ MORENO³¹¹ 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 LAUN³¹² 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 FORSTHOFF³¹³, a discricionariedade se apresenta como “*un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posible*”. Seguindo essa linha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³¹⁴ explicam que a discricionariedade “*es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos*”³¹⁵.

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. Se determinada alternativa ou opção é a “*melhor*” ou “*ótima*”, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos,

³¹¹ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 307.

³¹² 1910, apud ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 216 e 217.

³¹³ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 122 e 127.

³¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 458.

³¹⁵ 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 vulnerarem 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.

inválidos³¹⁶. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação vinculada e não de discricionariedade³¹⁷. Por isso, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA³¹⁸ afirma que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação³¹⁹. Assim pensando, estar-se-á contra quem fundamenta o

³¹⁶ 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 e 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.

³¹⁷ 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, exurgindo 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 há 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.

³¹⁸ PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade no acto administrativo. Lisboa: Ática, 1960, p. 217.

³¹⁹ Para uma reflexão da relação existente entre a hermenêutica e a discricionariedade, vide: RUIZ OJEDA, Alberto Luis. Hermenêutica y narrativismo jurídico: Una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos. Thémata: Revista de

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 ineficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no 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 atuação³³⁰. 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.

filosofia, 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.

³³⁰ 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 mera 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”.

ROBERT E. GOODIN³²¹ 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 que 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.

DENIS J. GALLIGAN³²² 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 concreto³²³. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³²⁴ ressalta o aspecto da redução ou

³²¹ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 236.

³²² GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 7.

³²³ Voltar-se-á a esse argumento quando se tratar da doutrina da redução da discricionariedade a zero.

³²⁴ 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.

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 PIETRO³²⁵ 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 concepção da existência entre discricionariedade potencial e efetiva.

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 controle³²⁶. 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 NIETO³²⁷ discorda dessa posição. Segundo o autor, somente no momento em 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,

³²⁵ Ibidem, p. 231.

³²⁶ 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).

³²⁷ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 14, n. 44, p. 147-162, may/ago, 1964, p. 157.

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. Ciertamente 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 aquel 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 da discricionariedade, mas sim uma substituição da discricionariedade administrativa pela judicial.

No entanto, autores como MASSIMO SEVERO GIANNINI³²⁸ 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.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³²⁹ 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,

³²⁸ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 42.

³²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

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 discricção 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 discricção 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 discricção, 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 iguais 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 determinados casos concretos, assim como outras delas e, às vezes, somente uma delas é adequada para outros casos concretos³³⁰.

2.2.2 Distinção entre a discricionabilidade de atuação e a discricionabilidade de eleição

Há de se observar que a discricionabilidade 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 (discricionabilidade 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 (discricionabilidade de eleição – *Entscheidungsermessen*).

Existem outras denominações para este tema. Há quem diferencie, nestes casos, entre discricionabilidade de decisão (*Entscheidungsermessen*), que permite a Administração adotar ou não uma certa conduta, e

³³⁰ Ibidem, p. 36 e 37.

discricionariedade de eleição (*Auswahlermessen*), pela qual se deixa a Administração escolher entre várias condutas³³¹. É como ressalta JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³³², 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. O mesmo sucede no caso da discricionariedade de eleição, que existe quando a Administração deve escolher entre alternativas ou opções enunciadas no preceito atributivo de competência³³³.

³³¹ 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.

³³² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 314.

³³³ 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 AYALA³³⁴ 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 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 GALLEGO ANABITRATE³³⁵ 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 que 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

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)."

³³⁴ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 134.

³³⁵ ANABITRATE, Alfredo Gallego. Derecho General de Organización. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971, p. 259.

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 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 CABRERA³³⁶, 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 SOUSA³³⁷, 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.

2.2.3 Tipos de decisões discricionais

Como já mencionado, RONALD DWORKIN³³⁸ sustenta que a discricionariedade é um espaço livre o qual as normas ou ordens ditadas por

³³⁶ GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 11 e 12.

³³⁷ SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 273.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 31-39, 84 e 85.

autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto e, nessa perspectiva, distingue três sentidos de discricionariedade, dois fracos e um forte³³⁹. O primeiro sentido fraco faz referência a que os critérios que guiem 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. 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 concluinte³⁴⁰. E, finalmente, 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 deste³⁴¹. Ou seja, enquanto na discricionariedade forte, o aplicador cria seus

³³⁹ 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.

³⁴⁰ 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 diferença da anterior, produz-se naqueles casos em que não existe nenhum problema epistêmico relevante para determinar a solução jurídica prevista.

³⁴¹ 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

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 critério³⁴².

A diferença realizada por RONALD DWORKIN, 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 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

de RONALD DWORKIN 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*”.

³⁴² A análise de RONALD DWORKIN 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 DWORKIN, 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.

dentro de uma margem ampla de liberdade ou subcritérios que responderão aos critérios previamente estabelecidos, estar-se-á operando com apreciatividade.

Como se poderá perceber no próximo capítulo, uma das diferenças entre discricionariedade e apreciatividade radica-se, portanto, na existência ou não de um poder de eleição/decisão atribuído intencionalmente pelo ordenamento jurídico.

Alternativamente à tipologia de RONALD DWORKIN (discricionariedade forte e fraca), KEITH HAWKINS³⁴³, tomando 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.

ROBERT E. GOODIN³⁴⁴ 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 que aqueles cujas decisões não estão sujeitas à revisão, pode-se dizer que detêm “*ultimate discretion*”. O 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*”.

MICHAEL K. BROWN³⁴⁵ exprime-se quanto a dois outros tipos de decisões discricionais, a processual e a material (*procedural and substantive*). As decisões processuais são aquelas que estruturam o contexto administrativo

³⁴³ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

³⁴⁴ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 234 e 235.

³⁴⁵ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 25.

da discricionariedade. Incluem-se as decisões para criar unidades de especialização para implementação de programas, as formulações de normas e procedimentos para guiar a discricionariedade 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.

Nesse mesmo sentido, AITOR ORENA DOMÍNGUEZ³⁶⁶ trata de uma discricionariedade 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”*, e SALVATORE PIRAINO³⁶⁷ distingue a discricionariedade do procedimento da discricionariedade 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 e 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”*.

À vista de tais classificações e antecipando-se ao que se comentará adiante, pode-se dizer que a discricionariedade 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

³⁶⁶ ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. *Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006, p. 38.

³⁶⁷ PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 154.

vaga e as opções são implícitas. Com relação à classificação de provisional ou última, pode-se afirmar que tanto a discricionariedade como a apreciatividade estão sujeitas à revisão, mas é certo que a discricionariedade, 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 discricionariedade, o que existe é apreciatividade, a não ser que a própria norma, de maneira expressa, possibilite que, previamente à decisão final, preveja a possibilidade de alternativas para o Administrador ao decidir discricionariamente³⁴⁸.

Importa, pois, mencionar que, por não ser a discricionariedade 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.

2.2.4 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 MORÓN³⁴⁹, 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 VELA³⁵⁰, 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

³⁴⁸ Tratar-se-á de cada um desses pontos ao longo do capítulo III.

³⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 121-131.

³⁵⁰ CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 258 e ss.

discricionariiedade convencional. Por fim, para não se estender muito, vale a pena indicar MARIO SINOPOLI³⁵¹, 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 discricionariiedade. A discricionariiedade sem um adjetivo indica conceitos similares. Assim, a utilização do substantivo discricionariiedade apresenta a necessidade de referir-se a algo específico e deve ir acompanhada de um adjetivo³⁵². Sobre tal problemática, HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER³⁵³ afirmam que: “*dada a abertura e a polissemia do conceito de discricionariiedade, não existe um tipo único de discricionariiedade. Pelo contrário, existem diferentes formas de discricionariiedade, que exigem um tratamento diferenciado*”.

É verdadeiro que sem um adjetivo a discricionariiedade 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 indicam ser tais supostos ou modalidades especiais daquelas, ou seja, da discricionariiedade, sendo, como mencionado, qualificadores que limitam e especificam o âmbito no qual a discricionariiedade vem a ser aplicada, facilitando a visualização do espaço em que a discricionariiedade está sendo empregada. Assim, a utilização de qualquer adjetivo apenas concede qualidade, característica ou origem a um substantivo, que, neste caso, é a discricionariiedade, mas isso não muda a concepção do substantivo.

³⁵¹ SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali. Milano: Giuffrè, 1981, p. 69.

³⁵² Ibidem, p. 69.

³⁵³ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 463.

2.3 Elementos essenciais da definição da discricionariedade

Analisar os elementos da discricionariedade não é de maneira alguma uma questão supérflua, já que os mesmos facilitam a compreensão do leitor. Inclusive elementos como o fato de que a discricionariedade deriva da norma jurídica, que é evidente, tendo em conta o princípio da legalidade e o dever de atenção aos interesses públicos, que está onipresente em todas as funções administrativas, são importantes para que ao leitor não lhe pareça que a Administração não tem também de observá-lo quando atua com discricionariedade.

RENATO ALESSI³⁵⁴, 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 Administração³⁵⁵. JOHN BELL³⁵⁶ 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. GALLIGAN³⁵⁷, 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

³⁵⁴ ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona: Bosch, 1970, p. 188.

³⁵⁵ 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 Administrativo. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1993, v.2, Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa, p. 30.

³⁵⁶ BELL, John. Discretionary decision-making: a jurisprudential view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 92.

³⁵⁷ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 21 e 22.

general standard and the particular case". Por fim, MANUEL SEGURA ORTEGA³⁵⁸ 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 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.

³⁵⁸ ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 21 e 22.

Outros, como GEORGE FLETCHER³⁵⁹, identificam quatro sentidos nos quais se pode utilizar o conceito discricionariedade: como desejo, como autoridade diretiva, como elemento da pessoa e como poder. BERNADO DINIZ DE AYALA³⁶⁰ também trata de quatro elementos essenciais na noção de discricionariedade: “1) *abstracto 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 CROTHERS³⁶¹. 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 or what*

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 107.

³⁶¹ 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.

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".

Percebe-se, com todo o exposto, que definir discricionariedade administrativa não é tarefa fácil, uma vez que possui diversos aspectos inter-relacionados. No entanto, da concepção³⁶² inicialmente exposta, podem ser extraídos três elementos essenciais – próprios do instituto –: *subjetivo*, somente a Administração Pública detém esse tipo de discricionariedade; *formal*, derivado unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente às ações deônticas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se pode identificar em ações não deônticas; e *volitivo*, pois envolve a liberdade de atuação ou não entre determinações oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente. Além desses elementos essenciais, há outro, onipresente na Administração Pública, que é o elemento *objetivo*, que envolve o dever de atenção aos interesses públicos (legalidade, legitimidade e licitude).

Passa-se, então, a analisar os elementos da definição da discricionariedade administrativa.

³⁶² Quando se define, devem-se fixar os traços essenciais do objeto definido para que se possa distingui-lo de outros objetos. Já conceituar é distinguir o objeto de outros ou de, pelo menos, estar apto a refletir sobre o objeto. Vide: LACEY, A. R. Concept. In: Dictionary of philosophy. London, New Cork: Routledge, 1991, p. 38-39.

2.3.1 Margem de liberdade/autonomia/volição

Discrecionalidade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo, atuar, definir a conduta mais percuciente 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 jurídicas³⁶³. Como assinalado, é o espaço de autonomia conferido para as ações administrativas deonticas³⁶⁴.

³⁶³ 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 discrecionalidade é a possibilidade de eleição entre decisões de conteúdos diferentes. A principal característica da discrecionalidade 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 determinada (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 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 decisonal 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.

ALEJANDRO NIETO³⁶⁵ 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 de³⁶⁶ “*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 DAVIS³⁶⁷, 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.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA³⁶⁸ 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*. Tal juízo seria, segundo o autor, um juízo de previsão, de estimativa relativa à

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.

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ 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.

³⁶⁷ Idem. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 221.

³⁶⁷ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 4.

³⁶⁸ CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 471-475.

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 técnicos³⁶⁹. Todavia, aqui, urge discrepar do citado autor com relação ao juízo de *prógnosis*. Parece que o autor se refere à discricionariedade potencial. Afinal de contas, apenas esta será ponderada dentro dos limites traçados pela lei. Entende-se que o raciocínio de *prógnosis* deve ser utilizado pelo administrador público como um elemento limitador da discricionariedade potencial, não se confundindo como um elemento da discricionariedade. Por exemplo, no caso de que o agente pondere a periculosidade de sua futura conduta, essa conduta já não estará mais dentro do leque de alternativas ou opções válidas, pois não pode o administrador colocar o particular em perigo, tendo em vista uma série de princípios que não cabe agora citar.

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 fático³⁷⁰, pela

³⁶⁹ Segundo BERNADO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 153), a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados se derivam de uma fonte normativa e suas decisões aparecem consubstanciais em um juízo de prognosis. Afirma o autor (ibidem, p. 51): “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”.

³⁷⁰ Miguel Sánches 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 [...]

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*”³⁰¹. Dessa forma, a discricionariedade é imprescindível para o eficaz desenvolvimento da Administração Pública, sobretudo, para o atendimento ao interesse público em cada momento que seja necessário³⁰². Em terceiro lugar, porque não quer ou

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 Sánches. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 13).

³⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67 e 68.

Hans Kelsen já afirmava que, conquanto 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).

³⁰² 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 discricção, 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 e 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 discrecionalidad 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*

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, discricionariedade 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 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 normatização³⁷³. 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 discricionárias. 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 cotidiano³⁷⁴.

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”.

³⁷³ GONZÁLEZ, GARCÍA, Julio Victor. El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 71.

³⁷⁴ KEITH HAWKINS (HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12) sublinha que há

Mais adiante, observar-se-á que a norma jurídica pode ser uma norma-regra ou uma norma-princípio. Sendo assim, três são os modelos de regulação existentes: a regulação por princípios, em que um regime é estabelecido apenas com base nas normas de princípio mais relevante no caso, adaptadas ou não à matéria; a regulação por regras, que o regime compreende efeitos antecedidos de previsão definidora do gênero de situação; e regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, aproveitando as normas-princípio para colmatar as possíveis insuficiências derivadas das regras estabelecidas³⁷⁵.

CARL E. SCHNEIDER³⁷⁶ 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. 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 para o interesse público, possibilitando a aplicação da finalidade da norma³⁷⁷. Para o autor³⁷⁸:

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*”.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104 e ss.

³⁷⁶ SCHNEIDER, Carl E. *Discretion and rules: a lawyer’s view*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 61.

³⁷⁷ 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

“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 conduces 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-regra, coloca³⁷⁹ que as normas podem contribuir à legitimidade das decisões. O legislador pode, nos casos de normas-regra, oferecer uma decisão melhor que a decisão feita pelo agente público. As normas-regra 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, as regras servem para planificar as funções melhor que a discricionariedade e, sendo as regras uma maneira de institucionalizar experiências, podem ser mais eficientes que a discricionariedade. CARL E. SCHNEIDER aduz³⁸⁰: *“cannot safely be assumed that rules will be superior to discretion, or even that all the advantages of rules 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 UVILLER³⁸¹ 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 que³⁸²:

atinente à norma apropriada e, em consequência, passa a responsabilidade aos indivíduos que devem tomar a decisão.

³⁷⁹ Ibidem, p. 67.

³⁷⁹ Ibidem, p. 68-78.

³⁸⁰ SCHNEIDER, Carl E. Op. cit., p. 79.

³⁸¹ 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.

³⁸² Ibidem, p. 32.

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.

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 necessário³⁸³.

³⁸³ 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 sorts 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*

Com relação à última ideia, CARLO MARZUOLI³⁸⁴ estabelece que “*la percezione delle vicende della discrezionalità dipende anche dall’immagine che si ha dell’amministrazione: se l’amministrazione è percepita come “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*”.

Por fim, JOEL F. HANDLER³⁸⁵, 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*”³⁸⁶. O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo

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 qual 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 than 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*”.

³⁸⁴ MARZUOLI, Carlo. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*. In: PARISIO, Vera. Potere discrezionale e controllo giudiziario. Milano: Giuffrè, 1998, p. 71.

³⁸⁵ HANDLER, Joel F. The conditions of discretion: autonomy, community, bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986, p. 159.

³⁸⁶ 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*”.

entre a necessária discricionariedade e o império do Direito³⁸⁷. Um excesso de discricionariedade leva a uma reação legalista e à inversa; um excesso de normas-regra 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 equilíbrio³⁸⁸.

2.3.1.1 Margem parcial ou relativa

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 habilitante³⁸⁹; depois, por meio dos fatos determinantes da decisão, pois toda discricionariedade se apoia numa realidade de fato, que constitui o

³⁸⁷ Sobre diferentes argumentos em respeito à discricionariedade e legalidade, vide: JOWELL, Jeffrey Lionel. *Law and bureaucracy: administrative discretion and the limits of legalization legal action*. New York: Kennikat Press, 1975.

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ Já se tratou do assunto no capítulo I, 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 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*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 488-491).

pressuposto fático da norma habilitante³⁰⁰. 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 aos resultados. 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

³⁰⁰ 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 fáctico en contemplación del cual la Ley ha otorgado el poder*” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad. In: MELGAS, Alfredo Montoya. Enciclopedia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995, p. 2519).

discricionariedade. Trata-se de um artifício da legislação para que se alcance a boa administração.

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 discricionariedade, primeiro, do legislador que formulou a norma vinculada, segundo, do agente público que vai praticá-la, pois é fisicamente impossível determinar, por exemplo, o exato momento, local e modo de fazer. 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 ao interesse público (legalidade, legitimidade e licitude) com a existência de certas margens de liberdades reconhecidas ao agente público no seu cumprimento.

Como se afirma na introdução, a discricionariedade “*ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho administrativo*”³⁹¹. 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.

³⁹¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad y jurisdicción revisora. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul-sep, 1974, p. 285.

2.3.2 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 judicial. No entanto, a discricionariedade estudada no trabalho, como exposto na introdução, 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, somente a Administração Pública é possuidora da discricionariedade administrativa³⁹².

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 perspectiva³⁹³.

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

³⁹² 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.

³⁹³ 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*”.

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 Administração⁹⁸⁴.

2.3.3 Dever de atender aos interesses públicos

O poder tem a vocação de servir a determinado interesse. Como se mencionou, poder é a faculdade de transformar determinada vontade em atos desejados. Como cada homem possui sua vontade individual – logo, um poder individual – este tenta impô-la aos demais, o que ocasiona conflitos, motivo pelo qual se transferiu o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante, o qual, em nome da vontade de todos, zele pela boa marcha da sociedade, alcançando harmonia e bem-estar geral, o que se designa como interesse público⁹⁸⁵.

A legalidade, legitimidade e licitude convergem, necessariamente, para alcançar o interesse público, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo do interesse público de uma determinada sociedade, já que

⁹⁸⁴ 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 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 discricionário*”.

⁹⁸⁵ 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. 407 e 408) defende que o conceito de “*interés público*” apenas é considerado um conceito jurídico indeterminado quando é empregado no enunciado normativo, além de afirmar que muitas vezes contêm também uma “*cópula*”, ou melhor, um operador deôntico discricional. Mais adiante se voltará sobre esse ponto.

tais ordens representam disposições estáveis do poder na sociedade³⁹⁶. A legalidade, inicialmente, expressa como a vinculação do administrador, em todas as atividades, aos mandamentos da Constituição, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público, hoje, é entendida como a possibilidade de ele somente realizar o que lhe é permitido fazer em conformidade com o ordenamento jurídico em geral³⁹⁷.

A legitimidade plena e, por conseguinte, a plena realização da democracia contemporânea, isto é, da democracia material, caracterizada pelos valores consensualmente aceitos pela sociedade, é hoje mais que a mera eleição dos representantes (legitimidade originária) ou a eleição do programa de governo (legitimidade finalística ou teleológica). Agora, abre-se espaço político às pessoas físicas e jurídicas para que possam fazer eleições orientadoras e vinculantes, auxiliando a corrente fiscalização do desempenho dos representantes³⁹⁸.

³⁹⁶ No plano do direito político, o reconhecimento desses três institutos derivados da legalidade ampla correspondem a três etapas da juridização do Estado: primeiro, o Estado de Direito, que vem a ser o Estado submisso à legalidade; depois o Estado Democrático que é o Estado submisso à legitimidade; e, finalmente, o Estado de Justiça, *in fieri*, que é o Estado submisso à moralidade. É a complementariedade desses três institutos o que levará à construção do conceito de Estado de Justiça Democrático de Direito. Sobre o tema, vide: WEBER, Max. On law, economy and Society. New York: Simon and Schuster, 1954, sección 6, p. 5; BOBBIO, Norberto. Sur le principe de légitimité. Droits. Rev. Franç. de théorie, Paris, n. 32, p. 147-155, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7 e 8.

³⁹⁷ MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH (KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973, p. 42), ao tratar do princípio da legalidade, afirmam que: *“The person exercising government authority is obliged always to act in complete conformity with the rules. He is a wheel in the machine; he may never be its ghost. This view of the legal official’s role responds to considerations of fairness and protection against the abuse of power. By eliminating the effects of personal inclination in official decision making, it enhances equal treatment for all. And by requiring conformity with stated rules, it enables the governed to plan their conduct in accordance with predictable outcomes”*.

³⁹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto sinaliza que a legitimidade pode ser dividida em dois grandes grupos. A legitimidade material (pactual, moral e pragmática) e a legitimidade formal (processual e eleitoral).

A legitimidade material se caracteriza pela existência de uma harmonização de fundo quanto às propostas de poder em questão em determinado grupo. Poderá ser pactual, moral e pragmática.

A legitimidade pactual resulta da concordância expressa, explícita ou tacitamente, do grupo social com as propostas de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle).

A legitimidade moral é menos ampla que a consensual, pois resulta apenas de uma suficiente coincidência de valores no grupo social relativamente às propostas de poder em questão. Essa coincidência pode se limitar tanto a plano dos valores instrumentais quanto ao plano de valores finalísticos, assumindo, por tanto, imensa variedade tipológica consoante o valor ou valores tomados como suficientes para a aceitação de uma proposta de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle).

A legitimidade pragmática é a que reduz o consenso do grupo a um exercício de avaliação de resultados (futuros, correntes e pretéritos) em relação às propostas de poder. Essa avaliação do grupo se concentra sobre a eficiência que poderá ser lograda (futuro), que está sendo obtida (presente) ou que foi realizada (passado) com uma decisão a respeito de qualquer proposta de poder. Dessa característica decorre que essa modalidade é também designada de legitimidade pela eficiência. Poderá ela, apresentar-se conforme a referência temporal como: legitimidade originária (em referência ao título para o exercício do poder, ou seja, o agente público o será por algum título, este nas democracias se justifica por um consenso explícito ou implícito), a legitimidade corrente (em relação ao próprio exercício do poder, pelo desempenho, logo tem a duração do ato de investidura, visto que, logo que o detentor do poder passa a tomar decisões, passa a ser necessário confrontar seu desempenho com as expectativas dos governantes, ou seja, é uma legitimidade aferível a cada momento em que dure a detenção do poder, logo é a modalidade em que há de haver a confirmação material de que nas realizações concretas dos governos eleitos, as presunções formais que precederam a investidura política, o que, ao final, revela-se no consenso popular contemporâneo sobre o resultado do emprego do poder, realmente foi cumprida, daí a vantagem da democracia sobre os demais regimes) e a legitimidade finalística ou teleológica (em relação ao resultado do exercício do poder, ou seja, quando haver a confrontação entre o que deveria realizar, a partir de sua proposta, e o que de feito realizou).

A legitimidade formal é o meio que cristaliza o consenso sobre um determinado ritual ou procedimento, com desistência de fazê-lo quanto ao conteúdo da proposta de poder que poderá dele resultar, dando, portanto, como suficiente, o atingimento do consenso sobre os instrumentos a serem empregados. Poderá ser processual e eleitoral.

A legitimidade processual é a obtida pela realização de atos ou de sequência de atos geralmente públicos ou semipúblicos, que são tidos pelo grupo como o suficiente consenso validatório das decisões que deles resulta quanto as propostas de poder que neles se contenham.

A legitimidade eleitoral é uma variedade da anterior, que se destaca pela sofisticação e especialização dos procedimentos, de modo que por meio dela, pessoas ou grupos de pessoas poderão expressar específicas escolhas quanto as propostas de poder, notadamente quanto as pretensões de acesso (escolha de pessoas), podendo ser teoricamente estendido a qualquer

A licitude vinculadora da moralidade administrativa passou a servir não apenas como fundamento autônomo para a anulação do ato administrativo, mas passou a admitir a utilização do conceito de improbidade administrativa, como espécie de imoralidade administrativa legalmente qualificada, como um *standard* comportamental a ser observado pelo agente responsável pela gestão ante os riscos a que está sujeita. Decorre daí a exigência de correto manejo dos recursos, cuidado, moderação, para que se evitem as situações de risco previsíveis, que possam comprometer o interesse público. Nesse aspecto, nenhum risco pode ser ignorado ou negligenciado pelo gestor público, que deve esforçar-se para executar uma gestão sem riscos.

Esses três parâmetros fazem com que o Estado se subordine ao interesse público. A busca do interesse público é de difícil conceituação, dada a sua fluidez e temporalidade. Por isso, a Administração desfruta de margem de livre decisão quanto ao *modus faciendi*, o que justifica recentes transformações na Administração, buscando-se hoje uma administração de resultados³⁹⁹. Apesar do interesse público já ter gravitado sobre diversas

outra proposta de poder (escolha de decisões) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92-94).

³⁹⁹ Atua a ideia da Administração de resultados como justificativa legitimadora da inaplicabilidade do princípio da legalidade administrativa. Os critérios fundamentais para aferir do bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à *eficácia* e à *eficiência* e não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas. Diz-se que a Administração deve produzir resultados, independentemente do cumprimento formal da lei; nesta visão, *gestionária* ou *gerencial*, a obtenção de resultados – em concreto, a satisfação final da população – constitui o elemento fundante do aparelho administrativo. PEDRO GONÇALVES (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. MIRANDA, Jorge (coord.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006) sustenta que atualmente procura-se articular legalidade e eficiência. Refere-se o autor ao que chama de “*legalidade do resultado*”. Afirma que, mesmo ainda existindo um certo compromisso com a legalidade, há uma significativa diminuição da intensidade legislativa e a passagem para um modelo de “*normatividade principialista*”, propendendo a substituição de um “*Direito de regras*” por um “*Direito de princípios*”. Para esse autor, no futuro, a lei se vai limitar a definir os objetivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados. Sobre a Administração de resultados e a articulação entre legalidade e eficiência, vide: IANNOTTA, Lucio. *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*. Diritto processual amministrativo. Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005, p. 1 e

órbitas⁴⁰⁰, entende-se que o mesmo não é o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos⁴⁰¹. Esses devem buscar por si mesmo seus interesses, em caso contrário, ter-se-á, de um lado, um Estado paternalista e poderoso; e de outro, uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada.

Como se disse, o homem, muito pelo fato de ser um animal gregário, em sua evolução, percebeu que alguns interesses individuais poderiam ser melhor atendidos caso se conjugasse os esforços de um grupo. Ademais, foi isso que determinou a junção e cooperação entre os homens, criando uma sociedade organizada.

Como ressaltado, a expressão interesse público possui sentido amplo, em que são espécies: o interesse geral, o afeto a toda a sociedade; o interesse coletivo, que diz respeito a um grupo de pessoas determinado ou determinável; e o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizado pela indeterminação e indivisibilidade. Por este e outros motivos é mais adequado falar de interesses públicos no plural. Na vida em sociedade organizada, surge o conceito de interesse público que importa, pois nela brotam necessidades coletivas – que agrupam interesses gerais, coletivos e difusos – que a sociedade remete ao Estado para que as satisfaça por meio de ações públicas juridicamente embasadas, ou por meio de ações jurídicas politicamente fundadas⁴⁰².

seguintes; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003, especialmente p. 255 e ss.

⁴⁰⁰ Inicialmente se confundia o interesse do rei com o interesse público. Passou-se, então, por um positivismo jurídico que continha, nas legislações ordinárias, sua definição e atualmente com o pós-positivismo, tem-se deslocado para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-los.

⁴⁰¹ A ideia de que o que beneficia a todos deve prevalecer sobre o que beneficia a alguns deriva da concepção de bem comum (*bonum commune, felicitas communis, bonum totius*) que ALFRED VERDROSS (VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México D. F.: UNAM, 1962, p. 389) a define como: “conjunto de los bienes obtenidos por la acción conjunta de los hombres, indispensable para que cada persona pueda configurar su vida en armonía con la dignidad humana”.

⁴⁰² JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 415) resalta que o conceito de interesses públicos está caracterizado como “un concepto standard, móvil, un concepto válvula, contingente y que varía en relación con el momento, el lugar y las circunstancias de hecho de toda índole. Interés público existe en un momento determinado y puede no existir en otro”. Há de se ter cuidado com o fato de que o motivo

Assim, entende MARCELO REBELO DE MATOS SOUSA⁴⁰³:

A Administração e o direito administrativo só podem compreender-se com recurso à idéia de interesse público. O interesse público é o norte da Administração Pública; [...]. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos a prosseguir, aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades coletivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos coletivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰⁴, por sua vez, dita:

La administración es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales [...].

En otras palabras, la Administración es una organización destinada al servicio de la sociedad,

“*interés público*” possa vir a ser usado como justificação de qualquer ação do Estado, como se ele justificasse tudo.

⁴⁰³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Direito Administrativo Geral. 2. ed. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I, p. 201.

⁴⁰⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 99.

del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos (de manera directa o indirecta) por los ciudadanos; órganos que tienen una indiscutible legitimidad democrática y que dirigen políticamente las diferentes instancias administrativas territoriales y adoptan las decisiones administrativas más importantes.

[...]

Estos caracteres son precisamente los que [...] legitiman la atribución a la Administración de un conjunto de poderes, facultades y prerrogativas de derecho público, empezando por la presunción de legalidad de sus actuaciones y la consiguiente ejecutividad de sus decisiones. Tales atribuciones jurídicas no constituyen, pues, una anomalía (o un “privilegio”, como suele decirse tan impropriamente) que haya reducir al mínimo, sino que son los instrumentos necesarios para que la Administración pueda desempeñar la función que tiene constitucionalmente encomendada, al servicio de la colectividad.

Há, portanto, uma interseção da ordem juspolítico-moral (legalidade, legitimidade e licitude), que é o interesse público geral, no entanto tais interesses apenas vincular-se-ão diretamente à Administração quando sejam definidos pela Constituição, sendo objeto de concretização pelas normas jurídicas⁴⁰⁵. A obediência a esses interesses é uma obrigação que a

⁴⁰⁵ 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 os interesses públicos são incluídos no conceito de discricionariedade, isso significa “*aquilo que a autoridade considera ser o interesse público é no sentido jurídico efectivamente o interesse público*”.

Administração tem o dever de cumprir. É uma carga que jamais poderá deixar de lado ao realizar qualquer atuação⁶⁶.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE⁶⁷ sustenta que os interesses públicos são interesses que, sendo coletivos, pertencem a um grupo indistinto e não se identificam com os interesses próprios de eventuais membros. O autor destaca que os interesses públicos são valores que justificam e dão fundamento à atividade da Administração Pública, adaptando os fins às tarefas que lhe cabe realizar na divisão constitucional dos poderes. Assevera que os interesses públicos dependem da matriz política de cada governo. Na mesma linha de pensamento, ensina⁶⁸:

[...] um interesse de grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido

⁶⁶ SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 44 e 45): “*la discrezionalità indica un’attività finalizzata, riflettendo la subordinazione dell’azione ad un fine, che, potrà essere generico o specifico, o potrà variamente determinarsi, rappresenta il termine dell’azione, che ad esso si indirizza perché da esso praticamente determinata nel suo divenire, pur nella libertà di apprezzamento in ordine all’individuazione e valutazione delle esigenze dell’azione.*”

[...]

Funzione e discrezionalità sono i termini di una equazione, che rivela la dipendenza di causalità che lega i fenomeni dell’azione e del fine, in un rapporto in cui il fine si prospetta nella consapevolezza, come tale, che esiga attuazione. Sicché, l’azione non può essere libera più di quel tanto che necessiti per determinare l’effetto (l’attuazione del fine), cui si rivolge secondo criteri esplicitamente o implicitamente stabiliti da una fonte normativa, in relazione all’interesse specifico, in vario modo configurabile, che vale a caratterizzare le diverse maniere dell’azione.

La considerazione che la discrezionalità, nel suo più compiuto atteggiarsi, riguardi la determinazione dell’interesse specifico, oltre che la scelta del mezzo per attuarlo concretamente, si ritiene debba più propriamente intendersi nel senso che la discrezionalità, nell’ambito delle finalità che caratterizzano la funzione, riguarda la identificazione, nella fattispecie reale, della specifica fisionomia dell’interesse primario, che è l’interesse tipico della funzione. Tale identificazione normalmente comporta un apprezzamento di altri interessi confluenti (i cosiddetti interessi secondari), consentendo, la ponderazione comparativa dell’interesse primario con detti interessi, di delineare la concreta specifica configurazione dello scopo da porre a base dell’azione”.

⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: FERNANDES, José Pedro (dir.) Dicionário jurídico da Administração Pública. 2. ed. Lisboa: [s.n.], 1993, v. V, p. 275.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 276.

ou qualificado por uma autoridade dotada de poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de caráter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma coletividade.

[...]

é essa escolha política, normalmente político-normativa, que obriga e habilita a Administração Pública a desenvolver suas actividades nas diversas áreas da vida social, tendo como finalidade a pacificação das necessidades coletivas eleitas e como tarefa a gestão dos meios institucionais, humanos e materiais adequados à prossecução desse objetivo.

Como intersecção da ordem juspolítico-moral (legalidade, legitimidade e licitude), que é o interesse público geral, aquele que é convergido por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceites e por uma moral/ética – uma vez que um determinado objetivo unifica essas três estabilizações do poder – ter-se-á um interesse público que não se confunde com o somatório de interesses individuais de cada cidadão e de seus grupos, mas brota das diferentes necessidades coletivas surgidas no contexto de uma sociedade que decidiu se unir para viver em conjunto⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ MASSIMO SEVERO GIANNINI (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. II, p. 182) assinala que, dentro desses interesses públicos gerais, existem interesses primários e secundários: “Non vi sono norme scritte che fissino criteri generale di scelta; vige però il principio de la recessività dell’interesse primario [...] Esso significa che se gli interessi secondari sono in fatti prevalente rispetto all’interesse primario, questo recede, in tutto o in parte. Detto in modo più disteso, la ponderazione degli interessi può portare a giudizi valutativi di almeno tre tipi: 1) l’interesse primario è ritenuto meritevole di tutela, e gli interessi secondari o sono neutri rispetto ad esso o ad dirittura rafforzano le ragioni di tutela di esso: l’interesse primario è così dominante, e la scelta va orientata nel senso dell’adozione del provvedimento, 2) gli interessi secondari, o tutti o alcuni solo di essi, risultano invece più meritevoli di tutela dell’interesse primario: questo è recessivo, e la scelta va orientata nel senso del provvedimento negativo; 3) l’interesse primario risulta meritevole di tutela, ma anche taluni interessi secondari risultano tali; vi è una parziale recessività dell’interesse primario, e la scelta va orientata nel senso che il provvedimento va adottato, ma con clausole speciali, limitative o ampliative, per tutelare

Essa interseção da ordem juspolítico-moral, aqui denominada de interesse público geral, possui em si outros interesses públicos, agora, específicos, definidos pela Constituição e objetos de concretização pela norma jurídica e, no marco das mesmas, por órgãos governamentais democraticamente elegidos⁴⁰⁰. Esses interesses públicos específicos apenas vinculam-se diretamente à Administração Pública. Deve esta, portanto, respeitá-los, afinal, esse é o seu norte, sua razão de ser e o que a justifica e dá fundamento à atividade administrativa. Sem embargo, parece que, na atualidade, o espaço existente dentro do interesse público geral, mas fora do específico, também, vincula a Administração, porém de forma indireta⁴⁰¹.

anche gli interessi secondari; in questa terza evenienza, che è la più frequente, si addivene perciò ad una composizione degli interessi acquisiti al procedimento”.

SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 80 e 81): “*La oggettivazione degli interessi cui si rivolge la funzione amministrativa, nel circoscrivere l’azione amministrativa alla realizzazione dei fini predeterminati dalle leggi e secondo i criteri pure prefissati nelle loro linee essenziali, conduce ad identificare l’interesse al quale provvede l’azione della pubblica amministrazione con l’interesse che ha spinto lo Stato a dettare le norme di legge, e che lo induce a rigenerare il precetto in esse contenuto ogni qual volta l’esigenza di soddisfacimento di tale interesse si riproponga nell’ambito di rapporti concreti e determinati, in funzione del quale occorre risolvere la composizione del conflitto di interessi particolari. In proposito, l’azione amministrativa, più che configurarsi come diretta alla cura concreta di interessi pubblici specifici, va considerata come destinata alla cura concreta di un interesse pubblico primario stabilito dalla norma, il quale si specifica nell’ambito di un rapporto determinato, nel senso che esso si manifesta e realizza nello svolgimento della realtà di un dato rapporto che vede contrapposti vari interessi secondari. La composizione di un conflitto fra l’interesse secondario della pubblica amministrazione e l’interesse secondario di un altro soggetto postula la formazione di un comando giuridico da parte della pubblica amministrazione, la quale si astragga dagli interessi particolari in conflitto, tendendo alla soddisfazione dell’interesse pubblico primario stabilito dalla norma di legge, alla cui disciplina sia riconducibile la singola fattispecie reale”.*

⁴⁰⁰ O submetimento aos interesses públicos pode surgir nas normas habilitantes da discricionarietà 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.

⁴⁰¹ EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 100) assinala: “*La actividad administrativa está, ciertamente, vinculada a la satisfacción de un interés ajeno, concretamente, del interés de la comunidad. Por ello, aun cuando la norma no establezca expresa ni tácitamente el fin*

É, portanto, necessário para saber quais são os interesses públicos, em uma democracia material, fundada em uma maior visibilidade das ações (transparência), para que se alcance maior participação dos cidadãos e para que os mesmos possam confirmar que estão sendo executadas a contento⁴².

Deve-se ressaltar, também, que, apesar de vaga e imprecisa, a noção de interesse público, assim como a noção de discricionariedade, quando se está diante de um caso concreto (caso *in concreto*) cria a possibilidade de concluir o que é o interesse público com mais facilidade⁴³. Nesse contexto,

específico al que responde la atribución de la potestad, siempre podrá afirmarse que aun así la actuación de la Administración está vinculada por un fin público: la satisfacción del interés general. Pero lo que haya de entenderse por interés público no está suficientemente objetivado. No existe unanimidad al respecto; por el contrario, la concepción que se mantenga en torno al interés público está ineludiblemente ligada a criterios políticos y de valor, aunque exista unanimidad en torno a un concepto mínimo del interés público. Por ello, cuando el criterio a aplicar para la determinación del fin presenta un carácter ideológico, el concepto de interés público no puede operar más que como un límite externo, como un factor que delimita la frontera externa del ámbito en el que las autoridades pueden elegir entre diversas alternativas, entre la adopción de diferentes fines. En la actualidad la Administración no se limita, pues, a una mera aplicación de la ley, sino que en muchos sectores realiza una labor creativa, configuradora, participando en la determinación de los fines del Estado”.

⁴² DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19) afirma que a pós-modernidade recolocou a pessoa como necessário protagonista da política e do Direito; e que o Estado, por sua vez, deve afirmar, garantir e promover os direitos humanos e a democracia substancial. Dessa maneira, entende o autor (ibidem, p. 28 e 29) que a ação administrativa, antes fundamentada na existência (realidade), validade (legitimidade) e na eficácia (produção de efeitos jurídicos pretendidos), não é suficiente para caracterizar a atividade administrativa do Estado pós-moderno. Nesse sentido, expõe quatro paradigmas, entre outros que poderiam ser citados, que pautam a ação administrativa além dos três mencionados: a legitimidade, a finalidade, a eficiência e o resultado. Para o autor, toda essa transformação deriva da luta contra a arbitrariedade e aduz: “Com efeito, a legitimidade da ação administrativa pública é, sem dúvida, a grande conquista ética desta era, orientando a finalidade cada vez mais funcionalizada do aparelho de Estado, o que obriga, em consequência, a eficiência dos procedimentos de gestão.

Mas, sem que o resultado da atividade administrativa seja alcançado, o que vem a ser a efetiva entrega do serviço ou do bem pela Administração Pública ao cidadão, o ciclo de eticidade e de praticidade não está fechado”.

⁴³ Por tal motivo que ROBERTO MARENGO (MARENGO, Roberto. La discrezionalità del giudice civile. Torino: G.Giappichelli, 1996, p. 19) distingue o interesse público abstrato do concreto: “distinguere tra l’interesse pubblico astratto (la cui definizione è rimessa al

vale mencionar o critério da finalidade administrativa que permite observar que os interesses públicos podem ser alcançados de três formas: pela promoção, pela realização e pela recuperação. A promoção do interesse público decorre da função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto, como manifestação de vontade primária da Administração Pública⁴⁴; a função de satisfação dos interesses públicos procede da função executiva das decisões abstratas ou concretamente tomadas; e a função de recuperação dos interesses públicos resulta da função judicante administrativa, em que se reaprecia a juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicantes de que caibam recursos.

A partir de um esforço de contextualização da análise, é pertinente assinalar que, com a evolução dos tempos, depois de muito sangue derramado, lutas por direitos e estudos com o fim de entender melhor a magia dos tempos, definiu-se que cabia aos políticos a arte de interpretar os interesses da sociedade e chegar a uma decisão capaz de satisfazê-los; ao

legislatore e dà luogo ad altrettanti distinti interessi pubblico astratti) e interesse pubblico concreto, che è il risultato di una definizione dell'autorità amministrativa.

Più feconda sembra – come accennato – la constatazione che non si può ricostruire una nozione unitaria d'interesse pubblico, ma ci si deve riferire ad “interessi pubblici”, definiti tali dalla legge, anche al fine di stabilire a chi l'interesse pubblico vada riferito”.

No mesmo sentido, FERNANDO SAINZ MORENO (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. 73) elege que: “*la noción de interés público, al incorporarse a un texto legal y al aplicarse a una situación concreta, sufre una mutación en su significado aumentando el grado de su determinación por influencia de esa norma y de su contexto*”.

⁴⁴ Vale aqui mencionar a chamada Teoria do Duplo Grau, que superou a problemática da compatibilização entre a definição do interesse público e do exercício da administração consensualizada, partindo da distinção entre categorias ou níveis de exercício do poder: a categoria primária e a secundária, cabendo à esfera do público, a decisão primária de poder que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a decisão secundária de poder perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar. Tal teoria hoje se aproxima do conceito de subsidiariedade, como bem menciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao elucidar que assim o é: “*uma vez que distingue o nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal primário e, por isso, absoluto, inegociável e inflexível, de dar-se a execução de um determinado interesse público concreto, situada no plano supra-ordinado das decisões vinculadas, do nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal secundário e, por isso, relativo, negociável e flexível, situado em plano subordinado das decisões discricionárias*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325).

Direito, cabia a arte de cristalizar em normas de observância geral e obrigatória as vivências sociais. Hodiernamente, procura-se conciliar esses aspectos, pois a busca do interesse público possibilitou o surgimento de uma organização política, submetida simultaneamente à lei – o Estado de Direito – ao interesse social prevalecente – o Estado Democrático – e à moral – o Estado de Justiça.

Conquanto o Estado de Justiça Democrático de Direito tenha resolvido a antinomia entre legalidade, legitimidade e licitude, esses padrões continuam a existir. O interesse público, legislado ou não, terá sempre a legitimidade e a licitude como padrão. Assim, a legitimidade e a licitude são sempre mais amplas que a legalidade, pois ao Direito é impossível definir legalmente todas as hipóteses de interesses públicos na lei. Essa limitação, no entanto, não confere às decisões políticas espaços livres de atuação; pelo contrário, mesmo na lacuna da lei, o agente público não terá liberdade em suas decisões porque estará vinculado a um resíduo de apreciabilidade em face dos interesses públicos, sendo certo que haverá sempre uma graduação da legitimidade e da licitude.

Desse modo, os interesses públicos específicos definidos pela Constituição e objetos de concretização pela lei vinculam diretamente a Administração Pública. Já a parte comum da ordem juspolítico-moral, denominada interesses públicos gerais, vincula-se indiretamente à Administração. Os interesses públicos não são, portanto, de livre decisão: o agente público deve sempre realizar um exame razoável e objetivo do que, no caso concreto, convém aos interesses públicos. Esse exame está submetido às regras da interpretação. Logo, em virtude a esse aspecto, o positivismo jurídico restringiu o conceito de interesses públicos, mas, com o avanço do neoconstitucionalismo, as Constituições pós-modernas deslocaram para a sede constitucional a dicção fundamental dos interesses públicos, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-los. Depreende-se daí que não cabe ao legislador restringir o elenco dos interesses públicos.

Com tal deslocamento, considerou-se o resultado como parte essencial do conceito de interesses públicos, ou seja, a eficiência e a realização da “*buona amministrazione*” passaram a ser essenciais. Os valores cívicos e democráticos hão de ser exigíveis a todos aqueles que exercem o

poder público. Por isso que JAIME RODRÍGUEZ-ARANA⁴¹⁵ entende que bom governo e boa administração de instituições públicas “*es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible*”.

Segundo GREGORIO RAFAEL DE ASÍS ROIG⁴¹⁶, a ideia de que os governantes devem estar sujeitos a um “*deber de buen gobierno*” vem de pensadores clássicos, como PLATÃO, SÓCRATES, ARISTÓTELES e CÍCERO os quais, com nuances diferentes, expressaram sua convicção de que os governantes deveriam procurar a felicidade de todos os governados, e não a de poucos. Desde então, a ideia de “*boa administração*” se mantém ao longo da história. Na atualidade, enfatiza-se que além de atuar de acordo com o ordenamento, deve a Administração atuar conforme as regras de boa administração⁴¹⁷. Todavia, mesmo existindo essa noção há séculos, seu significado ainda é pouco lapidado. JULI PONCE SOLÉ⁴¹⁸ define boa administração como “*el deber de la Administración de desarrollar su actividad de una determinada manera: adoptando todas las medias necesarias para comprobar los datos sobre los que vaya a basarse su decisión discrecional, permitiendo a los interesados exponer sus puntos de vista, tomando en consideración todos los elementos pertinentes al caso y ponderando todos los intereses implicados, sin soslayar argumentos ni constataciones fácticas relativas al supuesto concreto*”. Opera como uma regra orientativa da ação administrativa, com o fim de conseguir a melhor decisão possível – a mais oportuna e conveniente aos interesses públicos. Esse dever de boa administração (*arbitrium boni administrationis*) é um dever de

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. Revista de estudios locales CUNAL, Madrid, n. 100, Año 4, p. 39-47, mar, 2007.

⁴¹⁶ RAFAEL DE ASÍS ROIG, Gregorio. Deberes y obligaciones en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 269 e ss.

⁴¹⁷ POSADA HERRERA, José. Lecciones de Administración. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, V. I, p. 52; HAURIOU, Maurice e HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933.

⁴¹⁸ 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. 146.

fazer consistente em um mandato de atuação em forma racional, objetiva, coordenada, eficaz, eficiente e econômica em seu serviço aos interesses públicos⁴¹⁹.

Deve o aparato público deixar de ser um fim em si mesmo para recuperar sua consciência de instituição de serviço à comunidade, que ocorrerá somente quando a Administração passar a: promover os interesses públicos, buscar o resultado positivo de suas ações e ajustar a sua atuação a uma série de parâmetros e características previamente concreta e determinada. Apenas assim o direito a um bom governo e a uma boa Administração Pública será algo razoável e adequado. Boa administração, portanto, significa conduzir e manejar uma sucessão de critérios mínimos previamente estabelecidos⁴²⁰.

⁴¹⁹ Antagônico da boa administração é o conceito de “*má administração*” – que delimita os poderes do defensor do povo (*Ombudsman*) em diferentes ordenamentos jurídicos (britânico e comunitário, por exemplo), o qual apenas atuará onde esta exista. Originário do “*informe Whyatt*”, a má administração cobria supostos exemplificativos como a falta de objetividade, negligência, falta de atenção, atraso, incompetência, inaptidão, perversidade, infâmia ou arbitrariedade, conhecidos como “*catálogo de CROSSMAN*”. Para uma lista atualizada, vide: Select Committee on the Parliamentary Commissioner for Administration Session 1994-95 First Report HC 112 December 1994 (Report on Maladministration and Redress).

Esse conceito de má administração também se encontrava reconhecido no Tratado CEE, no art. 195.1, cuja redação foi introduzida pelo Tratado da União Europeia, artigo que introduzia a figura do Defensor do Povo no ordenamento comunitário. Na atualidade, houve uma inversão para o conceito de boa administração, uma vez que se tentou introduzir esse conceito na Carta de Nice (art. 39) e, por iniciativa do *Ombudsman* europeu, configurou-se como direito passando a formar parte do TFUE (art. 125.1 e art. 128.1 e 2) referidos a campos determinados da Administração).

Vide: FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006; TOMÁS MALLÉN, Beatriz. El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004; 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; FALZONE, G. Il dovere di buona amministrazione. Milano: Giuffrè, 1953; entre muitos outros.

⁴²⁰ JUAREZ FREITAS (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20 e 21) afirma que a boa administração é um direito fundamental e que esse é um “*lídimo plexo de direitos encartados [...], ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos*”. Entre os conceitos listados pelo autor, há: “(a) O direito à administração pública transparente, que implica

Desse modo, a função administrativa e o dever de boa administração aparecem indissociavelmente unidos, sejam os mesmos desempenhados ou não pela própria Administração e que, em caso positivo, desenvolva-se mediante a organização e forma jurídica que seja. Isso se completa com a ideia de que a função administrativa, em certas ocasiões, deve ser desenvolvida por meio de um procedimento administrativo, como modo de garantia dos direitos e interesses dos privados e do cumprimento dos princípios de boa administração⁴¹. Trata-se do princípio da reserva de procedimento, ou seja, da necessidade de seguimento de um procedimento administrativo para a tomada de decisões administrativas.

Logo, a dogmática clássica – que tinha como características jurídicas a existência, a validade, a eficácia e a eficiência dos atos do Poder Público⁴² – demonstrou-se insuficiente para a adequação desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. Restava, porém, mais uma característica, a efetividade, definida como o atendimento satisfatório dos interesses públicos.

evitar a opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresenta justificável, e ainda assim não definitivamente, com especial ênfase às informações inteligíveis sobre a execução orçamentária;

(b) o direito à administração pública dialógica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitosa do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica o dever de motivação consistente e proporcional;

(c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica a discriminação negativa de qualquer natureza;

(d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não universalizáveis;

(e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem “absolutização” irrefletida das regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação legislativa;

(f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.

Tais direitos não excluem outros, pois se cuida de “standard mínimo”. Por certo, tais direitos precisam ser tutelados em bloco, no desiderato de que a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental”.

⁴¹ 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. 170, 173 e 174.

⁴² Para distinção entre eficiência e eficácia vide: VERGOTTINI, Giuseppe de. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 2006, p. 544.

E essa nova preocupação, além de disciplinar o processo de decisão, passou a orientar-se para o resultado do decidido. Vale acrescentar que a adição dessa quinta característica, a efetividade, destina-se a verificar se a ordem dos fatos expressa concretamente o que foi disposto na ordem jurídica.

Assim, é o agente público, a quem cabe aplicar a Constituição e as leis dela derivadas para promover os interesses públicos confiados ao Estado. A legitimidade e a licitude tanto poderão estar integralmente contidas na legalidade, cabendo-lhe praticar atos vinculados; como apenas parcialmente nela contidos, competindo-lhe praticar atos em que lhe cabe fazer opções legítimas e morais, alicerçadas abstrata ou concretamente.

Visto que ao constituinte lhe corresponde a positivação originária, sendo que sua percepção é de natureza política e moral (legitimidade e licitude), e ao legislador ordinário cabe produzir uma positivação derivada, cuja percepção é parte jurídica (legalidade)⁴³³, é função do agente público, por meio de atos administrativos, coação ou atividade técnica ou material, seu atendimento mediato, pois necessita dessa prefiguração abstrata para orientá-lo na satisfação de interesses públicos concretos.

Então, considerando as três características (legalidade, legitimidade e licitude), o poder estatal tem natureza juspolítico-moral, intimamente ligada à liberdade, já que a sociedade estabeleceu os limites de sua atuação. A concentração de poderes na esfera dos representantes, produzida e justificada pela destinação de atender os interesses públicos, exige que o Estado oriente seus atos no sentido da destinação social na concretização dos interesses públicos. No caso de sua atuação ou omissão apresentar-se contrária ou estranha a essa finalidade, estar-se-á diante de um abuso ou desvio de poder a ele confiado. Por isso, não se admite liberdade absoluta na ação do Estado.

Desse modo, pode-se inferir que 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 deste⁴³⁴, cuja capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse

⁴³³ Calcada naquilo que a Constituição já definiu como parte da política e moral (legitimidade e licitude), no campo de opções disponíveis, sendo o primeiro a expressão dos interesses públicos ou do bem comum, e o segundo aquilo que deve atenção imediatamente ao bem comum.

⁴³⁴ Para FERNANDO SAINZ MORENO (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. 63): “*el concepto de interés público*”

fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, exista a referência ao termo “liberdade” no exercício de suas funções juspolítico-morais⁴²⁵. 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 BERNATZIK⁴²⁶ muitos autores definiram a discricionariedade em relação aos interesses públicos. A mais conhecida definição, quiçá, seja a de MASSIMO SEVERO GIANNINI⁴²⁷, que afirma ser essa a valoração ou apreciação pela Administração do interesse público. Atualmente, esse mesmo autor⁴²⁸ 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 ordenamento⁴²⁹.

ANTONIO MOZO SEOANE⁴³⁰ escreve que “*el interés público es el componente máximo y el concepto legitimador de todo poder discrecional*” e

es un elemento esencial del ordenamiento jurídico. La satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. Apreciar lo que exige, conviene o perjudica al interés público y actuar en consecuencia, es la tarea fundamental de la Administración”.

⁴²⁵ Hoje, na sociedade organizada, a definição de interesses públicos específicos é feita pela maioria ou por unanimidade, é o que caracteriza o Estado Democrático; já o Estado de Direito caracteriza-se atualmente tanto pelas técnicas do consenso quanto pelas decisões definidoras dos interesses públicos, uma vez tomadas, cristalizando-se em normas de observância geral e obrigatórias. Logo, a norma jurídica deve ser a definição estável dos interesses públicos, por conseguinte, no Estado Democrático de Direito, os interesses públicos serão sempre vinculados. De outra forma, estar-se-ia negando ou a Democracia ou o Direito.

⁴²⁶ BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

⁴²⁷ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 72 e ss.

⁴²⁸ GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. II, p. 487.

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 297.

FERNANDO SAINZ MORENO⁴³¹ 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*”⁴³². ERNST FORSTHOFF⁴³³ 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 potencial⁴³⁴.

⁴³¹ SAINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 8, p. 63-93, enmar, 1976, p. 71 e 74.

⁴³² 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*”.

⁴³³ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 122 e 127.

⁴³⁴ 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

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³⁵ 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 moral⁴³⁶.

2.3.3.1 O dever discricional

Se a discricionariedade administrativa expressa a vontade de todos, entendendo-se que poder é a faculdade de transformar vontade em ações

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 e anche interesse pubblico per l’ordine giuridico, e cioè quell’interesse pubblico che costituisce oggetto dello scopo della norma da applicare*”.

⁴³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44-48.

⁴³⁶ Para esclarecer, vale citar aqui 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. 405), *in verbis*: “*en efecto, es cierto que para la existencia de discrecionalidad 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*”.

desejadas, pode-se intuir que a discricionariedade é manifestação de poder⁴³⁷. 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.

Foi FRIEDRICH TEZNER⁴³⁸ 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 carácter 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 exercita um poder em proveito de outrem e o exercita não porque, por acaso, queira ou não queira. Exercita-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 CORREIA⁴³⁹: “A natureza discricional 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 PIRAINO⁴⁴⁰ afirma que “*la discrezionalità è la peculiare espressione della funzionalizzazione del potere, indicando il*

⁴³⁷ O surgimento da expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão, como se pode observar no capítulo I, 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.

⁴³⁸ TEZNER, Friedrich. *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen, v. 5, p. 67, jan./dez, 1911.

⁴³⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 749 e 750.

⁴⁴⁰ PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 31 e 32.

marginale 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 discricção 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"⁴⁴¹.

A Administração Pública está sujeita ao dever de atingir a finalidade, qual seja: o interesse público⁴⁴². O poder seria, apenas, o instrumento para que se cumpra o dever – o "poder" discricionário seria o cumprimento do dever

⁴⁴¹ 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 esigere 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, comunque questo si atteggi, proprio perché essenzialmente essa sta a contraddistinguere la preordinazione dell'esercizio ad un dato fine".

⁴⁴² 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 concetto 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 predeterminado"*.

de alcançar o interesse público. ANTONIO MOZO SEOANE⁴⁴³ 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*”⁴⁴⁴. 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 licitude⁴⁴⁵.

ROBERTO MARENCO⁴⁴⁶ também trata de “*dovere discrezionale*”, além de mencionar o “*superamento della nozione di potere-dovere*”. No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴⁴⁷ 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

⁴⁴³ MOZO SEOANE, Antônio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 187.

⁴⁴⁴ Rita Tourinha (TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen 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*”.

⁴⁴⁵ Assim igualmente concebem LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, 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.

⁴⁴⁶ MARENCO, Roberto. La discrezionalità del giudice civile. Torino: G.Giappichelli, 1996, p. 68 e 69.

⁴⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

ROMANO⁴⁸⁸, é “*el deber no sea más que un aspecto del poder que caracterice a esté 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, incluso, 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 posto⁴⁸⁹. 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 revela⁴⁹⁰. 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.

⁴⁸⁸ ROMANO, Santi. Fragments de un diccionario jurídico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 113.

⁴⁸⁹ Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 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.

⁴⁹⁰ 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 Discricional 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 discricional; o que existe é poder discricional, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial desta expressão*” (LEAL, Víctor Nunes. Poder Discricional e Ação Arbitrária da Administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948).

2.3.4 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 ENTERRÍA⁴⁵¹, “*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 administrativa⁴⁵², que estabelece exigências normativas para a totalidade do exercício da função administrativa. A doutrina é praticamente unânime nesse aspecto. ANTONIO MOZO SEOANE⁴⁵³ define que “*la potestades discrecionales nacen para la Administración exclusivamente de la*

⁴⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 155.

⁴⁵² Afirma DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental 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.

⁴⁵³ 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.

norma jurídica, pero de cualquier norma jurídica en cuya ejecución o cumplimiento actúe". Unindo a discricionarietàade ao princípio da legalidade, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA⁴⁵⁴ referem que “*na medida em que hoje vigora o princípio do primado da lei em sentido positivo ou princípio da precedência da lei, a discricionarietàade tem de ser vista como uma competência concedida pelo legislador à Administração*”. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁴⁵⁵ entende que somente existe discricionarietàade 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*”.

Percebe-se, assim, que a discricionarietàade é uma delegação do legislador ao Executivo⁴⁵⁶, sendo apenas este o competente para executar sua vontade. Supõe uma renúncia à regulação completa e exaustiva da matéria. KARL ENGISCH⁴⁵⁷, por exemplo, é muito claro ao afirmar que a discricionarietàade 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 descobertos⁴⁵⁸. KEITH HAWKINS⁴⁵⁹ também sustenta que a discricionarietàade 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,*

⁴⁵⁴ DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionarietàade administrativa. *Scientia iuridica*. Braga, t. 48, n. 280-282, p. 371-286, jul./dez., 1999, p. 373.

⁴⁵⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 492.

⁴⁵⁶ 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.

⁴⁵⁷ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 220.

⁴⁵⁸ 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 discricionarietàade deveria se derivar de aspectos informais e não das normas.

⁴⁵⁹ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12 e 13.

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 CRAIG⁶⁰, 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 RODRÍGUEZ⁶¹ 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

⁶⁰ CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 6. ed. London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 502.

⁶¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, p. 64 e 68, respectivamente.

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 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 ORTEGA⁴⁶² 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 implícitamente – 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. KRELL⁴⁶³ 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*

⁴⁶² ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 50.

⁴⁶³ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan.-dez., 2004, p. 180.

concreto”. KEITH HAWKINS⁶⁴⁴ 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 PALASÍ⁶⁴⁵ 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 ponto, cita-se ROBERTO GALÁN VIOQUE⁶⁴⁶, 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 colegislador.

⁶⁴⁴ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 11.

⁶⁴⁵ VILLAR PALASÍ, José Luis. Apuntes de derecho administrativo: parte general. Madrid: Universidad a Distancia, 1974, p. 172.

⁶⁴⁶ GALÁN VIOQUE, Roberto. La discrecionalidad del legislador en la republica 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.

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 arbitrária⁴⁶⁷.

2.3.4.1 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. Nesse sentido, discrepa-se de BERNADO DINIZ DE AYALA⁴⁶⁸, segundo o qual, a discricionariedade é conferida pelo “*bloco de legalidade*”, em que equaciona o princípio de legalidade 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. Recordar-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

⁴⁶⁷ Sobre a ideia de discricionariedade criativa, vide: SOUSA, António Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão 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.

⁴⁶⁸ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 35.

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 remetente⁶⁶⁹. Passam, contudo, a assumir um efeito vinculante da conduta administrativa, adquirindo a força obrigatória própria das normas jurídicas⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ 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 constricciones tiene la Administración atribuida discrecionalidad para la elección, porque sólo dentro de ese marco, como ya sabemos, son lícitas todas las posibles alternativas*”.

⁶⁷⁰ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 763 e 764.

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, no presente trabalho, de 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 jurídica⁴⁷¹?

2.3.4.2 A discricionariedade administrativa e sua relação com as ações deônticas

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 é a mais extensa. Enquanto as funções legislativas e jurisdicionais estão dirigidas a fins específicos, a administrativa reflete atividades da gestão que se espalham em todos os espaços nos quais não se desempenham as outras funções. Logo, basicamente, excluída a atuação de criação do direito (legislativa) e a aplicação do direito para dirimir conflitos de interesses (jurisdicional), toda a atuação remanente recairá na categoria da atuação administrativa, ou seja, toda atividade de gestão no interesse das coletividades.

David Duarte⁴⁷² afirma que o exercício da função administrativa passa por múltiplas formas de ações, que podem ser deônticas ou não deônticas, ambas relevantes ao Direito. Ensina o doutrinador⁴⁷³: *“as condutas realizadas através de normas ou decisões, ou as que se inserem no referido plano do dever ser, são ações deônticas, enquanto todas as restantes, ou seja, as que*

⁴⁷¹ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 173 e ss.

⁴⁷² DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327-336.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 329.

são expressão de uma actividade que aí não se reconduz são acções não deônticas”. E aduz que tal distinção não é tão simples. Além das diferenças da inserção ou não no plano do dever ser, bem como da produção ou não de alterações no ordenamento; a distinção de ambas está na natureza diretiva ou não do discurso. Desta forma, vê-se que o uso de linguagem diretiva expressa uma ação deôntica; e, o não uso, uma ação não deôntica. Acrescente-se que a dependência de norma de competência também seria outra distinção das ações deônticas, visto que é traço comum de todo exercício da função administrativa. Atente-se que as ações não deônticas não dependem de norma de competência.

Assim, a avaliação da função administrativa, na distinção entre ações deônticas e ações não deônticas, separa as normas e decisões administrativas de todos os demais comportamentos administrativos como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões; sendo certo que sua junção representa o conjunto de todas as condutas passíveis de serem realizadas pela Administração pública⁴⁴.

A mais significativa consequência da distinção entre ações deônticas e não deônticas é a de, em rigor, a legalidade administrativa só se aplicar às primeiras. E, assim o é, porque só se sujeitam à legalidade as ações com consequências no ordenamento. Portanto, as ações não deônticas não estão sujeitas às exigências de legalidade, exceto quando forem pressupostos de condutas abrangidas por normas de legalidade, isto é, quando forem os pressupostos de normas. Logo, a compreensão normativa da discricionariedade é consequência do próprio ordenamento, visto que a legalidade cria um dever ser que implica a existência mínima de uma norma

⁴⁴ É importante saber que toda norma possui um “*espírito*” que se renova no tempo através do labor das pessoas que devem fazer cumprir a mesma, que não pode durar se não evoluindo, ou seja, se não se adapta à realidade cambiante dos fatos no tempo e que se ajustará. SALVATORE PIRAINO (PIRAINO, Salvatore. La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio. Milano: Giuffrè, 1990, p. 117), *in verbis*: “*Ciò non riduce tale giudizio nella mera conclusione di un sillogismo, perché il giudizio giuridico, costituito dal confronto fra una norma e un evento, esalta il proprio carattere inventivo nella valutazione degli interessi in conflitto sia pure secondo il valore che degli stessi appare in qualche modo desumibile dalla norma, da considerare sulla base del significato che di essa può ricavarsi non soltanto dalla lettera, ma dal suo spirito animatore, che si rinnova nel tempo attraverso l’opera di chi deve applicare la norma, la quale non potrebbe durare se non si evolvesse, cioè se non risultasse adattabile alla mutevole realtà dei fatti che essa nel tempo e destinata a regolare*”.

para qualquer ação deôntica. 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 norma⁴⁷⁵. 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.

2.3.4.3 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 jurídica⁴⁷⁶. Assim, pode-se declarar que a função legislativa e, por conseguinte,

⁴⁷⁵ 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.

⁴⁷⁶ 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

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 jurídico⁷⁷.

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 a discricionariedade, desde que não seja uma atividade não deontica. Como assinalado, a discricionariedade administrativa somente se reporta às ações deonticas.

Em virtude de apenas existir discricionariedade nas ações deonticas e, também, pelo fato da legalidade administrativa apenas se aplicar a essas, é que se deve estudar a discricionariedade nos componentes lógico-

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.

⁷⁷ 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 administrativos; 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.

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 de atividade administrativa exigido por todas as normas de legalidade. Assim ocorre porque a ação não deôntica não depende de competência.

Não se pode criar a convicção de que a discricionariedade seria qualquer forma de ação administrativa deôntica, 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 deôntico 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 discricionariedade¹⁸³.

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. Partindo dessa premissa, deve-se mencionar que, por meio da linguagem

¹⁸³ 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 procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 913).

escrita⁴⁷⁹, concede-se a discricionariedade administrativa na norma jurídica. É fato que, quando se escreve, produz-se um ato de linguagem com o intuito de interagir com o receptor, o alvo permanente da comunicação. É fundamental que, nesse propósito, o texto se defina como unidade semântica e sintática e que todos os elementos mantenham as relações de dependência, indispensáveis à compreensão⁴⁸⁰.

Ocorre que, por conta da ausência dos elementos paralinguísticos, tal transmissão de mensagem nem sempre é eficiente e, no caso da linguagem jurídica, produz problemas semânticos que fazem com que a doutrina discuta sobre a existência ou não de discricionariedade nos enunciados. O ser humano expressa seu pensamento através de palavras ou interpreta imagens e sensações a partir de palavras, dando forma às ideias, sendo fácil entender que o leque de situações, imagens e sensações é mais abrangente que o número de palavras existentes⁴⁸¹.

Portanto, a linguagem é o instrumento essencial do conhecimento humano, sem seu domínio, seria difícil pensar e comunicar-se criticamente. Ela é veículo de transmissão de todas as ciências, inclusive da jurídica. Na ciência jurídica, praticamente, tudo depende da linguagem e de sua

⁴⁷⁹ A linguagem constitui fator fundamental de formação da consciência, permitindo que o homem seja capaz de descrever o mundo perceptível, assegurar o processo de abstração e generalização; em síntese, é veículo fundamental de transmissão e informação. É ela constituída por elementos como gestos, sinais, sons, símbolos ou palavras, usados para representar conceitos de comunicação, ideias, significados e pensamentos. É sua função biológica e cerebral que permite a qualquer ser humano adquirir e utilizar uma língua, distinguindo-o dos outros animais. Devido a essa capacidade, o ser humano desenvolveu a linguagem oral, escrita e de sinais.

Na linguagem oral, o falante tem diante de si o interlocutor, inserido em um contexto de participação ativa no processo, manifestando-se e intervindo no curso da mensagem. Conta, ainda, com recursos paralinguísticos como gestos, expressões faciais, postura corporal e entonação, que complementam e individualizam a mensagem. Na linguagem escrita, o texto busca suprir a falta desses elementos, organizando-se a mensagem de forma clara, coesa, coerente, enfim, inteligível. Assim também ocorre na linguagem de sinais, que utiliza muitos recursos paralinguísticos.

⁴⁸⁰ De origem latina, “*textus*”, a palavra texto se prende ao verbo *texere*, tecer, enlaçar, entrelaçar. Desse modo, o autor de um texto, seja ele quem for, deve urdir as ideias e as palavras, para produzir um enunciado, capaz de transmitir uma mensagem com um todo significativo, estabelecendo contato entre o emissor e o receptor.

⁴⁸¹ Sobre aspectos relativos à linguagem, vide: SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos. interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 19 e ss.

decodificação. Assim sucede porque as reflexões da ciência jurídica se manifestam no espaço terminológico, o que causa efeito drástico, que é a perda da capacidade de enriquecer-se, simplesmente, por razões linguísticas.

Na tentativa de minimizar tal problema, os cientistas jurídicos devem: fazer autorreferência às noções operativas, definindo os conceitos de modo a evitar ambiguidade; utilizar-se da simplicidade nas construções narrativas, adotando expressões correntes que compõem as respectivas orações; delimitar o âmbito discursivo, definindo o domínio de incidência da narrativa, evitando-se a confusão multi e interdisciplinar existente na ciência jurídica; utilizar conceitos tecnicamente representativos; e buscar a isenção, ao expor/explicar os fenômenos, suas causas e efeitos, evitando que fatores subjetivos induzam ao modo tendencioso, que encubra a verdade dos fatos, causando visão distorcida da realidade⁴⁸².

Como a ciência jurídica tem como um de seus objetos o Direito – e por este ser o conjunto de normas definidas por um critério de pertinência que determina os limites do campo jurídico⁴⁸³, sendo seus enunciados dependentes de expressões linguísticas, como várias outras ciências – é marcada pela baixa eficiência da linguagem, o que transforma seu maior meio de expressão em seu maior inimigo.

É a ciência jurídica que, além de estabelecer normas de decisão, tem como tarefa determinar e descrever as normas, sistematizá-las e construir conceitos normativos. Como os enunciados das normas que estão expressas são apenas linguagens com a função de anunciar significados, essa ciência tem a função de decodificá-las, além de organizá-las e ordená-las funcionalmente, tendo em conta seu objeto e, por fim, formular e delimitar os conceitos de natureza especificamente jurídica.

⁴⁸² DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 23-27.

⁴⁸³ David Duarte, após definir fonte do Direito como apenas os enunciados normativos, traz como sua consequência as formas de produção de enunciados das normas, que podem ser: os atos jurídicos e os costumes sejam estes jurisprudenciais ou doutrinários. Tais formas de produção de enunciados conduzem, a quatro tipos de enunciados normativos: os enunciados linguísticos escritos, os enunciados linguísticos orais, os enunciados gráficos e os enunciados comportamentais (ibidem, p. 60 e ss.).

Por isso, a doutrina faz a distinção entre enunciado normativo e norma. David Duarte⁸⁴ bem esclarece, ao afirmar que “o enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente lingüísticos, através dos quais aquela é formulada, enquanto a norma, propriamente dita, é o significado representado, que constitui o sentido deôntico”. Portanto norma é uma composição linguística que pode ser formulada de tantas maneiras quantas as possibilidades linguísticas permitirem, assim, é capaz de possuir diferentes significados conforme o operador de linguagem que se utilize. Resulta daí que se pode alterar o enunciado, sem modificar a norma. Ademais, um só enunciado pode conter várias normas e apenas parte de uma norma. É a diferença entre significante (enunciado) e significado (norma).

Existem quatro propriedades para identificar a norma: é um dever ser, uma vez que identifica a idealização de um estado de coisas, independente da realidade; consiste na ordenação de determinado sentido, já que determina sempre qualquer coisa que lhe confere sentido; é hipotética, pois depende da verificação das condições especificamente estipuladas do seu sentido; e geral, uma vez que seus destinatários são indetermináveis⁸⁵.

É a noção hipotética da norma que revela sua estrutura. Inicialmente, afirmava-se que dois eram os componentes lógico-estruturais da norma: a hipótese ou previsão, que seria a descrição do suporte fático que, ao verificar-se, desencadeia as consequências normativas, e o preceito ou estatuição, que são as afirmações das consequências jurídicas estatuídas pela norma, quando, no caso concreto, verificarem-se os fatos apontados na hipótese ou previsão. A teoria surgiu, assim, articulada conforme uma estrutura dualista. Partiu-se do princípio de que cada norma é constituída somente pela previsão (*Tatbestand*) e pela estatuição (*Rechtsfolge*)⁸⁶. Tal perspectiva é mérito da

⁸⁴ Ibidem, p. 64.

⁸⁵ Ibidem, p. 72-75.

⁸⁶ Entre autores que fazem referência ao esquema estrutural dualista tem: BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Madrid: Debate, 1991, p. 53 e ss, e 156; Díez-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona: Ariel, 1987, p. 61 e ss; MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis e FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Barcelona: Ariel, 1994, p. 188 e ss; ADOMET, Klaus. Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica. Madrid: Civitas, 1984, p. 79 e ss; GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 9 e ss; entre outros.

doutrina alemã, que foi a primeira a verificar que a problemática da discricionariedade deriva da importação metodológica fundada na análise da estrutura da norma. Isso fez com que a noção de discricionariedade, nesse país, fosse estrita⁴⁸⁷.

Superada a configuração binária, a ciência jurídica hoje identifica uma tripla formação, que engloba: uma previsão, que reporta às condições do sentido de dever ser (também chamada de hipótese ou fato-tipo); um operador

Vale mencionar que KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004) equipara a hipótese ao “*antecedente*” e a consequência jurídica ao “*consecuente*” de um juízo lógico.

⁴⁸⁷ 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): “*La 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 (reimpressão 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*”.

deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora (também chamado de elemento de união ou cúpula); e uma estatuição, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser (também chamada de consequência jurídica ou mandamento).

ANTONIO MOZO SEOANE⁸⁸⁸, por exemplo, defende essa estruturação tripla da norma: “*en la estructura de toda proposición normativa completa se distingue, en primer lugar, un ‘supuesto de hecho’, constituido por el acontecimiento, hecho o conducta que la norma describe al objeto de regularlo jurídicamente; para cada supuesto de hecho descrito, la norma prevé la consecuencia que el mismo debe producir en el mundo jurídico: es el segundo elemento de la estructura de la norma, la ‘consecuencia jurídica’ [...] la necesaria coordinación entre ambos se verifica a través de un tercer elemento, elemento de unión o ‘cópula’*”. Não é apenas ele, há muitos outros autores, como KARL LARENZ⁸⁸⁹, que advertem: “*La regla imaginada válida “de modo general” tiene la forma lingüística de una proposición declarativa. En una proposición declarativa simple podemos diferenciar tres elementos: el sujeto de la proposición, el predicado de la proposición y la unión entre ambos (“cópula”), es decir: la coordinación acostumbra ser el de constatar un hecho dado a una conexión de sentido: “así es esto”. Al sujeto de la proposición corresponde en la proposición jurídica (completa) el supuesto de hecho; al predicado, la consecuencia jurídica; la consecuencia jurídica determinada en la proposición jurídica se coordina al supuesto de hecho determinado*”. E DAVID DUARTE⁸⁹⁰ que sustenta que “*a norma pode ser definida, consequentemente, como um sentido de dever ser de domínio genérico, conceito normativo este que representa uma categoria intelectual transmitida através da linguagem (regra geral) e que tem uma estrutura composta por três elementos? (i) a previsão, (ii) o operador deôntico e (iii) a estatuição (= $a \rightarrow b$)*”. Para não se estender muito, vale citar, ainda, JOSÉ

⁸⁸⁸ MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 357.

⁸⁸⁹ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 2001, p. 164.

⁸⁹⁰ DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 23-27, p. 874.

EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA⁹¹, que afirmam que qualquer norma “*é constituída por duas partes: uma hipótese e uma estatuição. A hipótese contém uma descrição típica de uma situação da vida; a estatuição inclui as medidas ou providências que o destinatário deve adotar perante a verificação, em concreto, dessa situação. Entre a hipótese e a estatuição há, contudo, um elemento de ligação que define a relação de correspondência entre aqueles dois termos, fixando o sentido do dever (devido, autorizado ou proibido)*”. Passa-se, então, a analisar cada uma das fórmulas.

A previsão diz respeito às condições de verificação do sentido de dever ser, estabelecendo a antecedência condicional da produção de efeitos, que é variável e tem como unidade o pressuposto. A existência de um ou vários pressupostos, positivos ou negativos, depende da configuração da norma, e sua organização, do tipo de linguagem utilizado na formulação do enunciado normativo. Realiza, também, a função de redução de um universo potencialmente ilimitado de hipóteses de um efeito por uma lista restrita de condições nela descrita. Trata-se de uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Caso a norma seja hipotética, deverá haver sempre uma condição para um efeito jurídico. Logo, por mais que a linguagem do enunciado da norma leve a crer que tal norma não tem previsão, é errado, pois só essa dá sentido normativo pleno à norma, visto que é esta que define a razão de (dever) ser do efeito. Se ela não existisse, não se saberia a que a norma se aplicaria; portanto, sempre está presente. Descobre-se por meio dos restantes elementos normativos que compreendem o texto, principalmente, por meio da estatuição.

O operador deôntico é o elemento estrutural que confere natureza deôntica à norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja impositivo, permissivo ou proibitivo⁹². Tais modos deônticos

⁹¹ 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.

⁹² São apenas essas três modalidades de operador deôntico existentes. São a totalidade dos sentidos do dever ser, não havendo outra forma de regular condutas. David Duarte explica cada um dos três modos deônticos da seguinte forma: “*O modo de permissão é o sentido de dever ser que estabelece que uma conduta é ou não realizada de acordo com a vontade do sujeito em causa, o que significa que a permissão é um modo deôntico no qual a realização de uma conduta não é obrigatória, mas antes dependente de um juízo de acção autónomo por parte do sujeito [...]*”.

estabelecem a natureza da norma e a relação com a previsão. Logo, não é ele divisível nem tem unidades interiores.

O operador deôntico também pode estar subjacente à norma por questões linguísticas, mas, normalmente, está estabelecido na locução verbal de ligação entre a previsão e a estatuição, e assim o é, porque o operador deôntico determina o sentido dos efeitos jurídicos, estabelecendo, também, a sequencialidade entre a previsão e a estatuição. Sem este, a previsão e a estatuição seriam significados isolados, portanto, sempre está presente ainda quando diluído, implícito em alguns outros verbos que não os três modais mencionados.

A estatuição estabelece o que se deve verificar tendo em vista preencher os pressupostos da previsão. É uma descrição contendo o contexto em que o sentido do dever ser se manifesta. É variável e tem como unidade o efeito jurídico, ou seja, as consequências da norma, sejam elas somadas umas as outras (conjuntas), sejam elas alternadas (disjuntas). Tal descrição não se confunde com os efeitos jurídicos, dado que uma coisa é a definição de um campo de incidência e outra a determinação do que se deve verificar nesse domínio material⁸⁰³. Assim entendida, uma norma é a conjugação estrutural

O modo de imposição é o sentido deôntico que determina que uma conduta deve ser realizada, no sentido em que a acção descrita na norma é devida quando se cumpram os termos que a recortam: na imposição, por isso, o exercício da conduta não é remetido para o sujeito, dado que o sentido de dever ser que sobre ele impede estabelece à partida que a mesma se deve realizar [...].

O modo deôntico de proibição é, por fim, o modo do dever ser que estabelece que a conduta não pode ser exercida ou que não se pode realizar: apesar de não ser inocente a representação do modo de proibição através da negação da permissão, o que se pretende afirmar, naturalmente, é que o modo de proibição estabelece que o comportamento é vedado” (DUARTE, David. Op. cit., p. 111, 112 e 114).

⁸⁰³ Conforme o número de alternativas na preceptiva, tem-se o costume de falar de uma escala que varia de grau máximo a mínimo. CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 266) utiliza o que denomina “*escala de discrecionalidad*” para atribuir ao que denomina de discricionariedade política um “*acto discrecionalidad en su grado máximo*”. JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ (MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. La discrecionalidad en el derecho tributario: (condonación, comprobación, aplazamientos y suspensión). Madrid: Lex Nova, 1998, p. 80 e ss) também trata de uma graduação da discricionariedade que emerge de determinadas atuações tributárias. Defende que a remissão de sanções possui uma elevada discricionariedade, que ele chama discricionariedade de “*grado máximo*”; continua com a

desses três elementos⁹⁴, podendo ser classificada de diversas formas, tais como geral ou especial, geral ou excepcional, superior ou inferior, primária ou secundária, princípio ou regra, entre outras.

Ao analisar a estrutura da norma, pode-se visualizar onde a discricionariedade administrativa se encontra⁹⁵. São basicamente três as

comprovação tributária que, ainda que dotada de elevada discricionariedade, não é tão ilimitada como a anterior, chamando-a de discricionariedade de “*grado medio*”; ato seguido estuda o adiamento como uma atuação da Administração com mais discricionariedade aparente que real, à qual denomina discricionariedade “*grado mínimo*”; e, por último, trata da suspensão da executividade dos atos administrativos, que ainda que não sejam uma atuação discricional para a Administração, acolhe certo grau de apreciação para a Administração, ao que qualifica como de “*sin discrecionalidad*”. Parece aqui que o autor se refere a apreciatividade ao falar de um “*grado de apreciación*”. Por fim, JUAN DE LA CRUZ FERRER (CRUZ FERRER, Juan de la. Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 38, n. 116, p- 65-105, may/ago, 1988, p. 71) defende que existem distintos graus de discricionariedade em relação com o tipo de regulamento. Elenca um grau mínimo, médio e máximo de discricionariedade. Segundo o autor, a existência de maiores níveis de discricionariedade levanta a necessidade de técnicas de controle mais depuradas e incisivas porque, em definitiva, as matérias em que a Administração dispõe de um grau de discricionariedade média ou máxima ficam a sua livre configuração. Configuração livre, como bem afirma o autor, que não isenta ela de pressupostos e de limitações desenhadas pelo ordenamento jurídico para que esses níveis de discricionariedade não se desvirtuem em mera arbitrariedade.

⁹⁴ Para CÉSAR DAVID CIRIANO VELA (CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 69 e cap. IV), além dos três elementos da estrutura da norma aqui mencionados, no direito administrativo, concorre uma série de circunstâncias que o diferencia do direito privado (direito civil e penal) e tem como consequência o fato de que a estrutura normativa é mais complexa, com a existência de novos elementos.

Para o autor, no direito administrativo, encontram-se peculiaridades que não existem no direito privado. Nas normas de direito administrativo, intervêm, em primeiro lugar, os órgãos administrativos, além do que as normas se dirigem também aos cidadãos. Deve, ademais e necessariamente, seguir um procedimento. Outro elemento é o fim público, é dizer, deve atuar promovendo e desejando os interesses públicos concretados em cada situação específica. E, por último, o elemento temporal, que se refere ao tempo com o que conta a Administração para atuar. Esses quatro elementos (órgão, procedimento, fim e tempo) estão sempre presentes nas normas jurídico-públicas, ainda que não apareçam de um modo expresso nos enunciados normativos. Daí porque, para esse autor, deve-se ir mais além que o esquema estrutural clássico (pressuposto, operador deôntico e preceptiva) existente nas normas jurídico-privadas, que também são aplicáveis às públicas.

doutrinas existentes sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica⁴⁹⁶.

A primeira 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 acabam com a concepção que erradicava a discricionariedade administrativa do âmbito do suposto de fato de ditas normas⁴⁹⁷.

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-se⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ 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.

⁴⁹⁶ Sobre cada uma delas, vide: BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.

⁴⁹⁷ 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, abril, 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*).

⁴⁹⁸ De acordo com MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad 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*

Vê-se que, por vezes, a Administração deverá adotar alguma estatuição. Ocorre que ditas normas não atribuíram discricionariedade de atuação, mas somente discricionariedade de eleição⁴⁹⁹.

Tal concepção supõe que a mesma 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 sempre será cognitivo. Isso posto, a discricionariedade administrativa somente poderá operar no âmbito das consequências da norma jurídico-administrativa⁵⁰⁰.

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

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”.

⁴⁹⁹ 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”.

⁵⁰⁰ 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 exista 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”.

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 normativa⁵⁰¹.

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 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 habilitante⁵⁰².

⁵⁰¹ 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, conseqüentemente, também entre a discricionariedade naquela e nesta, subsiste uma conexão intrínseca*”.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 318 e 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*”.

⁵⁰² MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad 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 discrecionalidad comprendería, así, dos operaciones consecutivas (una primera propiamente discrecional 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 prefigurar.

- 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 e 192), también, afirma que esta teoría é a única que tem em conta a obrigação constitucional dos órgãos de aplicação da 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 discrecionalidad 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 alternativas 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 o interesse público. 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 conduta⁵⁰³.

De acordo com David Duarte⁵⁰⁴:

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)”.

⁵⁰³ 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 excludente não conferem, por isso, mais discricionariedade, mas, diferentemente, a mesma discricionariedade relativamente a mais matérias”.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 512.

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 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 deontica aí recortada, 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 deonticos inseridos nela. A separação em razão do operador deontico 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 no trabalho. 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 deôntica⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ 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 GALLEGU ANABITRATE (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).

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

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 alternativamente⁵⁶⁶. 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 opção, ou seja, a estatuição compreende efeito único que é, no entanto, autonomamente configurável em várias alternativas ou opções⁵⁶⁷. 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.

discricionariedade transpassa o âmbito da ideia de indeterminação das normas quando as consequências jurídicas contêm formulas do tipo: a Administração poderá fazer o que creê 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).

⁵⁶⁶ 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”.

⁵⁶⁷ Aqui a discricionariedade administrativa está na permissão de eleição entre as alternativas.

As normas proibitivas, independentemente dos seus termos, dado que também só compreendem 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 sinónimo da permissão de várias alternativas contrárias.

Por fim, as normas permissivas são paradigma da atribuição da discricionariedade, dado ser a permissão o modo deontico 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 mesmo⁸⁸. Logo, as normas permissivas, seja qual for a

⁸⁸ 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. 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”.*

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.

composição dos restantes 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 dijunção. Assim, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também, será possível não o fazer, dessa maneira, ter-se-ão alternativas dos seus contrários (se tiver dois efeitos na estatuição, quatro serão as possibilidades, se tiver três, seis serão as possibilidades e assim por diante)⁹⁹. É possível concluir, então, que a discricionariedade poderá estar localizada no operador deôntico e/ou na estatuição¹⁰⁰.

Não há de esquecer que as normas permissivas não têm porque conter necessariamente uma habilitação para o exercício de um poder discricionário. 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 jurídica*. 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 medias 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)”*.

⁹⁹ 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 procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006).

⁵⁰ 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: Lúmen Júris, 2005, p. 60; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 78 e 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*”.

2.4 Distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

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 BERNATZIK⁵¹¹, 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 (*Ermessensbegriffe*) 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 Tribunal⁵¹².

A primeira intenção de superar o estudo da figura da discricionariedade administrativa com base na análise da norma foi a da doutrina de FRIEDRICH TEZNER⁵¹³. Este autor afirmava que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados era inimiga do Estado de Direito

⁵¹¹ BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*. Wien: Manz, 1886.

⁵¹² 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 austríaca 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 está é pouco precisa e obriga a realizar uma singular apreciação da hipótese. EDMUND BERNATZIK não mencionou conceitos indeterminados, mas de *vagen Kategorien*, conceito que foi depois substituído pelo hoje geral de *unbestimmter Rechtsbegriff*. Para o autor, a peculiaridade da discricionariedade, em todos seus aspectos, radica na dificuldade da apreciação da hipótese da norma; por isso dizia que era melhor falar em “*discricionariedade técnicas*” (*technischen Ermessen*).

⁵¹³ TEZNER, Friedrich. *Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*. [S.l.]: [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.

(*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 MARTINI⁵¹⁴: “*la sua funzionalizzazione al perseguimento 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 MORENO⁵¹⁵, 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 conceitos⁵¹⁶.

⁵¹⁴ 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.

⁵¹⁵ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 232.

⁵¹⁶ Esse conflito entre ambos 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.

RUDOLF VON LAUN⁵¹⁷ 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 Kelsen⁵¹⁸ 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 discricionariedade, determinando implicitamente uma ampliação da possibilidade de ser controlada.

Na doutrina de WALTER JELLINEK⁵¹⁹, o ponto de partida seria a distinção fundamental entre conceitos indeterminados e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo SERENELLA MARTINI⁵²⁰: “*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

⁵¹⁷ LAUN, Rudolf von. Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig: Franz Deuticke, 1910.

⁵¹⁸ Kelsen, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002.

⁵¹⁹ JELLINEK, Walter. Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin: Julius Springer, 1931.

⁵²⁰ 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.

conceito indeterminado não. Esse autor³²¹ 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 FLUME³²², 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 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 que 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 judicial³²³.

³²¹ JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

³²² FLUME, Werner. Steuerwesen und Rechtsordnung. In: SMEND, Rudolf. Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Göttingen: [s.n.], 1952.

³²³ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 235.

ERNST FORSTHOFF⁵²⁴ 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.

A superação do sentido segundo o qual o conceito indeterminado constitui uma noção que confere um poder da Administração Pública incontrollável se consolida com a elaboração da doutrina da margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielsraum*) de OTTO BACHOF⁵²⁵. 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 aos 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 concepções⁵²⁶. E define seu conceito 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,

⁵²⁴ FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.

⁵²⁵ 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.

⁵²⁶ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 265.

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 não⁵²⁷.

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 opináveis⁵²⁸.

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 (*Erfahrungsbegriffe*) aplicáveis às situações de fato complexas ou que envolvam uma quantidade imponderável⁵²⁹. Faz-se, desse modo, a distinção

⁵²⁷ 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*”.

⁵²⁸ MARTINI, Serenella. Op. cit., p. 22 e 23.

⁵²⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 122 e 123.

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 irrepetíveis⁵⁰⁰.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO⁵⁰¹, 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 (*Erfahrungsbegriffe*), 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 ULE⁵⁰². Na ampla categoria de conceitos jurídicos indeterminados, este autor afirma que se deveria distinguir o conceito descritivo do normativo. Em

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 122 e 123

⁵⁰¹ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

⁵⁰² 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.

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 ULE⁵³³ 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 MORENO⁵³⁴, em casos extremos, nos quais se discuta sobre o valor de uma determinada circunstância, o Tribunal deve 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 JESCH⁵³⁵, 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

⁵³³ Ibidem, p. 7-13.

⁵³⁴ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

⁵³⁵ JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzipes. Tübingen: Mohr, 1961, p. 226.

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 discricional⁵³⁶.

Visualizadas as correntes que admitem uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial, representadas fundamentalmente por BACHOF, ULE e JESCH, vale a pena analisar a outra corrente, representada por autores como RUPP, OSSENBÜHL e SCHMIDT-SALZER, que estimam injustificada esta isenção de controle judicial.

HANS HEINRICH RUPP⁵³⁷ 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 Rechtsschopfung*) 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 expertos. 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 norma jurídica menos genérica ou abstrata envolve a inclusão de margens de autonomia pelo órgão (administrativo ou judicial) competente⁵³⁸.

Outro autor que apresenta uma linha de pensamento similar é FRITZ OSSENBÜHL⁵³⁹. 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

⁵³⁶ SAINZ MORENO, Fernando. *Op. cit.*, p. 240.

⁵³⁷ RUPP, Hans Heinrich. *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen, Mohr, 1965, p. 177-221.

⁵³⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 129.

⁵³⁹ OSSENBÜHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Köln: Bad Homburgv, 1968.

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?*⁵⁴⁰

Por fim, JOACHIM SCHMIDT-SALZER⁵⁴¹ 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, 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

⁵⁴⁰ SAINZ MORENO, Fernando. *Op. cit.*, p. 246.

⁵⁴¹ SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1968.

outras circunstâncias jurídicas relevantes. Trata-se, em definitiva, de evitar o casuísmo da lei⁵⁴².

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO⁵⁴³, 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”*.

Deixando de lado as correntes que admitem uma margem de livre apreciação isenta de controle judicial, também, deve se ter em conta a originalidade teórica de HORST PAUL AUGUST EHMKE⁵⁴⁴. Tal autor releva a impossibilidade de distinguir os conceitos jurídicos indeterminados da noção de discricionariedade. E 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 individualmente, por via residual, em todos os casos em que a lei não delinear um modo unívoco em relação à previsão⁵⁴⁵.

⁵⁴² SAINZ MORENO, Fernando. *Op. cit.*, p. 235.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 242 e 243.

⁵⁴⁴ EHMKE, Horst Paul August. *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr, 1960.

⁵⁴⁵ MARTINI, Serenella. *Op. cit.*, 1997.

Segundo ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁵⁶: “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 CORREIA⁵⁷ 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*).

Outro autor da atualidade que contribuiu muito para a discussão relativa à discricionariedade e aos conceitos jurídicos indeterminados foi WALTER SCHMIDT⁵⁸. 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*” (*Auifüllung Von Spielraumen*) de que dispõe a autoridade administrativa corresponde à aplicação de uma norma jurídica por meio da qual se conjuga uma situação concreta vivida

⁵⁶ 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).

⁵⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. cit., p. 122 e 123.

⁵⁸ SCHMIDT, Walter. Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts. München: Beck, 1982, p. 59.

(*Lebenssachverhalt*) com os elementos da previsão normativa (*Tatbestandsmerkmalen*). 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 estimação sobre a evolução futura de processos sociais⁵⁴⁹.

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 deôntico 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 deôntico 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 excepcional⁵⁵⁰.

Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁵⁵¹:

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 (*uneingeschri'nkt 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,

⁵⁴⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 130 e 131.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 134.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 134.

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.

Passa-se, nesta contextualização, a ressaltar algumas precisões: 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 jurídico³².

³² 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: Lúmen 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 homenagem 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*”.

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 indeterminados⁵³. 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 espaço⁵⁴. Tais “*conceitos*” e 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*),

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”.

⁵³ MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987, p. 113.

⁵⁴ BERNADO 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 descritivos-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 Guilherme Ehrhardt. Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Coimbra (políc.). Coimbra: [s.n.], 1977/78, p. 59 e ss.

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 precisão⁵⁵⁵.

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, conquanto 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 indeterminação⁵⁵⁶.

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta⁵⁵⁷. Afora essas três incertezas semânticas, a confrontação de conceitos

⁵⁵⁵ 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”*.

⁵⁵⁶ Sobre o tema vide: MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. Revista de Administración Pública, Madrid, Año XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967.

⁵⁵⁷ 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.

técnicos também é uma forma de indeterminação no direito que se analisará⁵⁸⁸. 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 confundem⁵⁸⁹.

A polissemia se produz quando as equivalências da relação de significação não estabelecerem 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

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 infinidade 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.

⁵⁸⁸ 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. CARRIÓ (CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

⁵⁸⁹ 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 lingüística 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 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”.

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 palavra⁵⁰⁰. 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 fato⁵⁰¹.

Não é essa posição, no entanto, unânime. MARIA LUÍSA DUARTE⁵⁰² classifica em cinco os graus de indeterminabilidade e estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados: a) polissemia: quando a palavra apresenta vários significados, devendo o intérprete procurar o sentido que se ajusta ao contexto onde se integra o conjunto significante; b) vagueza: o conceito vago permite uma informação de extensão larga, mas compreensão escassa, apresentando uma zona de dúvida muito ampla; c) ambiguidade: resulta de uma característica da sintaxe 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; d) 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; e) 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 discricional⁵⁰³.

⁵⁰⁰ 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*”.

⁵⁰¹ 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 stature 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*”.

⁵⁰² 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.

⁵⁰³ Também fala destes cinco (polissemia, vagueza, ambiguidade, porosidade e esvaziamento) graus de indeterminações dos conceitos: CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição

J. J. GOMES CANOTILHO⁵⁶⁴ 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 Administração⁵⁶⁵. Voltar-se-á sobre esse ponto mais adiante.

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*”.

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.

⁵⁶⁴ CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Fidelidade à República ou fidelidade à nato?. 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.

⁵⁶⁵ Outros autores que tratam sobre um juízo de *prognosis* nos conceitos jurídicos indeterminados são: CORREIA, José Manuel Sérvulo. 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.

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: a metáfora, pela qual o conceito ganha outro significado devido à relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); 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); 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); a passagem de um termo de linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de 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 liberdade⁵⁶⁶.

Já a utilização de “*conceitos*” vagos leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e a discricionariedade. Muitas são as causas da vagueza, entre as mais usuais, têm-se: a imprecisão, conceito que não contempla o preciso limite do critério para se identificar o alcance do objeto (ex.: calvo); 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); as palavras gerais, conceito que reconhece várias espécies ou classes de um objeto (ex.: veículo); e 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)⁵⁶⁷. São tais “*conceitos*” vagos e suas

⁵⁶⁶ Para melhor visualizar o tema e não fugir do objetivo proposto na introdução deste trabalho, vide DAVID DUARTE (op. cit.), que utiliza muito bem o exemplo da palavra arquivo para evidenciar o que se afirma.

⁵⁶⁷ 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

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 incontestável. 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.

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 seu significado quando são visualizados no caso concreto. Nessa perspectiva, há de se ressaltar a posição de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁵⁸⁸:

[...] 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

conferem à Administração uma certa margem de liberdade valorativa. O autor (ibidem, p. 399) denomina estes casos de “*discrecionalidad valorativa*”.

⁵⁸⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 474.

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 significado⁵⁶⁹. Assim como a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados com o fenómeno 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 caso concreto. TIMOTHY A. O. ENDICOTT⁵⁷⁰ 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

⁵⁶⁹ 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.

⁵⁷⁰ ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

parece ser inclusive profunda, penetrante e não eliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas nunca eliminá-la⁵⁷¹.

Considerados esses esclarecimentos, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. Conforme PHILIPP HECK⁵⁷², 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.

FERNANDO SAINZ MORENO⁵⁷³ 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.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁷⁴ escrevem que, em todos os conceitos jurídicos indeterminados, *“es identificable un núcleo fijo (Begriffen) o ‘zona de certeza’, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o ‘halo del concepto’ (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente, una ‘zona de certeza negativa’, también segura en cuanto a la exclusión del concepto”*.

⁵⁷¹ CLAUDIO LUZZATI (LUZZATI, Claudio. *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certeza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 592) coloca: *“La vaghezza [...] non è un fenomeno qualitative che riguardi poche espressioni, come, per esempio, “Buena fede”, mas è un fenomeno quantitative che, pur essendo ridicibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile”*. Vide também: LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

⁵⁷² 1937 apud ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 209.

⁵⁷³ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 70.

⁵⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 460.

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.

Há, portanto, 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 intelectual 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 intelectual ou volitiva, se os efeitos jurídicos são idênticos⁵⁷⁵.

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

⁵⁷⁵ 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 discrecionalidad 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, Manuel. *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Año XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967, p. 253 e 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 absiluta 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 suscetíveis 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. *Discrecionalidade 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 compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos”*.

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 solução⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ A favor dessa teoria: BÜHLER, Ottmar. Subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin: Kohlhammer, 1914; JÖHR, Eduard. Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 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 intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no*

Outros teóricos, por sua vez, negam a única solução justa e concluem pela existência de um caráter irredutivelmente criativo da operação de qualificação. Desse modo, a imprecisão do conceito e o caráter criativo não impedem que se considere a operação pertencente ao âmbito jurídico⁵⁷⁷.

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 alemã⁵⁷⁸. 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 ENGISCH⁵⁷⁹:

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.

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 del concepto*”) do conceito jurídico indeterminado, que se ressalta que nem nessa existe a discricionariedade.

⁵⁷⁷ A favor dessa teoria: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Principio de Legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 92, p. 535-554, oct-dic, 1996, p. 552 e 553; LAGASSE, Dominique. L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Tom.1, Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 245 e 246.

⁵⁷⁸ 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 5ª Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez, 2004, p. 191 e ss.

⁵⁷⁹ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 221.

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. KRELL⁵⁸⁰, 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 procedimental 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

⁵⁸⁰ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 8, p. 177-224, janeiro, 2004, p. 197 e ss.

ressalta que apenas existem diferenças. Segundo CARMEN URIOL EGIDO⁵⁸¹, 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 subsume 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 disjuntivas⁵⁸².

⁵⁸¹ 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.

⁵⁸² 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

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. Agora, 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.

2.4.1 Discricionariedade técnica

Além das três incertezas semânticas (polissemia, vagueza e textura aberta) responsáveis pela dificuldade de determinação dos sentidos

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 que a Administração tenha uma discricionariedade forte para sua aplicação que excluía 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 respeito ao resto dos conceitos jurídicos indeterminados.

normativos, observou-se que a confrontação de conceitos técnicos é também uma forma de indeterminação no Direito, uma vez que não oferecerão uma única resposta universalmente incontestável. 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 Áustria³³, foram os autores italianos os que mais esforços fizeram para esclarecer conceitualmente a discricionariedade técnica³⁴. A distinção entre discricionariedade técnica e pura se desenvolveu a

³³ 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 ser melhor falar em “*discrecionalidad técnica*” (*technischen Ermessen*).

³⁴ Inicialmente, com FREDERICO CAMMEO (CAMMEO, 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 Libreria, 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

princípio do século XX, quando a doutrina italiana teve de enfrentar os problemas que colocavam os conceitos jurídicos indeterminados. LUIGI BENVENUTI⁵⁸⁵ afirma: *“Uno dei temi più rilevanti nella discussione intorno alla discrezionalità é stato, a partire dalla fine del secolo scorso, 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 significado⁵⁸⁶. ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA⁵⁸⁷ 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 técnica⁵⁸⁸.

(ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss).

⁵⁸⁵ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 24.

⁵⁸⁶ MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985, p. 7.

⁵⁸⁷ SOUSA, Antonio Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 307.

⁵⁸⁸ 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 (un estudio 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.

Em uma primeira etapa, o conceito de discricionariedade estava quase sempre ligado à ideia de interpretação⁵⁸⁹. A doutrina identificava a discricionariedade técnica como uma forma de discricionariedade de menor amplitude, que vinha contraposta à discricionariedade pura, que era sempre incontrollável. A distinção proposta por FREDERICO CAMMEO⁵⁹⁰ centra-se na 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 atuação⁵⁹¹. 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

⁵⁸⁹ 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*”.

⁵⁹⁰ CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.], 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, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss.

⁵⁹¹ FEDERICO CAMMEO, em um primeiro trabalho (CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.], 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 seguindo critérios técnico-administrativo, mas sim a necessidade de recorrer também a critérios de conveniência e oportunidade.

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 PRESUTTI⁵⁹² critica essa distinção rejeitando o elemento de apreciação do interesse público como característico da discricionariedade técnica. Segundo este autor⁵⁹³, 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 que 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 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 técnica⁵⁹⁴.

EVA DESDENTADO DAROCA⁵⁹⁵ 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*

⁵⁹² PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità técnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.

⁵⁹³ Idem. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libreria, 1911, p. 48.

⁵⁹⁴ 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.

⁵⁹⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

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 discricionarietà técnica era considerada como uma "categoria 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 RANELLETTI⁵⁹⁶ propõe outra solução e sublinha que a questão da discricionarietà técnica e pura pode resolver-se mediante soldagem das duas em uma só discricionarietà, rejeitando qualquer divisão. De fato, segundo esta concepção, a discricionarietà 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 discricionarietà 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 utilità pubblica, l'urgenza, la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico [...]*"⁵⁹⁷. 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 discricionarietà técnica.

⁵⁹⁶ RANELLETTI, Oreste. *Principi di diritto amministrativo*. Napoli: Pierro, 1912, v. I, p. 390.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 367.

Pode-se citar, também, outros autores não tão clássicos. Assim, cabe mencionar ALESSANDRO RASELLI⁵⁹⁸, 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 DAROCA⁵⁹⁹, 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 BENVENUTI⁶⁰⁰ 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 operazione interpretativa ma solo insindacabili, ed essa viene contraposta pur con delle motivazioni diverse alla discrezionalità pura in cui vi sarebbe

⁵⁹⁸ RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I.

⁵⁹⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

⁶⁰⁰ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 51 e 52.

una scelta assolutamente libera. In sede di legittimità sarebbe stato possibile un giudizio di natura intellettuale 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 Ranalletti, 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 GIANNINI⁶⁰¹. Este dá um passo a mais na delimitação da noção de discricionarietà 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 discricionarietà 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 discricionarietà, ou é algo ou não o é⁶⁰². Menciona, o autor⁶⁰³, que a aplicação do conhecimento técnico pode ser extremamente complexa, podendo dar lugar a uma margem de opiniões, mas jamais à discricionarietà. 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 discricionarietà 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

⁶⁰¹ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.

⁶⁰² Cabe recordar que não se falava neste momento da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁶⁰³ GIANNINI, Massimo Severo. Op. cit., p. 42.

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 ALESSI⁶⁰⁴ sustenta que tal discricionariedade tinha direta correlação com os conceitos jurídicos indeterminados que precisavam, para sua aplicação, ser apreciados de acordo com os critérios técnicos, excluindo-se os conceitos que seriam integrados por critérios de experiência comum.

Segundo EVA DESDENTADO DAROCA⁶⁰⁵, 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 que 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 subjetividade⁶⁰⁶. 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 aplicáveis⁶⁰⁷.

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 PIRAS⁶⁰⁸, de uma técnica para reduzir progressivamente a discricionariedade. Outro que denuncia a inutilidade conceitual da discricionariedade técnica é DARIA DE PRETIS⁶⁰⁹. A razão pela qual se denomina discricionariedade técnica é,

⁶⁰⁴ ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss.

⁶⁰⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

⁶⁰⁶ SANDULLI, Aldo Mazzini. Manuale di diritto Amministrativo. Napoli: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1989, p. 595 e ss.

⁶⁰⁷ 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.

⁶⁰⁸ PIRAS, aldo. Discrezionalità amministrativa. In: CALASSO, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, tomo XIII, p. 88.

⁶⁰⁹ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 233-291.

conforme MASSIMO SEVERO GIANNINI⁶¹⁰, 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 RODRÍGUEZ⁶¹¹ 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 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 contradicto 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-formal⁶¹².

⁶¹⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970, v. I, p. 488.

⁶¹¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 253.

⁶¹² A respecto de tal impropiedad jurídico-formal, vide: DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas* (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

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. BACHELET⁶¹³, que foi seguido pela doutrina, não apenas de seu país, mas de todo o mundo. CÉSAR DAVID CIRIANO VELA⁶¹⁴, 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 MONCADA⁶¹⁵ 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 conclui⁶¹⁶: *“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,

⁶¹³ BACHELET, Vittorio. L'attività técnica della Pubblica Amministrazione. In: AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

⁶¹⁴ CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 142.

⁶¹⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 216 e 217.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 218.

CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA⁶⁷ afirma que existem casos descritivos como discricionariedade técnica em que não há juízo volitivo, e 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 discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa e que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricção.

De acordo com EVA DESDENTADO DAROCA⁶⁸, 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 discricionariedade técnica. O primeiro deles é V. BACHELET⁶⁹. 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 discricionariedade administrativa há opção entre alternativas com a finalidade de satisfazer os interesses públicos, havendo um juízo de valor e de vontade; na discricionariedade 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

⁶⁹ BACHELET, Vittorio. L'attività técnica della Pubblica Amministrazione. AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

Outro posicionamento comentado pela autora é o de F. LEDDA⁶⁰ 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 discricionariedade técnica, realizam-se dois tipos de apreciações: apreciações que exigem juízos técnicos e apreciações que implicam juízos de valor. São distintos e não devem se confundir. Para a autora⁶¹: *“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 gere o interesse coletivo, ou seja, do administrador público.

Ambas as concepções são, no entanto, criticáveis⁶². 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 QUEIRÓ⁶³ 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

⁶⁰ 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.

⁶¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

⁶² 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.

⁶³ 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.

universal. Já ODETE MEDAUAR⁶²⁴ 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 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 DAROCA⁶²⁵ 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”*.

2.5 Discricionariedade versus arbitrariedade

Tradicionalmente, a discricionariedade se distingue da arbitrariedade. Enquanto a primeira é sempre concedida como um campo de atuação livre e outorgado pela norma jurídica, a arbitrariedade ultrapassa o limite outorgado

⁶²⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

⁶²⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

pela mesma, excede-o. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁶²⁶ declara que *“a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei”*. MÁRIO MASAGÃO⁶²⁷ sustenta que *“a discricção é a faculdade de operar, ou deixar de operar, dentro de um campo delimitado pelo direito. [...] difere a discricção do arbítrio, pois este não conhece limites nem peias, ao passo que aquela só se excede sem ofensa a direitos de quem quer que seja”*. E, por fim, HELY LOPES MEIRELLES⁶²⁸ ensina que *“discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”*.

ALEJANDRO NIETO⁶²⁹ se inclina pelo uso do termo arbítrio, com apoio em uma tradição milenária, como se explica no capítulo I, para se distanciar manifestamente da problemática teórica e prática da discricionariedade administrativa e, ademais, para enfatizar o contraste com a arbitrariedade⁶³⁰. Segundo o autor, o arbítrio é uma atividade lícita e a arbitrariedade ilícita. São conceitos antônimos, mas *“dependentes”* enquanto que o segundo não pode se entender sem o primeiro. O arbítrio tem um conteúdo determinado, o qual, quando se excede, converte-se em arbitrário. A arbitrariedade é o exercício excessivo (ou inadequado e, em todo o caso, ilícito) do arbítrio. Desse modo, aparece o arbítrio (ou a discricionariedade) como a válvula reguladora da concreção da norma ou a medida da concreção: quanto mais concreção normativa, menos arbítrio; quanto menos concreção normativa, mais arbítrio. O exercício de tal válvula é lícito e, em ocasiões, necessário, mas há de ser exercido sempre dentro dos limites intrínsecos do

⁶²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

⁶²⁷ MASAGÃO, Mário. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 150.

⁶²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 111.

⁶²⁹ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 204.

⁶³⁰ Preferem, também, a terminologia *“arbitrio”* autores como: MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 185 e 201; LINARES, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 25 e 26; MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistemario deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44.

mesmo; superados estes, já não há arbítrio, mas sim arbitrariedade, que é ilícita. Finalmente, comenta o autor⁶³¹ que *“la arbitrariedad no afecta al resultado de la decisión, a su contenido, sino al procedimiento, al camino que se ha seguido para llegar a ella”*.

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁶³² enfatiza que a discricionariedade e seus equivalentes, o arbítrio entre eles⁶³³, não é arbitrariedade, pelo contrário, são conceitos antagônicos. O primeiro critério de demarcação entre discricionariedade e arbitrariedade é a motivação, porque, se não houver motivação que sustente a decisão, o único apoio desta será a vontade de quem a adota, apoio insuficiente em um Estado de Direito. Aquela não motivada é já, por este só fato, arbitrária. Outro critério diferenciador é a necessidade de justificação objetiva. Deve a Administração, ao exercer seu poder discricional, dar conta de seu efetivo serviço à função para a qual foi criada e justificar-se em seu exercício, além de justificar sua conformidade à lei e ao Direito. Por isso, manifesta, o autor, em outra obra⁶³⁴, que a fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade se situa na existência ou inexistência de razões justificativas capazes de sustentar as decisões correspondentes das autoridades administrativas. E salienta que o discricional deve estar coberto por motivações suficientes, discutíveis ou não, mas consideráveis em todo o caso e não meramente de uma qualidade que o faça inatacável, ou seja, motivação com razões exigíveis e coerentes com as normas aplicáveis e com os fatos que conformam a realidade objetiva, enquanto que a arbitrariedade ou não tem motivação ou essa é insuficiente, como se desnudasse da vontade pura e simples das autoridades e governantes. Por isso, sustenta que⁶³⁵ *“la arbitrariedad es, ante todo, injusticia del Estado, del gobernante, que pretende eximirse del orden por él creado y reclama para sí una libertad de incumplirlo a su antojo que a los ciudadanos niega con toda la fuerza coactiva del poder que éstos han delegado en él. Es, pues, la*

⁶³¹ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 370.

⁶³² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 81 e ss.

⁶³³ Idem. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 16.

⁶³⁴ Idem. De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1998, p. 15 e ss.

⁶³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 240.

injusticia por antonomasia, la antítesis de la justicia, su negación más radical”⁶³⁶.

LUCIANO PAREJO ALFONSO⁶³⁷ também utiliza os dois critérios para distinguir a discricionariedade da arbitrariedade. A primeira é a motivação, pois toda decisão administrativa que não descansa em uma motivação suficiente e razoável ou respeitável é uma decisão que só tem a cobertura da vontade de quem a adota. A necessidade de justificação objetiva da decisão administrativa é, para o autor, o segundo e decisivo critério, toda vez que dita eleição, a Administração deve fundamentar-se objetivamente, deve ser razoável.

Há, no entanto, outras concepções da arbitrariedade. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN⁶³⁸, por exemplo, esclarece que a não motivação poderia ser um indício de arbitrariedade. ALEJANDRO NIETO⁶³⁹ afirma que *“la falta de motivación no es un acto arbitrario (por omisión) sino, como sabemos, un vicio de legalidad. La incidencia de la falta de motivación sobre la arbitrariedad – además de suponer una ilegalidad – consiste en que carga sobre la decisión la sospecha de arbitrariedad”*.

⁶³⁶ Ainda esse autor (ibidem, p. 152) afirma que o princípio de interdição da arbitrariedade possui um duplo significado: *“en un sentido genérico, correlativo de la idea ya antigua que ve en la arbitrariedad el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una cláusula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula “Ley y Derecho” y que, por tanto, comprende todo lo que es necesario a aquella o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales; en un sentido más concreto arbitrario y, por tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”*. E acrescenta (ibidem, p. 153): *“El concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto entes de razón, ni en el plano del logos, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (se piensa con palabras), ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento. Si no se entiende –y se siente- esto, no se entiende nada”*.

⁶³⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993, p. 46.

⁶³⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 152 e ss.

⁶³⁹ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 374.

Para DENIS J. GALLIGAN⁶⁴⁰, arbitrariedade se relaciona ao processo de motivação pelo qual as decisões são tomadas, e são, estas, de certa forma, os defeitos e omissões nesse processo. Nesse sentido, dá-se a antítese da racionalidade. Arbitrariedade não conota que a atuação é menos racional, mas sim que viola o mínimo limiar da racionalidade. Assim, toda consideração irrelevante, finalidade imprópria e conduta irrazoável denotam arbitrariedade. Porém não se pode confundir com a razoabilidade e aprovação moral, além de não se confundir com termos como injusto. Um ato arbitrário pode ser injusto, mas nem todo o ato injusto é arbitrário. Todo poder exercido na ausência de norma, todavia, é arbitrário. Quanto ao agente, este tem a opção de diferentes cursos de ação e, se ele criar um estado de incerteza e imprevisibilidade, também, será arbitrária sua ação. Resumindo⁶⁴¹:

[...] the notion of arbitrariness has various aspect, but its primary reference is to rationality in decision-making, and it is a useful, negative concept for critically defects in decisions. One aspect of this assessment relates to the formulation of standards; some level of general standards normally enhances the rational basis of decisions and eliminates arbitrariness, but just how precise and exacting the standards ought to be depends on a number of factors centred around the effective realization of the objects of power. Consistency from case to case has a place in enhancing rationality, in the sense that once a set of reasons has been relied on, they ought to be followed, unless further reasons are given for not so doing. Consistency in that sense should not be taken, however, as an overriding requirement of rationality.

⁶⁴⁰ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 143 e ss.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 152.

JEFFREY LIONEL JOWELL⁶⁴², no mesmo sentido, estabelece que a decisão arbitrária é uma decisão “*based upon improper criteria that do not relate in any rational way to organizational ends*”. Para IGNACIO GRANADO HIJELMO⁶⁴³, é juridicamente arbitrária toda a atuação abusiva, insensata e antissistêmica. Isto é, o contrário às normas da lógica formal e, no campo jurídico, também, à lógica deontica (absurdo)⁶⁴⁴; o contrário à exigência da razão segundo o sentido comum de um homem médio e honesto (insensato)⁶⁴⁵; e o que viola as exigências íntimas de cada um dos sistemas em que está estruturada a realidade, o que pretende penetrar nos sistemas a contragosto, dessa maneira, não se situando em linha com sua estrutura subjacente (antissistêmico). *In verbi*⁶⁴⁶:

⁶⁴² JOWELL, Jeffrey Lionel. *Law and bureaucracy*: administrative discretion and the limits of legalization legal action. New York: Kennikat Press, 1975, p. 14.

⁶⁴³ 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. 151.

⁶⁴⁴ Segundo esse autor (ibidem, p. 151), alguns empregam para se referir a este tipo de arbitrariedade o termo irracionalidade, mas ele prefere o termo absurdo por duas razões principalmente: “*Primera, porque lo irracional parece aludir más bien a lo propio de seres animados carentes de razón, esto es, a un comportamiento no humano, sino animal, o bien situado en niveles no conscientes del psiquismo.*

Segunda, porque lo irracional se presta a confusión con lo no razonable, en el sentido de no suficientemente fundamentado en la razón, siendo así que lo que se quiere expresar con este tipo de arbitrariedad es un acto humano cuya fundamentación no respeta las reglas elementales de la lógica formal o deontica, por ejemplo, cuando incurre en contradicción en sus propios términos o conduce a conclusiones ilógicas”.

⁶⁴⁵ Aqui, o autor (ibidem, p. 152) se refere ao que alguns autores denominam *irracionalidade*. Não utiliza a expressão insensato para se referir, como os existencialistas, ao que carece de sentido vital, ao “*sem sentido*” em termos existenciais, mas, ao contrário, ao sentido comum tal e como o foi concebido. Tampouco emprega o termo insensato no sentido da filosofia analítica e de linguagem. E isso por duas razões: “*Primero, porque la filosofía analítica y del lenguaje califica de insensata toda proposición metaempírica y para nosotros no son en absoluto insensatos los postulados de la axiología jurídica.*

Segundo, porque esas corrientes filosóficas cifran la sensatez de las proposiciones en su corrección lógica formal, mientras que para nosotros alude más bien a su conformidad con el sentido común”.

Finalmente, o sentido a que se refere com a expressão contrária à insensatez não é a inteligibilidade de uma proposição que a faz lógica e não absurda ou, ao menos compreensíveis, tampouco, sua motivação, isto é, a explicação dos motivos que conduzem a ela, mas sim sua fundamentação, ou seja, sua ligação com o bom sentido comum.

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 153.

Los conceptos *absurdo*, *insensato* y *antisistémico* se sitúan entre ellos en una gradación creciente, de suerte que todo lo absurdo es insensato y antisistémico; todo lo insensato es también antisistémico, aunque quizá no sea absurdo si respeta las pautas de la lógica formal o deóntica. Finalmente, podríamos encontrarnos proposiciones que no son absurdas ni insensatas, pero que son antisistémicas.

[...]

Ahora bien, no todas las arbitrariedades tienen relevancia jurídica aunque puedan ser merecedoras de reproche filosófico, moral o por los usos sociales, sino sólo aquellas que se plasman en normas o proposiciones jurídicas, es decir, que se traducen en la exigencia de comportamientos obligatorios para otras personas.

LUIS RECASÉNS SICHES⁶⁴⁷ identifica outra acepção da arbitrariedade, aquela equivalente a uma “*irregularidade caprichosa*”, ou seja, a atuação que não se funda em critério algum, que se baseia única e exclusivamente no capricho de quem dispõe do poder. Assim, discricionariedade e arbitrariedade são conceitos antagônicos que se diferenciam na questão formal (a motivação ou não da decisão) e material (se, uma vez expostas as razões que deram lugar ao ato, são ou não suficientes, razoáveis ou adequadas, segundo critérios e princípios).

A arbitrariedade opera quando se ultrapassam os limites do exercício da discricionariedade, quando existe uma extralimitação, isto é, opera quando se sobrepõe às linhas que condicionam o exercício do poder. É arbitrário o contrário à legalidade, à legitimidade e à licitude. O exercício da função pública não pode se basear na mera vontade ou capricho de seu titular, mas sim em seus fundamentos. Não se pode aceitar a idiosincrasia. O que caracteriza a arbitrariedade não é apenas sua desconformidade com o Direito,

⁶⁴⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. 11. ed. México: Porrúa, 1996, p. 108 e 109.

mas, sim, também e fundamentalmente, carecer de fundamento algum, não se baseando em algum critério ou regra⁶⁴⁸.

Não há de confundir o arbitrário com o incorreto. No caso de que a decisão seja contrária à legalidade, legitimidade ou licitude, poderá ser tanto arbitrária como incorreta. No entanto podem existir casos em que a tomada de decisão seja incorreta, mas não arbitrária. Basta imaginar que uma decisão tomada pelo lançamento de uma moeda ao ar (decisão arbitrária) coincida com a decisão correta. Pese ao casual acerto, a evidência de que a decisão foi tomada de forma arbitrária a converte em incorreta⁶⁴⁹. Do mesmo modo, não é incoerente sustentar que uma decisão possa ser justa e, simultaneamente, arbitrária. Nem mesmo pode-se considerar como um despropósito afirmar que uma decisão possa ser legal e, apesar disso, arbitrária. Todavia não é possível inferir com sensatez que uma decisão é racional e, contudo, arbitrária⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ FRANCISCO RUBIO LLORENTE (RUBIO LLORENTE, Francisco. Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad. In: AA. VV. Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, p. 107-109) afirma que o princípio da arbitrariedade independizou o princípio da igualdade. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?: Una nota. Revista de Administración Pública, n. 124, p. 211-230, jan-abr, 1991) rejeita essa identificação apontando uma correlação entre arbitrariedade e abuso da discricionariedade. Contempla o princípio da arbitrariedade como um mero critério de apoio para a aplicação do princípio da igualdade. Logo, define como arbitrária a atuação contrária à lei e ao Direito, a seus princípios materiais e a seus valores superiores.

⁶⁴⁹ SAMPOL, Joan Mesquida. El concepto de discrecionalidad y su control. Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Ejemplar dedicado a: Ciudadanía e inmigración). Granada, n. 37, p. 337-358, ene-dic, 2003, p. 351.

⁶⁵⁰ 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. 96) assevera que o acerto não basta porque se pode aceitar por casualidade, sendo assim a decisão e a justificação dos decididos assuntos diversos. Alude (ibidem, p. 98): “*Lo que se decide será justo o injusto, legal o ilegal. Si la decisión aparece justificada será considerada racional y, de lo contrario, arbitraria*”. Para o autor à Administração incumbe a carga da justificação: “*cuando la Administración no motiva, incurre en arbitrariedad por partida doble: primero porque no garantiza (y sin garantías no hay nada) que tiene razones que sustentan lo decidido; y segundo porque de verdad no tiene razones para no dar razones a quien debe dárselas (para empezar, a la parte afectada por la medida administrativa)*”.



CAPÍTULO III – APRECIATIVIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 As diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos

A chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade dos órgãos administrativos, os quais, por conseguinte, possuem 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 a existência de outras formas de liberdade ou margens distintas na maneira de atuar da Administração, mas que não são as três citadas. As mais mencionadas são o poder agridável, poder facultativo, poder avaliativo e até uma liberdade prognóstica.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁶⁵¹ menciona duas formas de subjetividade ou autonomia pública: a discricionariedade e a valorização/*prógnosis*. BERNADO DINIZ DE AYALA⁶⁵² inclui no campo da margem da livre decisão, também, a discricionariedade técnica e todos os aspectos da justiça burocrática e exclui, desse âmbito e, por conseguinte, classifica como modalidades de regras de conduta da Administração: a interpretação de conceitos classificatórios; as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados; a liberdade probatória; aspectos da justiça burocrática relacionados com a liberdade probatória; e, a remissão da lei para as normas extrajurídicas.

DARIA DE PRETIS⁶⁵³ 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

⁶⁵¹ 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).

⁶⁵² AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 130.

⁶⁵³ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

discricionarietà em sentido estrito, mas, também, há outras atividades de “*apprezzamento*”. Segundo seu entendimento⁶⁵⁴, essa valorização não discricional da Administração se diferencia da típica discricionarietà 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 afirma⁶⁵⁵ a respeito: “*alla luce del principio di legalità e ferma restando (di regola) l’irrelevanza 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*”.

Recorda o autor⁶⁵⁶ 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 esclarecendo⁶⁵⁷ que: “*Aver riconsociuto 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 occupa*”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 374.

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 376.

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 389.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 405.

⁶⁵⁸ 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*

MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH⁶⁵⁹ 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*”⁶⁶⁰. 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*”⁶⁶¹. De acordo com os estudiosos, tal fenômeno é singular e anômalo, inclusive o chamam de “*legitimate interposition*”.

SATVINDER S. JUSS⁶⁶² 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*”.

ricosciuto 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.

⁶⁵⁹ 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.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁶² JUSS, Satvinder S. *Discretion and deviation in the administration of immigration control*. London: Sweet & Maxwell, 1997, p. 205 e 206.

HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER⁶⁶³ admitem que exista uma “*discrecionalidad 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. GALLIGAN⁶⁶⁴ 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 oportunidade⁶⁶⁵. O resultado de tal afastamento poderá ser de forma organizada

⁶⁶³ 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.

⁶⁶⁴ 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.

⁶⁶⁵ 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 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. [...]

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. KAGAN⁶⁶, 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. GALLIGAN⁶⁷, 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

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”.

⁶⁶ KAGAN, Robert A. Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze. New York: Russell Sage Foundation, 1978, p. 91.

⁶⁷ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 51-54.

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 CAMPBELL⁶⁸ 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, a discricionariedade administrativa em sentido jurídico ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é aceitável pela doutrina. Agora, existem 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 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, sentido e limites, além da diferença com relação à clássica discricionariedade e outros institutos afins.

⁶⁸ CAMPBELL, Tom. Discretionary “rights”. In: TIMMS, N. and WATSON, D. (eds.). *Philosophy in social work*. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.

3.2 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. GALLIGAN⁶⁶⁰, o qual indica que quem a chama de “*discrecionalidad*” 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*”⁶⁶⁰. Há quem a considera um tipo de discricionariedade, como MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN⁶⁷¹ e MARTIN BULLINGER⁶⁷², 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*

⁶⁶⁰ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 23.

⁶⁶⁰ Outros doutrinadores que também a denominam de discricionariedade são: RICO, José Maria. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José Maria (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.

⁶⁷¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 130.

⁶⁷² 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.

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 DAROCA⁶⁷³ 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 "*márgenes*", como JAVIER BARCELONA LLOP⁶⁷⁴, que a chama de folga ou margem de apreciação. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁶⁷⁵ discorre sobre liberdade de conformação. Outros preferem liberdade de configuração (*Gestaltungsfreiheit*), como se costuma fazer ao referir-se à liberdade do legislador⁶⁷⁶. E há, ainda, quem mencione margem de confiança⁶⁷⁷ e margem cognitiva de apreciação⁶⁷⁸.

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*"⁶⁷⁹, para designar qualquer tipo de atuação de eleição livre por parte da Administração; "*street discretion*"⁶⁸⁰, para descrever uma ampla liberdade de decisão dos agentes da rua (*street-level bureaucrats*);

⁶⁷³ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

⁶⁷⁴ 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.

⁶⁷⁵ 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), p. 412.

⁶⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1998, p. 94.

⁶⁷⁷ 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.

⁶⁷⁸ ALONSO MAS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 541.

⁶⁷⁹ HARLOW, C.; RAWLINGS, R. Law and Administration. 2.ed. London: Butterworths, 1997, p. 617.

⁶⁸⁰ BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

“*apprezzamento*”⁶⁸¹, 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*”⁶⁸² (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 discricionariedade, 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. Portanto, é isto o que se pretende fazer neste capítulo.

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.

Não se pretende com este estudo modificar o *nomen iuris* do conhecido instituto que sempre se denominou de discricionariedade ou

⁶⁸¹ PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995, p. 363.

⁶⁸² 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.

margem de livre apreciação. Deseja-se desenvolver um instituto distinto desses que ninguém vem dando a devida importância. A doutrina que se analisou dedica poucas páginas ao tratar de um assunto de extrema relevância jurídica e prática. O que se tentará no presente capítulo é trazer um ponto pouco explorado até o momento para o debate jurídico.

Quiçá o termo apreciatividade administrativa não seja o melhor para designar o que se passará a conceitualizar como tal, mas, na ausência de um termo melhor, é o que se empregará. Talvez, o termo que mais se acerca, em inglês, ao termo apreciatividade seja “*leeway*”, cuja definição é “*a margin of freedom or variation [...] freedom to move within limits*”⁶³, ou seja, margem de liberdade ou variação para mover-se dentro de certos limites. O termo “*room*” ou “*space*” para designar um espaço para mover-se não chega a ser tão claro como “*leeway*”. Porém não existe nenhuma tradução que não seja “*libertad de acción*” nos idiomas de origem latina. Outro termo que também poderia ser útil é o alemão “*willkür*”, que significa arbítrio e que nos dicionários de alemão vem descrito como “*das Handeln nur nach eigenem Belieben, bei dem man keine Rücksicht auf andere Menschen od. Auf irgendwelche Regeln od. Gesetze nimmt*”, ou seja, a única ação que a pessoa estime oportuna, na qual não se tem em consideração qualquer lei ou norma. O problema deste último termo é que mais bem denota a arbitrariedade que o arbítrio em sua concepção positiva.

Desde logo, não seria nada mau um nome próprio e distinto para designar certos tipos de espaços de livre decisão administrativa que não fosse a discricionariedade ou a margem de livre apreciação. A apreciatividade pode (e deve) ser tratada como uma categoria global e autônoma. Assim, passa-se a tratar da apreciatividade administrativa.

3.3 Atividade apreciativa da Administração

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deontica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal

⁶³ Disponível em: <<http://www.thefreedictionary.com/>>.

prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação posteriormente⁶⁸⁴.

Trata-se de hipóteses, como já se esclareceu, que não podem ser aceitas como de livre conformação, 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 eleição/decisão.

O problema está na análise das distintas formas de atuação administrativa do Poder Executivo. A Administração, no exercício de suas distintas atividades, detém uma série de prerrogativas, todas norteadas de “*subjetividade*” ou “*autonomia*”, entre elas, um vasto poder de direção sobre os administrados⁶⁸⁵. Essas valorizações subjetivas que impregnaram toda a atuação da Administração são distintas em funções das diferentes formas de atuação, ou seja, conforme se constituam em um ato administrativo, uma coação administrativa ou uma atividade técnica ou material administrativa.

Assim o é porque 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. A forma de atribuição diferenciar-se-á dependendo da atuação que estiver realizando. 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

⁶⁸⁴ Pense na situação dos agentes de polícia ante hipótese de perigo para a segurança cidadã; um médico perante um paciente com iminente perigo de vida; um bombeiro que tenha de optar entre salvar a vida de uma entre duas pessoa em um incêndio; as autoridades monetárias diante dos movimentos especulativos; os órgãos de governo frente a catástrofes naturais e imprevistas. Em todas essas situações, a Administração deve raciocinar com prontidão e firmeza.

⁶⁸⁵ JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 127) dita que: “*le pouvoir de commandement de l’administration se traduit, en effect, par diverses attitudes qu’elle adopte dans ses relations avec les administrés; soit qu’elle prohibe, soit qu’elle provoque, soit qu’elle permette, l’administration dispose en général d’un large pouvoir discrétionnaire*”.

é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática⁶⁶.

⁶⁶ Vide o exemplo da polícia: PIETRO VIRGA (VIRGA, Pietro. La potestà di polizia. Milano: A. Giuffrè, 1954, p. 41, 54, 55 e 57) considera que a discricionariedade policial é mais ampla que aquela de outros poderes administrativos dada a variedade de situações em que essa deve atender, amplitude que não escusa ao autor de apontar o seguinte: o reconhecimento de um poder discricional exercível nas limitações à liberdade não acarreta autorização para proceder à limitação absoluta; e a apreciação das circunstâncias do tempo ou do lugar exigido pelo exercício da discricionariedade, deve estar conferida à autoridade competente, atribuição que conduz à norma a deixa ao policial a eleição de quando e como intervir, assim como a do meio a utilizar em cada caso.

FILIPPO SATTA (SATTA, Filippo. Principio de legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico. Padua: Cedam, 1969, p. 214 e ss.) menciona que a discricionariedade em sentido estrito não existe em relação à polícia. Não obstante, JOSÉ MARIA RICO (RICO, José Maria (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983, p. 212) afirma que a discricionariedade policial é “*cualquier toma de decisión que no está estrictamente regida por reglas legales sino que contiene más bien un elemento significativo de juicio personal*”. No mesmo sentido, CARL B. KLOCKARS (KLOCKARS, Carl B. The idea of police. Thousand Oaks: Sage Pubns, 1985, p. 92-121) aduz: “*un oficial de policía debe ejercer la discrecionalidad siempre que los límites efectivos de la norma le dejen la libertad de realizar la elección entre emprender una acción o no*”.

HENRI SOUCHON (SOUCHON, Henri. Admonester: du pouvoir discretionnaire des organes de police. Paris: Editions du centre national de la recherche scientifique, 1982, p. 140 e 141): “*Sur le plan théorique, le pouvoir discrétionnaire consiste, pour un policier, à évaluer la dangerosité d’un délinquant pour la société et à décider si elle doit prévaloir sur l’intérêt du coupable à préserver sa liberté jusqu’à sa comparution devant un juge. [...] En d’autres termes, le pouvoir discrétionnaire de la police est fondé en principe sur deux facteurs: les caractéristiques de l’individu déviant et la situation dans laquelle il se trouve par rapport au plaignant*”.

MICHAEL K. BROWN (BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 3) estuda o policial que patrulha as ruas e que faz decisões rotineiras, ou seja, estuda as “*decision to stop and “shake” two black kids walking down the street; a decision to let a drunk driver meander on his way; a decision to forcibly break up a fight between a man and his wife; a decision to pull the trigger to stop a suspected “felon” as he recedes into the darkness*”. Segundo o autor (ibidem, p. 4), discricionariedade é um elemento inescapável do trabalho policial, e surge de dois fatores: “*the ever present reality of scarce resources and the ambiguity of the law*”.

DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 49 e 50) lembra que é necessário, para o sistema, que a polícia tenha uma liberdade em sua forma de atuar, como, por exemplo, deter alguém. O problema, segundo o autor, é que essa “*unofficial discretion*” está nas mãos do policial e que seria preferível que estivesse nas mãos dos oficiais de grau hierárquico superior. Sustenta que, no caso de aplicar ou não a norma pela polícia, os estudos

demonstram que a tarefa principal desse é manter a ordem, mas, ao mesmo tempo, faz parte de um complexo sistema social que faz gerar atitudes particulares, normas e convenções informais que encorajam e premiam concepções individuais de efetividade. Estes atos, juntos, exercem uma considerável influência sobre a atuação e atitude dos policiais, dessa maneira, manifestando uma grande força nas “*unauthorized or assumed discretion*”.

RANELLETTI (1912 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 164) reconhece um amplo poder discricional na polícia, pela impossibilidade de prever e determinar todas as causas de perturbação, assim como os meios e formas a empregar em cada suposto singular. O dever de atuar com rapidez e segurança faz necessário um “*cierto arbítrio*” ou poder de apreciação, com o qual a polícia enfrenta as necessidades, e a garantia dos particulares fica reduzida à possibilidade de recorrer contra os atos administrativos ou a exigência de responsabilidade.

A. TURK (1969 apud 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), *in verbis*: “*na verdade, a polícia dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efectiva aplicação da lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais. A polícia pode partir espontaneamente à descoberta e à detenção dos delinquentes, ou operar apenas quando a prova lhe é oferecida. Pode ignorar uma actividade ilícita, salvo se ela aparece associada a outros factores, como acontece quando fecha os olhos às partidas semanais de poker das zonas urbanas privilegiadas mas se detém ante uma banca onde se jogam as cartas num bairro de lata habitado por negros. Poder realizar a justiça à margem dos registros, prender ou apenas admoestar. Resumidamente: a polícia tem ao seu dispor todas as possibilidades: desde o entusiasmo à apatia, desde o fanatismo às discriminações subtis entre situações análogas, desde o comportamento legal ao ilegal*”.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA (SOUSA, António Francisco de. *Discricionariedade na atuação policial*. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reuniões e manifestações actuação policial. Coimbra: Almedina, 2009, p. 215) também reconhece a discricionariedade policial e afirma: “*A questão fundamental que se coloca em sede de discricionariedade policial não é a de saber se existe uma discricionariedade policial, mas qual a sua dimensão no caso concreto*”. O mesmo autor (*ibidem*, p. 216-219) coloca que as forças de ordem e segurança pública integram a Administração, logo, subordinadas aos princípios da atuação administrativas, mas, por sua importância, onipresença e significado, destaca dois princípios na atuação policial: o princípio da legalidade e da proporcionalidade. Fazendo uma relação com tais princípios, ressalta existirem fundamentalmente três teses relacionadas a discricionariedades policiais:

1) a tese clássica defende que a autoridade policial goza de uma ampla liberdade de atuação para poder atuar oportuna e adequadamente às circunstâncias permanentemente mutáveis com que se depara em seu dia a dia. MARCELLO CAETANO (CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1997, v. II, p. 1124) defendia o seguinte: “*Nunca foi possível, porém, cingir completamente a polícia na legalidade, reduzi-la a mera actividade executora da lei nos precisos termos por esta regulados. Embora no*

direito moderno os poderes de polícia, como todas as formas de competência, tenham de ser conferidos por lei, o facto de as autoridades que os exercem estarem permanentemente em face das manifestações multiformes das condutas individuais e da vida social em tantos casos imprevisíveis senão na forma pelo menos quanto ao lugar, tempo e modo de produção, força a deixar-lhes uma certa margem de liberdade de actuação” e conclui afirmando que: “A polícia ficou, pois, sempre a ser um sector só parcialmente controlado pela lei”. Esse entendimento é muito criticado por entender que a discricionariedade é sempre produto da norma;

2) a tese mista tradicional sublinha que a atuação policial de prevenção do perigo é dominada pela discricionariedade da autoridade, diferentemente da atuação policial de repressão criminal que é dominada pelo princípio da legalidade; e

3) a tese mista reelaborada afirma que a discricionariedade é uma característica (e exigência) da atuação policial da prevenção do perigo, diferente da atividade da perseguição criminal, que é dominada pelo princípio da legalidade. Sem embargo, também, certos domínios da repressão legal estão dominados pela discricionariedade.

Outros, como MANFRED REHBINDER (1981 apud GOMEZ BENITEZ, José Manuel. El ejercicio legítimo del cargo: discrecionalidad administrativa y error en derecho penal. Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho, 1980, p. 54), negam a existência de uma verdadeira discricionariedade policial, afirmando, seu lugar, a existência de conceitos jurídicos indeterminados. Para ALFONSO J. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997, p. 192): “*la configuración que la doctrina y la jurisprudencia han hecho del concepto y extensión de la discrecionalidad administrativa, no puede ser aceptada en la caracterización jurídica de la actividad de la policía de seguridad*”. Sustentam que não se pode admitir que a polícia disponha de uma possibilidade de eleger entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. No entanto, a apreciação policial encaixa no que o autor chama “*margen de confianza necesario*” que o legislador outorga à Administração policial, mas sempre contrastada com técnicas jurídicas de redução e de controle.

Para F. L. KNEMEYER (KNEMEYER, F. L. *Literatur - Polizei- und Ordnungsrecht. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Ano 2, n. 20, 2001, p. 50. In: BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988), a polícia “*se halla vinculada desde el instante en que examina los casos con los que se encuentra, por muy insignificantes que sean: los policías, en su relación con los administrados, al examinar cada suceso que afecta al ámbito policial, tanto en su fase de reflexión, como de decisión, están actuando de un modo vinculado*”. Ele afirma que, mais que frente a hipóteses de discricionariedade administrativa, estará ante a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que admitem, desde a função integrada com a realidade que se predica de todo conceito jurídico, uma única solução justa.

Desde outra perspectiva, é reconhecida a existência de um poder apreciativo policial em: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación. Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 61, p. 125-141, ene/abr, 1970,

Em nenhum caso, portanto, duvida-se da existência de uma tomada de decisão pessoal do agente público em sua conduta diária⁶⁸⁷. Pelo contrário, é ela necessária⁶⁸⁸ e imprescindível⁶⁸⁹. PETER NEYROUD e ALAN BECKLEY⁶⁹⁰

136 e ss; partindo da atividade de coação em geral, VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 1, n. 3, p. 53-129, sep/dic, 1950, p. 58 e 59; e, em relação à polícia administrativa em sentido amplo, GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 1, n. 28, p. 11-50, sep/dic, 1959, p. 27 e 28.

⁶⁸⁷ A aceitação de um poder discricional não exclui que JOSÉ MARIA RICO observe duas consequências negativas: a) a de acarretar uma desigualdade de tratamento, pois nem todos os policiais atuam de igual maneira em idênticas circunstâncias, e recorda que investigações efetuadas nos Estados Unidos mostraram a realidade de um tratamento discriminatório e diferente aos negros, às classes menos privilegiadas e aos grupos de adolescentes; e b) a dos excessos e erros cometidos na atualização do poder discricional “*el hecho de ser poseedor de un poder legal casi absoluto y de un poder real extensible a voluntad, así como el carácter impreciso y anticuado de ciertas legislaciones dan a menudo como resultado que la policía sobrepasa los límites de la legalidad*” (RICO, José Maria. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José Maria (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983, p. 217).

⁶⁸⁸ Para P. A. J. WADDINGTON (WADDINGTON, P. A. J. Policing citizens: authority and rights. Londres: UCL Press, 1999, p. 31), a discricionariedade constitui um assunto crucial da atividade policial, em que respeita ao processo de decisão, dado que “*discretion is the pivot upon which the exercise of authority revolves*”.

⁶⁸⁹ Tomando, por exemplo, a discricionariedade policial, LORD SCARMAN (1981 apud BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988) afirma: “*el ejercicio de la discrecionalidad se encuentra en el fundamento mismo de la acción (at the heart of the policing function). Es innegable que hay una única ley para todos y es justo que así sea. Pero es igualmente reconocido que el éxito policial depende del ejercicio de la discrecionalidad en la forma de hacer cumplir la ley. La buena reputación de la policía depende del conocimiento práctico y del discernimiento que los policías demuestran en las circunstancias particulares de los casos e incidentes que requieran su intervención. La discrecionalidad es el arte de acomodar la acción a las circunstancias particulares. Es el trabajo diario de los policías*”.

Assim entende: BLUNTSCHLI, Johann G. Derecho público universal. Madrid: Góngora, 1880, tomo II, p. 280; ORLANDO, V. E. Principios de derecho administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, p. 187 e 188. Outros autores evidenciam o significado da discricionariedade na prática da linha de frente (*front line practice*), vide: LEWIS, J; GLENNERSTER, H. Implementing the new community care. Buckingham: Open University Press, 1996, p. 18; O’SULLIVAN, T. Decision making in social work. Basingstoke: Macmillan, 1999, p. 35; entre outros.

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 através 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.

ROBERT E. GOODIN⁶⁰¹ questiona a necessidade e imprescindibilidade da apreciatividade afirmando que esta não é logicamente impossível de ser eliminada. Assevera que: “*some kinds of discretion are ineliminable, and some problems with discretion are apparently insurmountable*”, no entanto, dita que “*eliminating such discretions may be inadvisable, but it is not logically impossible. [...] These are discretions that are inevitable, in the sense that they are logically necessary to the operation of a system of rules at all. Such discretions are truly ineliminable: they cannot be eliminated except by eliminating the system of rules itself*”. Corroborando, portanto, que a apreciatividade pode ser removida de um agente em particular até outro ou, inclusive, em uma esfera de poder até outra.

A existência da apreciatividade é considerada como o resultado da prática que se produz: “*away from direct scrutiny by managers, who may themselves also be ignorant of the existence of, or detail in, policy guidance and regulations*”⁶⁰². De fato os responsáveis da formação de políticas públicas, ao menos na prática, usualmente, são profissionais ou ex-profissionais do setor ou segmento que será regulado, sendo conscientes de que os procedimentos serão ignorados ou interpretados por profissionais que, ao praticar suas funções, farão por si mesmos a formulação de suas próprias políticas⁶⁰³. É assim porque todo profissional possui certa autonomia, que é constantemente objeto de tentativa de controle pelos superiores e, ao mesmo

⁶⁰⁰ NEYROUD, Peter e BECKLEY, Alan. Policing, Ethics and Human Rights. Oregon: Willan Publishing, 2001.

⁶⁰¹ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986, p. 233 e 237.

⁶⁰² PRESTON-SHOOT, M. Regulating the road of good intentions: observations on the relationship between policy, regulations and practice in social work. Practice: Social Work in Action, London, v. 13, n. 4, p. 5-20, out./dez., 2001, p. 9.

⁶⁰³ Avante analisar-se-á que a política pública é, efetivamente, o que os agentes da linha de frente fazem.

tempo, objeto de manobras e estratégias de ampliação de autonomia para a gestão dos dilemas que são partes integrantes de suas tarefas. Daí que o tamanho da margem de liberdade está influenciado pelas culturas em torno das distintas classes profissionais⁶⁹⁴.

MICHEL LIPSKY⁶⁹⁵ 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 muito 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 juízos⁶⁹⁶. Os superiores hierárquicos estabelecem

⁶⁹⁴ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 35) afirma que a formação de uma cultura se dá quando comportamentos são imitados em razão de sua presumida funcionalidade para a satisfação de interesses vivenciados e convivenciados, individuais ou coletivos e, com a repetição de hábitos, transformados em costumes, gera-se a instituição, como um determinado complexo comportamental estabilizado em uma sociedade, que passa a ser um padrão regular de condutas socialmente previsíveis de atores sociais a ser postos sob determinadas circunstâncias.

⁶⁹⁵ LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 14 e 15.

⁶⁹⁶ 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

critérios ou políticas, mas a aplicação destes são atuações realizadas com uma margem de liberdade, geralmente, executadas pelos agentes que estão em contato direto com o cidadão⁶⁹⁷. Daí a importância da ideia do agente público ideal. Segundo J. TOMPKINS, M. J. LASLOVICH e J. D. GREENE⁶⁹⁸, o agente público deve ser “*one who is politically sophisticated, technically competent, well grounded in conceptual and theoretical knowledge, and cognizant of the values that connect the means and ends of government*”⁶⁹⁹.

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 um fenômeno que ou está presente ou ausente e repousa em uma hipótese de que é evidentemente um “*good thing*”. Afirmam que a proliferação de “*rules and regulations*” não deveria ser sinônimo de maior controle sobre a discricionariedade profissional, pois, paradoxalmente, 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.

⁶⁹⁷ Normalmente é o comissário de polícia quem tem o dever de fazer cumprir a norma penal, ninguém tem o poder de forçá-lo a cumprir seu dever: “*the responsibility for law enforcement lie on him. He is answerable to the law and to the law alone*”. [Regina v. Commissioner of Police 1968 2 W.L.R 903-4 (C.A.)]. É ele quem normalmente tem a subjetividade de traçar uma política pública.

⁶⁹⁸ TOMPKINS, J.; LASLOVICH, M. J.; GREENE, J. D. Developing a competency-based MPA curriculum. Journal of Public Administration Education, Lawrence, v. 2, n. 2, p. 117-130, summer, 1996, p. 121.

⁶⁹⁹ VOLLMER (1936 apud RAPOSO, João. Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível? In: AA. VV. Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao prof. Doutor

Recorde que o aparato administrativo está composto por distintos níveis de agentes, todos e cada um com uma função importante dentro da máquina administrativa. Mas, quando se focaliza relações da Administração com terceiros, o certo é que não são os diretores os que as realizam. Não corresponde à realidade administrativa achar que são aqueles que tenham ajuste direto com os administrados. São os servidores que atuam na linha de frente, ou seja, que estão diretamente em contato com os cidadãos; o que importa ter em conta daqui em diante.

Muitas das eleições ou da tomada de decisões rotineiras, regulares e cotidianamente realizadas por tais agentes públicos possuem uma margem de liberdade bem mais ampla do que se pode imaginar. Pode-se supor, por exemplo, que a base para a não execução de determinada obrigação normativa, muitas vezes, é uma ação deliberada, inclusive não existindo em normas excepcionais. E assim ocorre por ter ideia do propósito da norma, 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 situações⁷⁰⁰. A capacidade de apreciatividade pode levar a resultados melhores, mais benéficos para a sociedade, menos injustiças e, por conseguinte, a resultados mais eficazes e eficientes⁷⁰¹.

António de Sousa Franco. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2, p. 417) refere que o policial ideal é aquele que tenha, simultaneamente, “*a sabedoria de Salomão, a coragem de David, a paciência de Job, a liderança de Moisés, a delicadeza do Bom Samaritano, a estratégia de Alexandre, a fé de Daniel, a diplomacia de Lincoln, a tolerância do Carpinteiro de Nazaré, a ciência de Galileu e por último um conhecimento profundo de todos os ramos das Ciências Naturais, Biológicas e Sociais*”.

⁷⁰⁰ As normas jurídicas punitivas ou sancionárias não atribuem poder ao agente policial. O dever da polícia faz cumprir a norma quando eles pensam que são justas, ou quando pensam que a execução não é inconveniente, ou quando pensam que a execução não é excessivamente custosa. Tal obrigação está sempre disposta na norma jurídica, além de ser implícito do conceito básico da função policial.

⁷⁰¹ DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 48) expõe que é necessária uma distinção quando se está diante de uma norma ineficiente, irreal ou injusta ou quando diante de uma norma aceitável por todos, mas que uma discricionariedade residual para afastar-se dela (a norma) é um elemento necessário para a justiça ou moralidade. E completa que a diferença é uma linha tênue.

O importante, no entanto, é saber que a margem de manobra existente nestes agentes é outorgada de maneira distinta das que possuem os órgãos diretivos. Enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. No entanto não se pode contemplar como usurpadores de tal 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 acontecerem⁷⁰², por isso, muitas vezes, a não execução de uma norma, por exemplo, serve em certa medida para compensar tal inabilidade. A apreciatividade, na realidade, é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da pretensão, isto é, da composição e do funcionamento dos órgãos competentes a determinar seu alcance.

É certo que todo o agente possui sua função e competência atribuídas por uma norma jurídica, ainda que seja esta genérica. A diferença da discricionariedade, 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 intuição⁷⁰³.

⁷⁰² ALEJANDRO NIETO GARCÍA (NIETO GARCÍA, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Año 14, n. 44, may/ago, 1964, p. 155) aponta que “*la realidad administrativa es algo que no puede encerrarse en fórmulas, por muy perfectas que sean*”.

⁷⁰³ PETER MIRFIELD (MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 125) traz essa noção relacionada ao policial: “*The investigative power of the police are both the creatures of, and regulated by, the law. There is, of course, a police discipline code, to which all officers are subject. The matters with which it deals, though often of great public significance, are clearly internal to the police. The general law of the land regulates police powers in three distinct ways. First, the*

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

common law continues to govern some aspects of their conduct. For example, the doctrine requiring certain information to be given to persons arrested or searched was established by Christie v. Leachinsky, though it now has statutory force. Christie would seem to be quite capable, because it is clearly based upon a general principle that citizens should be informed of what coercive powers are being used against them and of the reason why, of generating equivalent requirements in respect of newly-created police powers. Furthermore, the general law, applicable to all citizens, may prove significant in some cases. It was undoubtedly a very significant factor in the decision in Matto v. Wolverhampton Crown Court that, at the time when the police had required the accused to provide them with a sample of breath, the officers were knowingly trespassing upon the accused's land. Secondly, statutory provisions now impinge very extensively indeed upon the exercise of investigative powers. The most wide-ranging statute is the 1984 Act, but there are many other. Thirdly, there are the codes of practice made under the Act. At present, there are five such codes, regulating the exercise of powers of stop and search (Code A), the exercise of powers to search premises and seize property found therein (Code B), the detention, treatment, and questioning of members of the public (Code C), the identification of alleged offenders (Code D), and the tape-recording of interviews (Code E)".

Sobre tais códigos, PETER MIRFIELD afirma (op. cit., p. 126): *"The form in which the codes are drafted is such that there may be as many as three different elements. There are, in all of them, numbered paragraphs, many of which are drafted in duty-imposing or power-conferring form. Some of them also have annexes, in differently numbered paragraphs, to which reference is made in the main part and which, again in many cases, impose duties or confer powers. Finally, there are what sub-headings in the codes describe as "Notes of Guidance" The clear purpose is to provide guidance to police officers with regard to the exercise of their duties and powers. However, in so doing, they often seem to qualify, limit, or even extend those duties and powers".*

Tal *"notes for guidance"* são notas guias para que seus executores e outros tenham um maior conhecimento a respeito de sua aplicação e interpretação. Assim o é porque os códigos de conduta devem ser interpretados com suas notas.

Ante tal situação é também importante afirmar que não se pode esquecer a jurisprudência que, muitas vezes, configura-se como um guia para o executor; e não apenas como uma circunstância para outro juiz. Não é função primária dos Tribunais disciplinarem, educar e, inclusive, punir a Administração, mas é certo que, ao resolver litígios, também, atua desse modo, e tal forma de atuação ajuda da Administração a administrar.

ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar⁷⁰⁴.

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.

É evidente que, muitas vezes, o agente executor que atua com imediatidade ou urgência elege alternativas ou opções debilitadas de elementos para ações pautadas no Direito, ocasionando ações “*trágicas*”. São basicamente nestas ocasiões que o controle, interno ou externo, conseguirá conter esta margem de liberdade em seus limites.

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. E isso significa que os elementos disponíveis para a ação imediata ou urgente são distintos dos elementos dispostos no momento do controle, pois, muitas vezes, aos primeiros executores administrativos cabe-lhes um juízo de valor influenciado por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmicos, preconceitos⁷⁰⁵, entre outros que possam aparecer na fase de controle e que apenas posteriormente possam ser avaliados mediante todas as normas, regras,

⁷⁰⁴ SOUSA, António Francisco de. Discricionarietà na actuação policial. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reuniões e manifestações actuação policial. Coimbra: Almedina, 2009, p. 221 e 222.

⁷⁰⁵ Não se deve esquecer que a Administração atua através 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 a servir (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración, 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 134).

princípios e demais elementos do Direito, que esse executor jamais poderia ter a pretensão de pensar no momento do fato administrativo.

Deixar esse executor sob a eterna tensão de ser responsabilizado por tal atuar imediato ou urgente ou, ao contrário, por sua omissão, pode equiparar-se a deixar de proteger a ação administrativa, o serviço público e, conseqüentemente, o administrado. Além disso, pode-se promover o desinteresse dos bons profissionais pelo serviço público em razão do medo de assumir o risco de responder pessoalmente por conduta imediata ou urgente. A verdade é que, se toda norma jurídica fosse executada de maneira estrita, viver-se-ia em uma sociedade insuportável. Deve-se ter em conta que a decisão individual do agente não muda o *status* legal do administrado⁷⁰⁶.

Enfim, ante ao exposto, já se pode ter uma ideia do que se entende por apreciatividade. Passa-se, então, a desmembrar, precisar e detalhar cada um dos elementos característicos da apreciatividade.

3.4 Elementos essenciais da definição da apreciatividade

Observou-se que definir discricionariedade não foi uma tarefa fácil. Pior ainda é definir a apreciatividade administrativa. E isso sucede porque ambos os termos são ambíguos⁷⁰⁷, sendo que o segundo não possui um

⁷⁰⁶ Imagina uma pessoa que não tenha cumprido uma norma penal e um policial que tenha decidido de não o prender, mas somente chamar atenção, sua situação jurídica será de infrator e ainda estará sujeito às punições que a norma o impuser.

⁷⁰⁷ GEORGE P. FLETCHER (FLETCHER, George P. Some unwise reflections about discretion. *Law and contemporary problems*, Durham, v. 47, n. 4, p. 269-286, autumn 1984, p. 269) questiona o uso da palavra discricionariedade para todas as decisões tomadas dentro do sistema criminal, onde a polícia, o procurador, os juízes e o jurado praticam. Questiona: “*whether the concept of discretion is an appropriate way to capture the reality of decisions made in the processes of arrest, prosecution and trial*” e argumenta que o conceito é ambíguo introduzindo à ideia de prerrogativa. Primeiro, afirma que uma pessoa normal usa a palavra discricionariedade como “*judgment merges*” ou como “*decisional autonomy*”. Depois, analisa o conceito dos juristas concluindo que (ibidem, p. 273): “*confidence that the purpose of the legal system is to protect rights under law proves to be a sufficient basis for distinguishing decisions about the law from the managerial decisions that we call discretionary*”. Por fim, analisa conceitos famosos na doutrina para apontar quatro diferentes modos mediante os quais a palavra discricionariedade é utilizada (ibidem, p. 276): “(1) *discretion as wisdom*; (2) *discretion as managerial authority*; (3) *discretion as personal input*; (4) *discretion as power*. Tendo a vista essa visão questionando o porquê de utilizar a palavra discricionariedade se poderia utilizar outras como juízo, interpretação e entendimento

desenvolvimento na ciência jurídica. No entanto, assim como se faz com a discricionariedade e por ser uma espécie de gênero da subjetividade ou autonomia pública, devem ser extraídos dos aspectos mencionados três elementos essenciais – próprios do instituto: subjetivo, somente a Administração Pública possui esse tipo de subjetividade, mas, principalmente, os servidores que atuam na linha de frente ou que tenham contato direto com os cidadãos; formal, derivado da indeterminação do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se normalmente a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não havendo necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; volitivo, visto ser, por sua vez, uma liberdade de conduta frequentemente rotineira, regular e cotidiana realizada com algum caráter de imediatidade ou urgência.

Pode-se observar, assim como ocorre com a discricionariedade, que a apreciatividade administrativa possui três elementos essenciais, com diferenças substanciais em todos eles. Além desses elementos essenciais, existe outro omnipresente em toda a Administração Pública, o elemento objetivo, que é o dever de atenção aos interesses públicos (legalidade, legitimidade e licitude). Nesse contexto, então, passa-se a analisar os elementos diferenciadores da apreciatividade administrativa em comparação com a discricionariedade administrativa.

pessoal. Para o autor, as quatro categorias revelam um gigantesco potencial de controvérsias. Por isso, distingue decisões discricionárias de matérias relativas a prerrogativas, pois alguns usos da palavra discricionariedade são mais cômodos de acordo com a concepção comum da palavra prerrogativa. Invocando o conceito de prerrogativa demonstra a ambiguidade do conceito de discricionariedade. Ele pensa que a palavra discricionariedade é melhor utilizada ante situações em que (ibidem, p. 282): *“there is in the background a sense of a higher authority's approving and tolerating the discretion [...] This does not seem to be the case with matters of prerogative”*. Para o autor nada pode estabelecer regras para como proceder em determinados casos: *“No one could lay down a set of rules to tell Congress how to legislate. No one could specify, conclusively, the standard for presidential mercy. No one could specify a determinative set of criteria for selecting Supreme Court nominees. These are matters that are intrinsically free of regulation”*. No entanto é comum o estabelecimento de regras, às vezes, apenas formais/procedimentais, outras vezes, substanciais. Sobre a epistemologia da palavra discricionariedade vide o capítulo I.

3.4.1 Margem de liberdade/autonomia/volição rotineira realizada com algum caráter de imediatidade ou urgência

A apreciatividade, assim como a discricionariedade, é, em sua essência, margem de liberdade/autonomia/volição para eleger ou decidir entre atuar ou não⁸⁸. A ideia de margem de liberdade é, portanto, aceita por todos, mas em que consiste tal liberdade? Enquanto a liberdade de atuação na discricionariedade se projeta sobre as normas, a apreciatividade se projeta sobre fato e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite.

O que difere a apreciatividade da discricionariedade é que, na segunda, decidindo atuar, deve o administrador optar por uma das consequências que a norma jurídica o autoriza. Na primeira, decidindo atuar,

⁸⁸ 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. 89) afirma que: “*The idea of discretion is associated with the making of decisions and implies that a decisionmaker can make choices among alternative courses of action. [...] Alternatively, it can be said that the police have discretion in instances in which the law does not specifically determine which among alternative courses of action must be selected in a particular situation*”. Mais adiante, informa que tal diferença faz surgir diferentes perspectivas no significado da expressão “*police discretion*”, sendo eles: “*an officer who has discretion has the power to choose among alternatives. A second and closely related aspect is that a choice made by an officer in the exercise of his discretion must be permitted by the authority of the law. A third is that an officer who has discretion exercises individual judgment in making a choice*”.

A primeira percepção tem relação com a ideia de margem de liberdade/autonomia/volição. Discricionariedade, para o autor, é “*a matter of choosing among alternative courses of action*”. Segundo o autor (ibidem, p. 90 e 91): “*The greater the number of alternatives open to an officer in handling any police matter, the greater are both the officer's freedom to choose and his ability to negotiate a course of action or exercise the powers of a compliance rather than a deterrence agent. In addition, the less likely it is that any consequences will befall the officer for choosing among these different courses of action, the less likely it is that the officer will enforce the law*”. No tocante ao segundo aspecto, reflete o autor que a discricionariedade policial “*raises the issue of whether or not an officer making a choice can be held legally or administratively accountable for his action*”. E ao terceiro aspecto do conceito de discricionariedade policial, expõe que a decisão é raramente simples, ao tomar uma decisão, o policial “*must make decisions about alternative courses of action, such as whether it is necessary to apply force of some kind, whether it is necessary to search the person for the officer's protection, whether it is necessary to segregate the suspect when transporting him in order to protect others, and whether to pursue the person in flight*”.

este tem total liberdade de eleição/decisão, não necessitando optar entre as distintas consequências jurídicas oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente pela norma. 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.

Existe semelhança entre a apreciatividade e a discricionariedade porque nesta existe uma discricionariedade de atuação, localizada no operador deôntico da norma jurídica e uma discricionariedade de eleição, localizada na parte perceptiva da mesma norma. A apreciatividade também 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 vinculados⁷⁰⁹.

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 AYALA⁷¹⁰. 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 margem de manobra, mas, na decisão propriamente dita, não. Por isso, afirma o autor que a liberdade probatória

⁷⁰⁹ O policial poderá atuar ou não atuar, isto é, aplicar ou não a consequência jurídica ou alguma das consequências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante (discricionariedade de atuação); ou escolher entre uma consequência ou outra, se a Administração opta por atuar (ou está obrigado a ele) e são várias as consequências jurídicas permitidas (discricionariedade de eleição). Daí que F. L. KNEMEYER (KNEMEYER, F. L. *Literatur - Polizei- und Ordnungsrecht. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Ano 2, n. 20, 2001, p. 45. In: BARCELONA LLOP, Javier. *El régimen jurídico de la policía de seguridad* (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988) distingue duas fases da margem de apreciação policial: a primeira, consiste no momento em que se toma uma concreta decisão ao constatar a concorrência das situações fáticas que permitem adotar validamente uma intervenção policial; e a segunda fase, definida pela eleição da forma e dos médios materiais a utilizar em dita intervenção.

⁷¹⁰ AYALA, Bernardo Diniz de. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 112.

possui uma dupla natureza, no plano prático, tem uma margem de livre apreciação, mas, no plano teórico-jurídico, é uma decisão vinculada. Já TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁷¹¹ assevera que a valorização da prova não é questão de discricionariedade ou arbítrio. Apesar de referir-se à discricionariedade judicial, sustenta que “*valorar la prueba practicada en el curso de un proceso es, ciertamente, una operación compleja, tanto o más, incluso, que la de interpretar las normas, pero ello no autoriza de ninguna manera a afirmar que el juez o Tribunal llamado a realizar ambas operaciones goce al hacerlo de auténtica discrecionalidad, esto es, de una facultad de elegir, desde luego, el ordenamiento jurídico no le otorga*”. E finaliza dizendo que quaisquer que sejam as margens da valorização que a prova possua, não é essa uma discricionariedade em sentido estrito, admitindo, assim, uma margem.

Há, também, quando for possível, uma margem de liberdade apreciativa em relação com os critérios interpretativos. MANUEL SEGURA ORTEGA⁷¹² 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.

Outro campo que também implica a apreciatividade está nas decisões realizadas de maneira rotineira, regular e cotidianamente. KEITH HAWKINS⁷¹³, 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

⁷¹¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 91 e ss.

⁷¹² ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 67 e 68.

⁷¹³ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39 e 41.

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. MANNING⁷⁴, 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*”. Enfoca uma apreciação naturalística de limitação do uso da margem de liberdade nestes eventos, que se baseia nos conceitos de “*frame, field, context, surround, and code*”. A “*frame*” proporciona as regras e princípios que guiam eventos já vividos, sendo uma “*organizational frame*”, uma estrutura de conhecimento, experiência, valores e significados que organicamente são adotados pelos decisores. O “*field*” é a base social que etiqueta uma situação de decisão, constitui o pano de fundo da decisão. O “*context*” inclui as hipóteses, os valores, as ideologias e as normas sociais que o tomador aporta ao processo de decisão. O “*social surround*” são as correntes gerais políticas e econômicas e a evolução dentro de um campo de decisão. E, por fim, os “*codes*” são os conteúdos da estrutura organizacional que possuem aspectos semânticos contendo regras ou princípios para regular um conjunto de

⁷⁴ MANNING, Peter K. ‘Big-bang’ decisions: notes on a naturalistic approach. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

comportamentos. Contudo, o traço mais característico da apreciatividade, em comparação com a discricionariedade, é naquelas eleições ou tomadas de decisões que se realizam com certa imediatidade ou urgência⁷¹⁵. Para HAURIU⁷¹⁶, a urgência, a imediatidade, o provisório e a necessidade de atuação se translucidam a partir de uma perspectiva jurídico-formal em que “*en la coacción, la decisión y la ejecución no se encuentran separadas*”⁷¹⁷.

Segundo PIERRE-HENRI TEITGEN⁷¹⁸, para que a urgência habilite o uso da coação direta, é preciso que, por um lado, exista um “*peligro grave que se deba prevenir*” e, por outro, que o “*peligro sea inmediato*”. Portanto, a noção de urgência estaria ligada à de “*periglo inminente*”. IÑAKI AGIRREAZKUENAGA⁷¹⁹ conceitua como urgente “*una noción*

⁷¹⁵ Sobre a discricionariedade policial se afirma que o policial precisa avaliar a situação com que se depara e tomar decisões em um curto espaço de tempo, em um ambiente mais ou menos complexo, vide: REINER, Robert. Policing and the police. In: MAGUIRE, Mike; ROD, Morgan; REINER, Robert (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Claredon Press, 1997 e WADDINGTON, P. A. J. *Policing citizens: authority and rights*. Londres: UCL Press, 1999.

⁷¹⁶ 1933 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990, p. 119.

⁷¹⁷ PIERRE-HENRI TEITGEN (1988 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990, p. 106 e 107) distingue poder de decisão e poder de coação. Afirma o autor que os policiais atuam *en nombre* da autoridade. As ordens policiais são simples medidas de execução das decisões adotadas formais ou verbalmente pela autoridade. Por conseguinte, os agentes somente podem gozar da iniciativa no momento da execução ou ao aplicar a coação. Neste sentido, “*toda operación de coacción ejecutada por la policía debe realizarse en cumplimiento de una decisión de la autoridad, que será el acto en virtud del cual la operación se efectúa*”, ou seja, que nesta matéria não se exclui de nenhuma maneira o princípio do ato prévio.

Contudo este ato ou decisão não necessariamente deve ser escrito, também, pode ser verbal e, inclusive, é possível que se encontre implícito “*en las consignas generales o especiales que guíen la actividad del agente*”. Porém qualquer que seja a forma de manifestação da decisão, o ato administrativo decisório deve existir. Em hipótese de que a coação ou “*opération de forcé*” levada ao cabo pelos agentes de polícia não pode se atar com uma decisão de autoridade, a juízo de PIERRE-HENRI TEITGEN, encontrar-se-ia ante a via de fato.

Em conclusão, a autoridade administrativa arbitrará as medidas das forças indispensáveis “*para el mantenimiento del orden público y la seguridad pública*”. Seu poder será a sua vez um poder de decisão – competência própria – e um poder de coação – competência delegada a polícia.

⁷¹⁸ 1988 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990, p. 110.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 329 e 425.

circunstancial, con fundamento en unos hechos concretos que provocan una situación de peligro inminente, teleológicamente orientada por el ordenamiento jurídico, presidida por los principios de actualidad, provisionalidad, realidad y con tendencia a ser localizada en un marco territorial”⁷²⁰.

Na apreciatividade, seu executor normalmente não tem tempo de refletir sobre seus juízos de valor, por isso, está influenciado por questões psicológicas, por pressões emocionais e discriminatórias, por grau de informação, por grau acadêmico e, também, por preconceitos⁷²¹. Ademais, o mais comum é que a eleição ou a decisão não seja reversível, inclusive se, a

⁷²⁰ Ademais, a diferença da noção de circunstâncias excepcionais: “*en la medida en que ésta destaque sólo uno de los elementos de aquélla (la materialidad de los hechos) mientras que la urgencia supone una posterior calificación jurídica de los mismos, que sobre tal base libra el arsenal operativo con carácter inmediato. Asimismo, la noción de peligro, siempre que sea inminente, no constituye sino la condición de la urgencia*”. Por último, a diferença com a noção de necessidade afirmando que “*la urgencia es una categoría de la necesidad (la necesidad de actuar inmediatamente); en consecuencia, una acción no será urgente si previamente no es necesaria, pero una acción necesaria no aparece como forzosamente urgente, salvo que su grado de inminencia exija una intervención inmediata*”.

⁷²¹ 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 discricionariedade 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.

posteriori, sua opção seja declarada como ilegal. Não há como regressar ao *status quo*.

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 diferença do que ocorre na discricionariedade, o executor não estabelece nem critérios dentro de uma margem ampla de liberdade, nem subcritérios que respondam aos critérios previamente estabelecidos, realizando apenas uma eleição ou decisão dentro de alternativas ou opiniões oferecidas pela norma. A apreciatividade pode ser a ausência de critérios marcados pela norma, mas não a possibilidade de atuar sem critério algum.

DENIS J. GALLIGAN⁷²² individua três elementos primários nas decisões: estar diante de fatos, estabelecer critérios e aplicar os critérios aos fatos. Para o autor, a discricionariedade 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 discricionariedade 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 discricionariedade é a ação final e não um elemento ou etapa no curso da decisão. Assim, uma coisa é aplicar, outra é criar critérios. Parece que o autor denomina discricional o que aqui se tenta diferenciar (discricionariedade e apreciatividade). Ele engloba, em um único conceito, a diferença que se deseja apontar aqui.

⁷²² GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 9-11.

Esse mandato de agilidade, celeridade ou rapidez na atuação administrativa, a fim de realizar eleições ou obter decisões em prazos razoáveis, não supõe e não pode supor que a atividade administrativa acabe sendo precipitada, alocada ou irrefletida²³³. 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 na discricionariedade, 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.

Ademais, como se observou ao tratar da margem relativa de liberdade da discricionariedade, na prática, é quase impossível para uma norma, por mais vinculante que seja, expressar quando, onde e como deve atuar o agente

²³³ Nesse sentido: BULLINGER, Martin. La administración al ritmo de la economía y la sociedad: reflexiones y reformas en Francia y Alemania. *Documentación administrativa*, Madrid, Año 35, n. 234, p. 85-114, ene-abr, 1993, p. 100.

HERMAN GOLDSTEIN (GOLDSTEIN, Herman. *Policinando uma sociedade livre*. São Paulo: Editora USP, 2003, p. 27 e 28): “a presunção de que os departamentos de polícia são órgãos executivos que trabalham em estrito acordo com as normas da lei está intimamente ligada ao conceito estrito de que a função policial é lutar contra o crime”. Fala o autor que a liberdade discricional, durante muito tempo, não foi reconhecida, mas afirma que hoje voltou a ser crítico reconhecer a discricionariedade, promover seu controle e pensar cuidadosamente nas implicações que a natureza discricional da função do policial tem para a instituição, para a equipe e para o treinamento do seu próprio pessoal, e coloca (ibidem, p. 127): “a polícia exerce um amplo poder discricional ao conduzir suas múltiplas funções. E, igualmente, deveria estar óbvio que a qualidade do serviço policial depende do critério pelo qual esse poder é praticado”. O autor (ibidem, p. 128) fala de diferentes formas de poder discricional. Assim, aduz: “em alguns departamentos, discricional significa meramente usar o bom senso comum em circunstâncias excepcionais. Conota um grau de flexibilidade em uma situação não usual, quando o tratamento mais formal causaria constrangimento para o policial e para a agência. Em outros departamentos, pensa-se que a palavra discricional deva ser aplicada somente nos julgamentos que a polícia precisa fazer ao usar o processo criminal – ao procurar suspeitos e veículos, ao obter mandados de busca, ao conduzir reconhecimento e ao entrar em propriedades. E, ainda em outros casos, poder discricional refere-se em princípio à aplicação seletiva de leis – ou seja, decidir quando agir contra uma conduta definida como criminosa”. Sustenta que, para apreciar até onde a polícia exerce seu poder discricional, é necessário identificar a gama total de tais decisões e começar a distinguir suas diferentes categorias, entre as quais, enumera seis: eleição de objetivo, eleição de método para intervir, eleição entre as formas alternativas de disposição legal, eleição de método de pesquisa, determinando o procedimento de campo e questões da administração interna e emissão de licença e permissões (quando é de sua competência).

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 da discricionariedade. Logo, pode haver apreciatividade sem discricionariedade, mas é muito mais complicado que exista discricionariedade sem apreciatividade⁷²⁴. É assim porque, inclusive diante de ações deontológicas, sempre haverá uma manifestação não deontológica. 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.

Até o momento, tratou-se apenas das condutas que consistem em uma ação, mas também existirá subjetividade nas condutas omissivas. KENNETH CULP DAVIS⁷²⁵ 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 o primeiro pressuposto da discricionariedade e da apreciatividade, 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 exista. 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

⁷²⁴ 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.

⁷²⁵ DAVIS, Kenneth Culp. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 4.

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 pública⁷²⁶.

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 e conveniente, baseado em suas convicções particulares e, inclusive, em suas 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.

Relacionando essa variação ao nível de discricionariedade e apreciatividade, pode-se dizer que, quando o Estado invoca a situação, a margem de liberdade é maior porque o único que necessita ser satisfeito é o agente; enquanto a invocação de um administrado tende a ser menor devido às

⁷²⁶ J. Q. WILSON (WILSON, J. Q. Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968) delinea quatro tipos distintos de solicitação da intervenção policial baseados em dois fatores: o início da solicitação e a função da solicitação. Iniciação da solicitação pode ocorrer pela polícia ou pelo cidadão. Função da solicitação ou bem cumpre com uma ordem social ou um propósito da lei. Estes fatores, então, produzem quatro tipos de solicitações diferentes: (1) polícia invocando aplicação da lei, (2) polícia invocando a manutenção da ordem, (3) cidadão invocando aplicação da lei e (4) cidadãos invocando a manutenção da ordem.

reais ou percebidas expectativas do cidadão, do superior hierárquico e do público existente.

Na discricionariedade, praticamente todas as manifestações de vontade são feitas por meio de condutas positivas. Não há conduta omissiva quando existem poderes atribuídos por meio da discricionariedade. 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 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.

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.

Apenas para exemplificar os diversos tipos de conduta apreciativa, pode-se citar: ignorância, rejeição, execução, transformação, controle, entre outros⁷²⁷.

⁷²⁷ Pode-se exemplificar tais situações por meio do estudo do HUMAN RIGHTS WATCH (HUMAN RIGHTS WATCH. Discretion without bound: the arbitrary application of Spanish

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 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

immigration law. Human Rights Watch, New York, v. 14, n. 6 (D), p. 1-23, July 2002, p. 5), que relata uma prática abusiva por parte da polícia de imigração que muitas vezes solicita documentos que não são exigidos pela lei. Isto é um caso de *“police required an Armenian migrant to submit proof of economic means to stay in Spain and a visa from her country of origin in order to obtain a residence permit, though neither element was required by law”*. Isso leva a uma situação em que, muitas vezes, a polícia não consegue justificar o porquê da devolução ou da expulsão de um imigrante que evidencia um abuso de poder. Outro problema mencionado em casos de imigração é a ausência de informação (sistema de imigração, direitos e estatutos jurídicos no país, por exemplo), assistência jurídica e serviços de tradução e interpretação. Existem situações documentadas em que o imigrante assina sua expulsão crendo ser uma permissão de trabalho.

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 r investigações individuais sobre as solicitações, além de organizar os recursos e diferir 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.

Em qualquer conduta, seja ela discricional ou apreciativa, estará vetado ao agente vender sua eleição ou decisão. Segundo HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER⁷²⁸, a venda de atos discricionais (*Verkauf von Ermessenakten*) e logicamente de qualquer atuação apreciativa constitui um ato ilícito dos deveres da Administração. Isto se denomina, por certa doutrina, “*proibição de acoplamento*”. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA⁷²⁹ refere-se a uma “*proibição de acopulação*”, que seria a proibição de fazer depender decisões discricionais de prestações de cidadãos que não tenham uma relação com a decisão em questão.

Outra diferença entre a discricionariedade e a apreciatividade é que a primeira não possui natureza criadora, o agente público está atado às alternativas ou opções legais, não pode ele criar outra opção de conduta. Já a apreciatividade possui uma natureza criadora e, em consequência, pode servir para modificar o próprio conteúdo do Direito. Pouco importa, para estes efeitos, que as normas do sistema estabeleçam o contrário, porque a realidade é acaba se impondo.

⁷²⁸ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 472.

⁷²⁹ 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), p. 407.

3.4.1.1 Tomada de eleição ou decisão: processos, métodos e técnicas

Existem três formas de “*pensamento efetivo ou aplicado*”: a tomada de decisões, a resolução de problemas e o pensamento criativo. 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 ideias⁷⁰⁰. 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 RIDDER⁷⁰¹, “*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*”.

Possuir apreciatividade 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 da apreciatividade e da discricionariedade.

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

⁷⁰⁰ SAINSBURY, Roy. Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁷⁰¹ 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.

economistas e psicólogos, principalmente no tocante a problemas com negócios, administração e políticas públicas, mas, atualmente, por juristas e sociólogos.

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 livremente⁷³², feitas por meio do reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou avaliação razoável. MIGUEL CÓRDOBA BUENO⁷³³ explica cada uma dessas reações⁷³⁴.

Elege-se entre várias alternativas ou opções quando não se é capaz de quantificar os resultados⁷³⁵. Estar-se-á elegendo sempre que houver uma análise qualitativa⁷³⁶ de um problema e pensa-se que uma das opções é melhor

⁷³² 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.

⁷³³ CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 5 e 6.

⁷³⁴ 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 ao 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 das mesmas, 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.

Entende-se que, na discricionariedade, deve sempre fazer uma avaliação razoável, e na apreciatividade não. Esta, quando possível, deveria ser realizada por meio de uma avaliação razoável, mas, na grande maioria dos casos, é feita por outros meios.

⁷³⁵ A palavra eleição é ambígua, pois se utiliza para fazer referência tanto a um processo como ao resultado desse processo.

⁷³⁶ Portanto se realizará uma graduação de alternativas e isso supõe a necessidade de estabelecer relação de preordem, de ordem ou de equivalência, para que assim possa ser capaz de

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 adequada⁷⁷⁷. 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 dita⁷⁷⁸.

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 à 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.

É importante ter em conta que sempre que optar por critérios fará também operações de estabelecimento de subcritérios, de ponderação de interesses e fatores em conflito e de atribuição de pesos relativos. Tal conduta sempre estará ligada à apreciatividade, pois raramente a norma jurídica parlamentar define os critérios a seguir pela Administração.

⁷⁷⁷ 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.

⁷⁷⁸ MIGUEL CÓRDOBA BUENO (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 30 e 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 suscita, e que se concretizará em um conjunto de estados da natureza; uma função de avaliação dos resultados, que estabeleça as consequências

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 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 opções⁷⁹⁹. Do conjunto de alternativas ou opções de uma eleição ou decisão se costuma predicar 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 POLICE⁸⁰⁰: *“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”*.

A decisão administrativa é, conseqüentemente, 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

atribuíveis da aplicação de cada opinião ou alternativas nos diversos possíveis estados de natureza.

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

⁷⁹⁹ 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.

⁸⁰⁰ POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 82.

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 tentativas⁷⁴¹.

Em outras palavras, afirma o autor⁷⁴²: *“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 identificabile in una linea variamente configurata e non unidirezionale, la quale percorre l'intero processo decisionale e fa emergere la decisione in misura variabile a seconda dell'andamento procedimentale”*.

A apreciatividade, por derivar, com frequência, de atuações rotineiras, regulares e cotidianas, realizadas 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 apropriados⁷⁴³. 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

⁷⁴¹ Ibidem, p. 87 e 88.

⁷⁴² Ibidem, p. 88.

⁷⁴³ Imagine as três funções básicas da polícia: aproximação, procedimento e saída. Pode-se pensar em "x" diferentes formas de aproximar-se a um suspeito, "y" distintas maneiras de proceder depois de tratar com o suspeito e "z" diversos modos de terminar a operação. Vide: BAYLEY, David H.; BITTNER, Egon. Learning the skills of policing. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 35-59, autumn 1984, p. 51.

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.

Toda a tomada de eleição ou decisão possui distintos ambientes nos quais podese desenvolver. MIGUEL CÓRDOBA BUENO⁷⁴⁴ classifica três ambientes: um ambiente de certeza, quando são conhecidas com certeza todas as alternativas/opções e os resultados que delas se derivam; um 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, um 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. A discricionariedade normalmente ocorre em um ambiente de certeza; já a apreciatividade, comumente, ocorre em um ambiente de risco ou de incerteza.

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

M. POLANYI⁷⁴⁵ discorre sobre o que chama “*polycentric problems*”. Segundo este autor, os problemas policêntricos 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

⁷⁴⁴ CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 36.

⁷⁴⁵ POLANYI, M. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Michigan: University of Chicago Press, 1951, p 174-184.

uma nova base deve ser encontrada para a próxima decisão. Quase todos os problemas são policêntricos, pois suas soluções, de alguma forma, modificam a base sob a qual futuras decisões serão tomadas⁷⁶.

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. É normal que as eleições ou tomadas de decisões apreciativas sejam feitas de forma simultânea (várias eleições/decisões de uma só vez, as quais se encontram relacionadas entre si) ou sequencial (tomadas em momentos distintos, mas com um denominador comum, no sentido de que todas as eleições se realizem dentro de um processo global). Na discricionariedade, a tomada de decisão é normalmente estática ou única, não há um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum. Tem de se ter cuidado, pois, muitas vezes, o que é descrito como uma decisão pode ser mais uma ratificação de uma decisão anterior. Nestes casos, não haverá nem discricionariedade, nem apreciatividade.

ROBERTO BIN⁷⁷ cita que existem “*decisioni amministrative complesse*” e descreve-as como situações nas quais se percebe, com maior facilidade, a discricionariedade. O problema é saber quando se está diante da decisão administrativa tradicional que, por não ser complexa, não se sabe se está frente à discricionariedade ou da apreciatividade. 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 [...]

⁷⁶ Para maiores informações sobre o problema da policentricidade, vide: WEILER, P. Two models of judicial decision-making. *Canadian Bar Review*, n. 46, v. 3, p. 406-471, september, 1968.

⁷⁷ BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 232.

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, riucandone la complessità. La relazione tra enunciati legislativi programmatici, decisioni complesse e "prognosi" è dunque molto stretta, e si ambienta all'interno della nozione di "programma di scopo", già ampiamente illustrata e più volte ripressa 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.

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 discricionariedade e apreciatividade de forma paralela, sendo a decisão final apenas uma decisão discricional ou apreciativa, mas que se originou de muitas decisões individuais discricionárias ou apreciativas. Em caso de que a maioria não prevaleça, deverá haver uma negociação para que a decisão seja apresentada como a decisão do grupo. Ao resolver as diferenças,

experiências, *status* e carisma pessoais, terá lugar a realização da apreciatividade.

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 ADAIR⁷⁴⁸, 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 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 MANN⁷⁴⁹ destacam modelos habituais de respostas que diminuem a racionalidade para suas decisões. Estes modelos são os seguintes: evasão defensiva (adiantamento excessivo das decisões), sobrereação (adoção impulsiva de decisões com o intuito de escapar do estado de ansiedade); e hipervigilância (acumulação obsessiva de informação em lugar de adotar a decisão).

No processo de tomada de eleição/decisão, existem 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. 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 ADAIR⁷⁵⁰ chama de “*mente profunda*”, que

⁷⁴⁸ ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 62.

⁷⁴⁹ JANIS, Irving L.; MANN, Leon. Decisión making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment. New York: The Free Press, 1977.

⁷⁵⁰ ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 25 e ss.

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/opções⁷⁵¹.

Aqui sempre terá de desenvolver três níveis de competência: consciência dos problemas ou da necessidade de uma decisão; compreensão atinente a onde se encontra em relação ao problema ou decisão; habilidade para formular as perguntas corretas à pessoa correta no momento oportuno; e ser capaz de submeter à prova as respostas para encontrar seu verdadeiro conteúdo.

ROY SAINSBURY⁷⁵² 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*

⁷⁵¹ CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 27.

⁷⁵² 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.

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 WEBER⁷⁵³ e sua noção de racionalidade formal desenvolvida no contexto das organizações burocráticas. Outro importante autor é F. W. TAYLOR⁷⁵⁴, 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 ser aplicada a qualquer organização⁷⁵⁵. No entanto tais teorias são muito criticadas, primeiro, pela diferença existente entre política e administração⁷⁵⁶; segundo, porque se subestima a administração informal em distintos ambientes, esquecendo as complexidades dos comportamentos organizacional e humano.

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 estudiosos⁷⁵⁷. 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

⁷⁵³ WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva (Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verthenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁷⁵⁴ TAYLOR, Frederick W. Principles and methods of scientific management. New York: Harper Bros, 1911.

⁷⁵⁵ 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.

⁷⁵⁶ 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.

⁷⁵⁷ SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997.

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*”⁷⁵⁸, o que significa que as decisões devem ser tomadas com as melhores opções, circunstâncias e elementos possíveis⁷⁵⁹.

Uma alternativa ou opção proposta, inclusive mais realista, é a ideia do “*incrementalismo*”⁷⁶⁰, 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.

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 decisão⁷⁶¹. Existem, assim, muitos métodos para

⁷⁵⁸ Ibidem, p. 38.41; 80-81; 240-244 e 272.

⁷⁵⁹ 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 maldetalhada. Segundo o autor (ibidem, p. 67), para a tomada de decisão racional, são necessários três passos: (1) a identificação e a lista de todas as alternativas, (2) a determinação de todas as consequências derivadas de cada uma das alternativas, e (3) a comparação da precisão e da eficiência de cada um desses conjuntos de consequências.

⁷⁶⁰ CYERT, Richard M.; MARCH, James G. A behavioural theory of the firm. New Jersey: Prentice-Hall, 1963; BRAYBROOKE, David; LINDBLUM, Charles E. A strategy of decision: policy evaluation as a Social Process. New York: Free Press, 1963.

⁷⁶¹ 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,*

a tomada de decisão, como o racionalismo, o incrementalismo, já visto, mas também outros, como a “*canjes equitativos*” e a adoção humilde de decisões.

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. Um sistema que proporciona uma maneira prática de alcançar soluções de compromisso entre diversos objetivos de diferentes alternativas é o denominado sistema de “*canjes equitativos*”. É um sistema desenvolvido por JOHN S. HAMMOND, RALPH L. KEENEY e HOWARD RAIFFA⁷⁰². 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 “*tabla de consecuencias*”, 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 en la práctica*”, 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 substituí-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.

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".

⁷⁰² 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.

A seguir, deve executar o “*canje equitativo*”. 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 standardizar um dos objetivos com a mesma valorização e compensar as consequências de tal standardização em um dos demais objetivos. Assim, tornará o objetivo standardizado irrelevante para sua decisão. Com esse procedimento, chegará um momento em que uma das alternativas/opções “*dominará*” outra e será então eliminada. Deve-se repetir tal procedimento até chegar a uma única opção. Recordar-se que o valor de uma modificação marginal depende de qual seja o ponto de partida. Ademais, deve sempre realizar trocas/permutas coerentes.

Outro método de tomada de decisão é a “*adopción de decisiones humilde*”⁷⁶³. 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 oito normas: 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; 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; o adiantamento das decisões; o escalonamento das decisões; o fracionamento; a divisão de riscos; a manutenção de reservas estratégicas; e, finalmente, as decisões reversíveis. AMITAI ETZIONI⁷⁶⁴ compara tal método às decisões dos médicos.

⁷⁶³ 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.

⁷⁶⁴ 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.

Visualizados os distintos métodos para a tomada de decisão, entende-se que, na atualidade, pode-se indicar que há nove etapas, passos ou fases-chave que podem resultar extremamente úteis ao tomar uma eleição/decisão⁷⁶⁵,

⁷⁶⁵ 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 decision*”, publicado originalmente em enero-febrero de 1967. No entanto há diferentes formulações na doutrina: DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 109), por exemplo, fala sobre a anatomia das decisões discricionárias e a maneira que se tomam. Apresenta o autor três aspectos das decisões discricionárias: “*the objects and purposes for which powers have been conferred must be clarified; intermediate goals and standards guiding the course of specific decisions must be devised; and the strategies or modes of proceeding must be settled*”. Esses três aspectos envolvem matérias de interpretação e implementação e matérias de procedimentos e estratégias que estão afetadas pelos mais diversos fatores sociais, humanos, econômicos, políticos, psicológicos, entre outros (para verificar um rol de fatores citados pelo autor, vide: *ibidem*, p. 113). Cada atuação da Administração se baseia na elaboração de políticas, a fixação de estratégias e a tomada de decisão propriamente dita.

Outro autor que também estuda as etapas na tomada de decisão é ARISTIDE POLICE (POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 93), que, em relação às decisões públicas, afirma que “*negli studi di scienza dell’amministrazione sono numerose le ipotesi ricostruttive propettate 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*”.

Mais adiante (*ibidem*, p.97 e 98) descreve de maneira mais precisa as etapas: “*Consequentemente, 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 che 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.

não significando que se deverá utilizá-los sempre, mas há de entendê-los como um processo em espiral⁷⁶⁶. A primeira etapa é classificar o problema que pode ser genérico ou excepcional e único⁷⁶⁷. O passo seguinte é definir a

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 diminuita del loro costo rispettivo, sarà ulteriormente diminuita dal costo della strategia. L'effetto di questa operazione sarà la correzione e la concretizzazione della scala 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”.

⁷⁶⁶ 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.

⁷⁶⁷ 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 decision”, publicado originalmente em enero-febrero de 1967) afirma que o erro mais comum que comentem as pessoas que tomam decisões é de focar 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 outro exemplo dos problemas tradicionais, e reagir, na continuação, segundo aconselham as normas clássicas estabelecidas ao efeito, 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.

situação⁷⁶⁸. A terceira fase é definir o objetivo, ao qual se quer chegar, as mínimas metas; isso é útil e essencial para a tomada da eleição/decisão⁷⁶⁹. Depois, deve-se identificar, analisar e sintetizar as alternativas ou opções dando a cada uma um peso e valorização. Em seguida, deve-se 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 informações⁷⁷⁰, mas também é verdade que, muitas vezes, essas não são possíveis. Para gerar opções de formas e meios viáveis, que é o sexto passo, 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. Posteriormente, deve-se determinar o momento da utilização das formas e meios selecionados e escolhidos para o fim almejado. Como oitavo passo, far-se-á a eleição ou decisão, que será tomada focalizando-se determinados critérios: necessidade imperativa, aconselhável e desejável⁷⁷¹. Realizada a eleição/decisão, deverá o decisor converter a decisão

⁷⁶⁸ 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 em 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).

⁷⁶⁹ 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).

⁷⁷⁰ 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.

⁷⁷¹ 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

em ação⁷⁷⁶. 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. E, por fim, tem a etapa avaliativa ou de controle dos resultados (informe, cifra, estudos)⁷⁷⁷.

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 de tempo. Assim, a tomada de decisões administrativas pode ser descrita como a aplicação das normas gerais habilitadoras de poderes a casos individuais, ao mínimo no contexto da realização de funções públicas. O processo de tomada de decisões administrativas consta de duas atividades ou atos administrativos destinados a consequências jurídicas. K. J. DE GRAAF, J. H. JANS, A. T.

contraposição com 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.

⁷⁷⁶ 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.

⁷⁷⁷ 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”*.

MARSEILLE e J. DE RIDDER⁷⁷⁴ aludem que esse processo de tomada de decisões 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 processo⁷⁷⁵.

De tal processo, também se pode extrair outra característica da discricionariedade em relação com a apreciatividade. Na discricionariedade, normalmente, observa-se um processo completo deste procedimento, ou seja, o administrador comumente realiza as quatro etapas (preparatória, decisória, implementadora e executória); na apreciatividade, não. O processo na apreciatividade é incompleto, pois quase nunca há tempo para a fase preparatória ou implementadora, o agente toma a decisão e logo a executa.

Neste estudo, já foi esclarecida a distinção entre eleição e decisão, agora, interessa a diferença entre decisão e execução. Apesar de evidente, parece que, em casos de apreciatividade, tal distinção pode se tornar complexa, pois são os próprios agentes públicos que adotam decisões que eles mesmos hão de executar. Segundo IÑAKI AGIRREAZKUENAGA⁷⁷⁶, “*la urgencia con que la respuesta de la Administración ha de producirse en muchos casos determina que la Ley sitúe las potestades deliberativa y*

⁷⁷⁴ 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.

⁷⁷⁵ 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 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*”.

⁷⁷⁶ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 391.

ejecutiva en unos mismos agentes, que, en los supuestos normales, son simplemente agentes de ejecución”. Assim, enquanto na apreciatividade quem decide também executa; na discricionariedade, normalmente, não.

3.4.2 Servidores que atuam na linha de frente ou que têm contato direto com os cidadãos como sujeitos (street-level bureaucrats)

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. De acordo com MICHAEL K. BROWN⁷⁷, há três tipos distintos de tomadores de decisões: a elite da Administração (*administrative elites*), que possui ampla liberdade de decisão e está extremamente influenciada pelas restrições políticas, ambientais e organizacionais e em condições de estruturar e manipular as restrições da organização, ainda que a capacidade para fazê-lo possa ser limitada, segundo o caso, pelo poder dos subordinados; os diretores e supervisores (*managers and supervisors*), que possuem uma liberdade de decisão limitada e estão quase totalmente influenciados pelas restrições organizacionais, no entanto, a aplicação e eficácia dos controles administrativos dependerão de suas decisões; e os agentes de campo ou das ruas (*street-level bureaucrats*), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, sendo sua atitude dependente do alcance de suas responsabilidades, tarefas e do impacto das restrições da organização, além de estar influenciados pelas restrições organizativas e ambientais.

Assim, como na discricionariedade administrativa, na apreciatividade, o sujeito é o administrador, é a ele que se confere a margem de liberdade, autonomia ou volição. A principal distinção entre os institutos é que a apreciatividade é muito mais evidente nos agentes que têm contato direto com os administrados, ou seja, daqueles que atuam na linha de frente⁷⁸. São eles os

⁷⁷ BROWN, Michael K. *Working the street: police discretion and the dilemmas of reform*. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 31 e 32.

⁷⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 446) definem a discricionariedade da polícia como “*espaço de liberdade que goza a ação concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia*”. A polícia vista como a instância de controle

executores ou gestores diários de fatos administrativos, e não de atos administrativos, são quem, em última análise, possui a voz de ação da Administração, pois, por ter contato com o administrado, tramita a imagem e a informação que deseja da Administração. A discricionariedade é muito mais evidente no primeiro tomador da decisão “*primary decision-taker*”, normalmente feito pelos diretores, supervisores ou pela elite da Administração.

A ideia originária de “*street-level bureaucrats*”, no entanto, não é de MICHAEL K. BROWN. Tal concepção surgiu em 1974, com MICHEL LIPSKY⁷⁷⁹, que define “*street-level bureaucrats*” como pessoas que representam a Administração diretamente a seus clientes e que exercitam a discricionariedade ao fazê-lo. Refere-se à discricionariedade, mas, como se propôs, aqui, evidenciar, mais parece que o que ele chama de discricionariedade seja o que se denomina, neste trabalho, apreciatividade⁷⁸⁰. KEITH HAWKINS⁷⁸¹ fala do: “‘*field*’ or ‘*street*’ level whose work as a ‘*screening*’ or ‘*gatekeeping*’ official means direct contact with the difficulties of the real world”. Vale, também, ressaltar outras expressões como a de MATTHEW DILLER⁷⁸², que indica o “*ground-level administrators*” e “*low-level administrators*”, além da expressão de DAVID OSBORNE e TED GAEBLER⁷⁸³: “*front-line workers*”.

formal mais visível, aquela que mais interatua diretamente com os cidadãos, em um contato intenso e direto, é também a que “*processa o caudal mais volumoso de deviance [...] em condições de maior discricionariedade*”.

⁷⁷⁹ LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e ss.

⁷⁸⁰ Também referem-se à discricionariedade nesse sentido: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going by the book: the problema of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982; TANNER, D. Empowerment and care management: swimming against the tide. *Health and Social Care in the Community*, Hoboken, v. 6, n. 6 p. 447-457, nov., 1998; CORAZZINI, K. Case management decision-making: goal transformation through discretion and client interpretation. *Home Health Care Services Quarterly*, Philadelphia, v. 18, n. 3, p. 81-96, dic., 2000.

⁷⁸¹ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12.

⁷⁸² 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 e 1173.

⁷⁸³ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing Government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Reading: Addison Wesley, 1992.

Segundo MICHEL LIPSKY⁷⁶⁴, a discricionariedade – apreciatividade no presente trabalho – 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. BROWN⁷⁶⁵ 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.”*⁷⁶⁶.

MICHEL LIPSKY⁷⁶⁷ identifica três condições que criam a 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

⁷⁶⁴ LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e ss.

⁷⁶⁵ BROWN, Michael K. *Working the street: police discretion and the dilemmas of reform*. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 34.

⁷⁶⁶ 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”*.

⁷⁶⁷ LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e ss.

“*street-level bureaucrats*” realizam suas tarefas com base na experiência profissional, a qual proporciona margem para a discricção pessoal⁷⁸⁸.

TONY EVANS e JOHN HARRIS⁷⁸⁹ distinguem duas perspectivas relacionadas com a apreciatividade – os autores falam de discricionariiedade – em referências aos agentes que atuam em campo ou nas ruas. A primeira visualiza a discricionariiedade 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 organizacional⁷⁹⁰. Sob a segunda perspectiva, a discricionariiedade 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 discricionariiedade também depende da economia e varia de uma situação a outra⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ D. HOWE (HOWE, D. Knowledge, power and the shape of social work practice. In: DAVIES, M. (ed.). The sociology of social work. London: Routledge, 1991, p. 204) critica MICHEL LIPSKY porque os médicos não têm a autonomia que o conceito de “*street-level bureaucracy*” apresenta como tem: “*except in matters of style, all the substantive elements of their work are determined by others, either directly in the form of managerial command or indirectly through the distribution of resources, departmental policies and procedures, and ultimately the framework of statutes and legislation that create both welfare clients and welfare agencies*”. Argumenta que os profissionais se veem limitados pelas pressões e as definições de seu trabalho e o papel dos políticos, os meios de comunicação e da opinião pública (ibidem, p. 208). Ele afirma que a discricção tem sido freada e o equilíbrio de poder que tem deslocado na alienação como um marco de autoridade legal e de gestão que rege as práticas do trabalho social. Referir-se ao crescimento da gerência dos serviços públicos, para que se conceda aos diretores do poder último para controlar e dirigir o trabalho dos profissionais até as metas impostas administrativamente (ibidem, p. 220).

⁷⁸⁹ 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.

⁷⁹⁰ 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.

⁷⁹¹ 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

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 DAVIS⁷⁹², 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 problema⁷⁹³.

legislation on social work with older people. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 28, n. 6, p. 863-878, dic., 1998.

⁷⁹² DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.

⁷⁹³ Segundo KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969, p. 164-166), a polícia é o mais importante criador de política em nossa sociedade. De acordo com o autor, a polícia faz: “*far more discretionary determinations in individual cases than do any other class of administrators*”. Estima que “*discretionary enforcement may account for about half of all the discretionary power that is exercised in individual cases in our entire legal system*”. Depois, em outra obra (DAVIS, Kenneth Culp. *Police Discretion*. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 1 e ss), voltou a afirmar que a polícia faz a política sobre a qual lei deve executar ou aplicar, quando deve ser executada, contra quem e em quais ocasiões. Afirma que os superiores hierárquicos na polícia não planejam as execuções, o melhor, “*enforce all law*”, o que leva ao aumento da discricionariedade dos policiais que atuam na linha de frente, pois são eles que deverão decidir que fazer quando eles estiverem diante de um problema. Daí afirma que (ibidem, p.2): “*enforcement policy is made mainly by patrolmen, who are least qualified to make it, and they made it without the benefit of special studies by qualified staffs*”. É importante ter uma polícia uniforme para todos do departamento, caso contrário terá risco de que o comportamento dos policiais que atuam nas ruas seja oposto ao desejo dos superiores. À luz da situação descrita pelo autor, de que as políticas são feitas pelos policiais que atuam nas ruas e não pelos comandantes, aduz (ibidem, p. 38): “*Top officers seem to have little to do with the making of enforcement policy. Some of the policy is made by officers of middle grade, but most of it is made at the bottom of the organization by ordinary patrolmen. Much of the enforcement policy is not know by top officers, and some of it at variance with what the top officers think it should be. Yet when policy by patrolmen is called to the attention of high officers who express their disagreement with it, the high officers are seldom inclined to do anything about the policy*”. Desse modo, os policiais são livres para fazer suas políticas, mas o problema é como eles as fazem. Segundo o autor (ibidem, p. 46): “*such policy is based mainly on guesswork and superficial impressions. Many policy decisions by patrolmen are guided by experience, observation, thoughtfulness, and understanding, but many are not. Some are based on misunderstanding, such as the belief that one cannot be convicted without voluntary testimony of the victim*”. De qualquer modo, os policiais que atuam nas ruas são “*the primary makers of policy*” (ibidem, p. 52), afinal de

No mesmo sentido, MICHEL LIPSKY⁷⁹⁴ 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 individual actions add up to agency behavior*”⁷⁹⁵. K. ELLIS, A. DAVIS e K. RUMMERY⁷⁹⁶, em uma perspectiva distinta, identificam a “*discricionalidad*” como suporte das estratégias de gestão levando os vazios nas políticas públicas; por sua vez, M. BALDWIN⁷⁹⁷ 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 eleitos⁷⁹⁸.

contas, diante de uma situação de aplicação da norma, devem decidir em aplicá-la ou não e, ao decidir por aplicá-la, como fazê-lo.

No mesmo sentido, MICHAEL K. BROWN (BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 5) afirma que as eleições do dia a dia dos policiais afetam ao significado da lei, da ordem e da justiça na sociedade.

⁷⁹⁴ LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 13.

⁷⁹⁵ WILLIAM KER MUIR (MUIR, William Ker. Police: streetcorner politicians. Chicago: University Pree, 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 daí se desprendem.

⁷⁹⁶ 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.

⁷⁹⁷ BALDWIN, M. The positive use of discretion in social work practice: developing practice through co-operative inquiry. 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.

⁷⁹⁸ COTTERRELL, Roger. The Sociology of Law: An Introduction. 2. ed. London: Butterworths/Oxford University Press, 1992.

A grande dificuldade de ser criador de políticas, segundo JANET COBLE VINZANT e LANE CROTHERS⁷⁹⁹, 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*”⁸⁰⁰. Para os autores, a discricionariedade é absolutamente essencial nestas funções, mas argumentam que não é por ter discricionariedade que seu exercício será sempre legítimo. É imprescindível distinguir entre ter discricionariedade, crer que se tem discricionariedade e exercer discricionariedade. Poder-se-ia pensar que somente se exerce a discricionariedade quando se a tem, mas, também, quando se crê de tê-la⁸⁰¹.

Muitos agentes se sentem culpados por exercer a apreciatividade, pois acreditam que suas ações não são de todo adequadas e, muitas vezes, sabem que atuam sem qualquer base legal⁸⁰². Talvez, por isso, os agentes demorem

⁷⁹⁹ VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown university press, 1998, p. ix.

⁸⁰⁰ Ibidem, p. 3-6.

⁸⁰¹ 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)*”.

⁸⁰² HERMAN GOLDSTEIN (GOLDSTEIN, Herman. Police Discretion: The Ideal versus the Real. Public Administration Review, Washington, v. 23, n. 3, p. 140-148, sep., 1963, p. 141) se pergunta: Por que fazer certas coisas? E contesta que é “*Because they are, consciously or un-consciously, acknowledging what they do not wish to proclaim-that the police must*

tanto em reconhecer que a dita faculdade existe. No entanto, existem vantagens inerentes em uma política de reconhecimento para o exercício da apreciatividade⁸⁰³. A apreciatividade é outorgada aos agentes públicos que possuem determinadas características. 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 áreas⁸⁰⁴. 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

exercise discretion". Logo se pergunta: Por que a discricionariedade deve de ser exercida? E aduz: "*the statement [...], is often expressed in such broad terms as to render a clear interpretation of the legislature's intentions most difficult. Ambiguity may be intentional so as to provide greater flexibility in enforcement; it may result from a failure to envisage the day-to-day problems encountered by the police; or it may simply be a result of language limitations*".

⁸⁰³ HERMAN GOLDSTEIN (ibidem, p. 146) traz, por fim, as vantagens inerentes de uma política de reconhecimento para o exercício da discricção: "*acknowledging discretion would enable the police to climb out from underneath the impossible burden which has been placed upon them and which has placed them on the defensive in dealing with the public. And they would be doing so, not by abdicating their legal responsibilities, but by simply acknowledging the true magnitude of their responsibilities. It is the function of the police to demonstrate the impossibility of full enforcement to the community-making citizens aware that the enactment of laws does not cure a problem unless consideration is given to the means for enforcement*". Crê o autor que: "*Keeping the public well in-formed on police problems, including police shortcomings, clearly develops support for good law enforcement-and public support is the key to the solution of most police problems*".

⁸⁰⁴ JOÃO RICARDO DIAS DE SOUSA CARVALHO (CARVALHO, João Ricardo Dias de Sousa. *Corrupção e polícia: aspectos organizacionais e o papel do comandante de esquadra. Polícia e Justiça*, Barro, s. 3, n. 6, p. 115-157, jul./dez., 2005, p. 121 e ss) aponta três características essenciais dos agentes policiais: discricionariedade, visibilidade reduzida e vulnerabilidade de certas áreas.

sejam supervisionadas⁸⁸⁵. 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 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 diretivo⁸⁸⁶,

⁸⁸⁵ 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. 53): "Police-agency discretion begins at the administrative level. Very generally, for example, police administrators have considerable discretion to decide whether the department's policy should be to respond to complaints from citizens about crimes or rather to try to institute programs which will prevent crimes from being committed in the first place. Less grandly, they can decide how the department should be organized and run day to day. But police commissioners and senior officials cannot monopolize police discretion: individual police officers have substantial discretion in doing their work. (Indeed, one might say that a primary constraint on administrative discretion is that officers wield so much discretion of their own.) As professor Reiss indicates.

Most police officers work most of the time without direct supervision. Their discretionary decisions, thus, are not generally open to review by superiors [...] Even when evidence of activity is submitted, such as in an arrest report, the capacity to review discretion is limited. There is no simple way to determine the facts in police encounters with citizens, the alternatives available to make choice, and their behavior (REISS, A. J. Discretionary justice in the United States. International Journal of Criminology and Penology, v. 2, n. 2, p. 181-205, 1974, p. 181).

Individual officers exercise this kind of discretion even where they are in principle most strictly constrained by procedural regulations: 'in practice, when enforcing the law, the police exercise enormous discretion to arrest. Field observation studies of police decisions to arrest demonstrate this point: in one such study, the police released roughly one-half of the persons they suspected of committing crimes [...]. Nor is police authority or discretion limited to the task of enforcing the law, since police activities 'include intervention in conflicts between member of families, landlords and tenants, and employers and employees, as well as assistance in sickness, in tracing missing persons, and in dealing with the plight of animals or hazardous situations'.

⁸⁸⁶ 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

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.

3.4.2.1 A automação administrativa

Não se pode deixar de fazer referência à chamada automação administrativa e ao seu decorrente ato administrativo informático. Sempre se concebeu a Administração como um conjunto de órgãos compostos por pessoas que se manifestam por meio de pessoas. A vontade das pessoas sempre foi o ponto-chave das teorias do Direito. KARL ZIEDLER⁸⁰⁷ foi o primeiro a chamar a atenção sobre a influência das novas tecnologias na Administração Pública.

A informática está tornando-se um instrumento essencial dentro da Administração Pública. Até o ponto de que se pode falar de um novo agente público⁸⁰⁸. A automação administrativa como fenômeno induzido pelo uso da informática e as tecnologias de tratamento da informação no exercício da função administrativa por parte da Administração, hoje, aspectos presentes e irreversíveis. Quanto ao uso ordinário da informática documental, ou seja, a prática que confere à Administração capacidade de acessar com rapidez as informações previamente armazenadas em um suporte informático, interessa, aqui, visualizar a aplicação da automação administrativa que se realiza mediante a “*delegación*” no computador de tarefa decisória. Nessa perspectiva, a informática não apoia o processo decisório, fortalece a decisão,

lei, que lhe atribuirá competência para que sua vontade seja qualificada como vontade da Administração.

⁸⁰⁷ ZIEDLER, Karl. Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung. Karlsruhe: Müller, 1959.

⁸⁰⁸ FROSINI, Vittorio. Il diritto nella società tecnologica. Milano: Giuffré, 1981; e FROSINI, Vittorio. Informatica, diritto e società. Milano: Giuffré, 1992.

assim, dispensando o agente público da tarefa, comumente, daquelas que são massificadas e repetitivas⁸⁰⁹.

Ninguém questiona as vantagens que o uso da tecnologia representa à Administração, inclusive, é atualmente indispensável⁸¹⁰. Entre as vantagens, chamam a atenção a racionalidade e a modernização, que fazem com que o tratamento rápido da informação aumente a produtividade e desvie do agente público comportamentos monótonos e repetitivos, descarregando os agentes de tarefas pouco significativas; o fomento da diminuição de agentes, com a conseqüente diminuição de gastos com pessoal; melhora da eficiência e eficácia da atuação administrativa; melhora da qualidade do trabalho dos agentes; maior possibilidade de fortalecer as atuações uniformes e não discriminatórias, etc. É certo, no entanto, que a informática pode trazer muitos inconvenientes, como a dependência do equipamento, a rápida obsolescência do mesmo ou um tratamento desumanizado, entre outros⁸¹¹.

A informática decisória ou informática nas decisões administrativas é muito facilmente visualizada nas decisões vinculadas da Administração. Tal forma de atuação cede espaço à flexibilização administrativa quanto às normas previamente estabelecidas e à padronização (standardizações) que originam decisões administrativas que realizam uma concretização esquematizada. É muito simples imaginar a automação de decisões vinculadas, porém é muito mais difícil imaginar a automação das decisões discricionais ou apreciativas. Colocando a questão em terreno dos meros condicionantes técnicos ou externos, é importante procurar saber se a norma, não obstante ser discricional, admite a algoritmização, ou seja, se ela pode ser

⁸⁰⁹ Sobre a transição da fase do ordenador-arquivo para a fase ordenador-funcionário, vide: MASUCCI, Alfonso. L'atto amministrativo informatico (primi lineamenti di una ricostruzione). Napoli: Jovene, 1993, p. 13.

⁸¹⁰ HADAS-LEBEL, R. L'informatique dans l'Administration française. Paris: Cujas, 1973, p. 58.

⁸¹¹ Um grande inconveniente a respeito é que com a automação não haverá jamais possibilidade de ação de regresso em casos de responsabilidade da Administração, pois o produto do equipamento não pode ser, em sua essência, configurado como um ato administrativo atribuído a uma pessoa em concreto, a não ser que se atue contra o programador informático. Afinal de contas, o equipamento não soluciona nenhum problema para o qual não estava programado; a programação é tarefa humana. Senão isso, deve-se atuar contra o tomador de decisão, é dizer, dos critérios que o programador introduziu no programa. Na atualidade, está-se diante de um ato administrativo tanto para os efeitos substanciais como procedimentais, e não diante de um produto.

configurada como norma de tipo condicional (sim, então). Parece que não, desse modo, há uma incompatibilidade técnica entre a norma discricional e a lógica do funcionamento da programação informática. A margem de liberdade é o impedimento, a programação informática não admite em si o exercício concreto da discricionariedade, ou seja, de liberdade³¹².

No entanto, crê-se possível uma automação das decisões discricionárias. Não parece impossível, basta, para tanto, que se efetue uma reprogramação anulatória da discricionariedade, determinando especificamente as várias hipóteses que, em abstrato, a abertura discricional pode contemplar. Basta pensar que a realização dos critérios incluídos no programa foi feita previamente pelo administrador e, inclusive, quando diante da inteligência artificial.

THOMAS J. BARTH e EDDY ARNOLD³¹³ relatam que os avanços no campo da inteligência artificial estão levando a um novo nível de computador em que os sistemas terão a capacidade de atuar como agentes autônomos e aprendem a aprender independentemente, a avaliar seu meio ambiente e a pensar nos valores motivacionais e emocionais. E se assim for, ou seja, caso surja a inteligência artificial, os argumentos da discricionariedade administrativa se converterão em irrelevantes e centralizar-se-ão as atenções em uma série de dilemas relacionada com a discricionariedade administrativa, como a capacidade de responsabilização, o juízo e a “*accountability*”. Com relação à responsabilidade, os autores colocam que um dos principais dilemas dos administradores públicos que exercem a discricionariedade é que devem se basear em interesses públicos, e não em seus interesses próprios. Sob essa perspectiva, um sistema de inteligência artificial pode ser programado com uma variedade de valores, objetivos e motivos para ver como diferentes combinações afetariam as análises ou decisões. Já quanto ao juízo, afirmam que ainda que haja desacordo sobre os limites apropriados, a maioria dos teóricos da discricionariedade administrativa reconhece que os administradores públicos devem aplicar seu bom juízo na execução da lei. Em outras palavras, em algum momento, inevitavelmente, os burocráticos devem

³¹² Para maiores informações, vide: GONÇALVES, Pedro. O acto administrativo informático. *Scientia Iuridica*, Braga, t. 46, n. 265-267, p. 47-95, jan./jun., 1997.

³¹³ BARTH, Thomas J.; ARNOLD, Eddy. Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration. *The American Review of Public Administration*, St. Louis, v. 29, n. 4, p. 332-351, dez., 1999, p. 333.

exercer a prudência ou um juízo. Aqui, a inteligência artificial pode reforçar a importância da busca da profissionalidade para o campo da Administração Pública. Esta busca não é importante pelo mero fato do controle de propriedade sobre os processos de certificação, senão porque esclarece o que significa pensar como um administrador público profissional, isto é, para abordar as situações e decisões com certa disciplina e hábitos da mente.

Por fim, ao tratarem da “*accountability*”, asseveram que o sistema de inteligência artificial é uma melhora na governabilidade democrática (ou seja, responsáveis de tomada de decisões ou exercício da discricção), enquanto os casos que operam são conhecidos e sob controle. Do contrário, apenas, substituir-se-ão seres humanos (administradores) irresponsáveis pelos equipamentos inexplicáveis.

Segundo THOMAS J. BARTH e EDDY ARNOLD³¹⁴, tal discussão aponta uma série de potenciais benefícios, assim como de perigos no campo da Administração Pública³¹⁵. O primeiro benefício apontado é a capacidade que os sistemas de inteligência artificial têm de aumentar a oportunidade para que os tomadores de decisões tenham acesso à análise que incorporam, objetivos explícitos, motivos e valores que, ao mesmo tempo, enfrentam no tocante às fraquezas humanas como a ira, o medo e o preconceito. Outro benefício apontado pelos autores é a capacidade de identificação dos processos de racionalidade, podendo desenvolver a ideia do administrador público profissional único. Por fim, apontam como benefício a melhora do conhecimento do cidadão. E quanto aos perigos, começam perguntando-se

³¹⁴ BARTH, Thomas J.; ARNOLD, Eddy. Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration. The American Review of Public Administration, St. Louis, v. 29, n. 4, p. 332-351, dez., 1999, p. 344 e ss.

³¹⁵ Sobre o debate das capacidades potenciais, limitações e ética da inteligência artificial, vide: GILL, K. S. Artificial intelligence for society. New York: John Wiley, 1986; WALDROP, M. M. Man-made minds. Lisle, IL: Walker, 1987; KURZWEIL, R. The age of intelligent machines. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1990; CREVIER, D. AI: The tumultuous history of the search for artificial intelligence. New York: Basic Books, 1993; DREYFUS, H. L. What computers still can't do. Cambridge, MA: MIT Press, 1994; FRANKLIN, S. P. Artificial minds. Cambridge, MA: MIT Press, 1995; SACK, W. Artificial human nature. Design Issues, Chicago, v. 13, n. 2, p. 55-65, Summer, 1997; SUPLEE, C. Robot revolution. National Geographic, New York, n. 192, p. 76-95, July, 1997; TREFIL, J. Are we unique: A scientist explores the unparalleled intelligence of the human mind. New York: John Wiley, 1997; KURZWEIL, R. The age of spiritual machines. New York: Viking, 1999.

“*who is doing the programming?*”. Recordam que os sistemas de inteligência artificial, a máquina, aprendem independentemente e isso faz com que o programador original passe a uma posição delicada, pois, quando se está diante de casos de “*accountability*”, não se sabe a quem socorrer-se. Outro ponto tratado pelos autores como perigoso é o fato de criar um sistema administrativo menos representativo e sublinham a tendência dos seres humanos de acabar dependentes da inteligência artificial, ocasionando uma atrofia dos administradores, além de modificar o juízo e o sentido de responsabilidade.

3.4.2.2 A inexistência de motivação, procedimento administrativo e ato administrativo formal

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 aspectos¹⁶⁶. Na apreciatividade administrativa, as garantias processuais praticamente não existem por estar-se diante de um caso de ação não deôntica, ou pela imediatidade/urgência da atuação. Desse modo, precisasse 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 administrativos. 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 e à decisão finalmente adotada¹⁶⁷. Por isso, outra particularidade da apreciatividade é que não possui um procedimento administrativo prévio,

¹⁶⁶ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 389.

¹⁶⁷ 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 e 32.

além de não fazer necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução.

A discricionariedade, como a margem de eleição reconhecida pela Administração por meio da norma jurídica, requer uma via preestabelecida. Daí, que se pode afirmar que a discricionariedade e o procedimento constituem uma unidade. O procedimento é tratado como um modo de atuação interna da Administração, ele guia seus agentes encarregados das tramitações administrativas. Desse modo, um efeito *ad intra*, ordenado com regramentos próprios de cada órgão competente, passou, na atualidade, a possuir um efeito *ad extra*, de garantia e de defesa dos cidadãos ante abusos cometidos pela Administração, pois o procedimento administrativo passou a ser considerado como uma sequencia ordenada de atuações que a Administração deve seguir para formar sua vontade, ou seja, para exteriorizar a vontade administrativa⁸¹⁸.

O procedimento administrativo já não se pode limitar ao fim garantista, onde se permite ao interessado defender-se frente ao ato que incide em sua esfera de direitos ou interesses legítimos. O processo administrativo facilita a investigação e leva em consideração os dados e interesses relativos a um caso concreto. Permitindo ter uma visão de conjunto sobre os problemas, obter, processar e interpretar dados complexos, assegurar a participação dos cidadãos e o assessoramento técnico preciso, permitindo uma maior flexibilidade para a troca ao existir um sistema administrativo de controle de resultados, mediante o uso de inspeções. É, também, a via que permite assegurar sua funcionalidade como ferramenta para a aceitação de decisões administrativas de qualidade, além de assegurar sua maior aceitabilidade e compreensão dos interesses públicos, da boa administração, da eficiência e do resultado.

FELICIANO BENVENUTI⁸¹⁹ afirma que o procedimento é a manifestação sensível da função administrativa e ajuda a assegurar o acerto do resultado, garantindo também os direitos e interesses dos cidadãos e, completando, aduz que “*i limiti della tutela giurisdizionale che è*

⁸¹⁸ Vale mencionar que o estudo do procedimento administrativo foi feito sobre esse molde relativo na elaboração de atos administrativos, quase nunca sobre o enfoque da coação ou atuação técnica ou material da Administração.

⁸¹⁹ BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Milano, Ano 2, n. 1, p. 118-145, jan-mar, 1952, p. 144.

necessariamente ex post e interviene quando un atto ha autoritariamente, e il più delle volte, immutabilmente fissata una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato ha soggiaciuto, no collaborato”.

O procedimento administrativo estabelece padrões (*standards*) de conduta para o bom uso dos poderes administrativos, podendo inclusive exercer um papel fundamental na participação cidadã, potenciando a legitimidade e a dignidade dos cidadãos, além de conceder uma maior confiança destes em suas Administrações. Por isso, DENIS J. GALLIGAN⁸²⁰ aduz que: *“the legitimacy of discretionary decisions may then come to depend neither on compliance with fixed rules nor on achieving specified goals, but in providing institutions and procedures to enable different groups to bring their interests to bear on the decision process”.*

O procedimento pode permitir a discussão pública, aumentando a legitimidade das decisões públicas e servindo como instrumento de consenso e aceitação da atividade administrativa, além de evitar erros. Afinal de contas, a participação cidadã (consulta pública, audiência pública ou coleta de opiniões) supõe maior fonte de informação, permitindo, por um lado, à Administração conhecer outras opções e interesses, ajudando a reflexão do decisor e, por outro lado, educando a população a conviver em comunidade. Entende-se, inclusive, que, sem o direito de participação, não há identificação precisa dos interesses que devem ser ponderados; logo, a decisão será ineficiente, ilegítima e sem motivação suficiente. Conhecer e considerar os interesses privados singulares e coletivos envolvidos antes de decidir são ações fundamentais para tomar decisões acertadas e oportunas⁸²¹.

⁸²⁰ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 72.

⁸²¹ Não confundir a participação cidadã com a técnica de mediação existente no processo de tomada de decisão administrativa. Segundo H. D. TOLSMA (TOLSMA, H. D. How can mediation be implemented in the current administrative decision-making process? In: 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. 79), na mediação, a autoridade administrativa tem de negociar a decisão que adotará. Afirma o autor que a mediação pode provocar tensões com o sistema de poderes especiais e que, por mais que pareça que a autoridade administrativa tenha um pouco ou nenhuma margem para a negociação, não é certo. Sustenta que *“the concept of ‘scope for negotiation’ should be interpreted broadly. In an administrative decision-making process which uses elements of mediation, the main concern is finding a solution within the statutory framework. Seen from this perspective, the*

JUAN DE LA CRUZ FERRER³²³ declara que a participação dos interessados no procedimento de elaboração de disposições administrativas contribui diretamente a fomentar um melhor exercício da discricionariedade administrativa. Segundo o autor: *“No cabe duda de que cualquier elección humana es tanto más perfecta cuanto mayor es la información sobre la naturaleza y trascendencia de las posibles opciones. La Administración es consciente de los intereses por los que debe velar, pero la participación de los ciudadanos le suministra una información imprescindible sobre la repercusión que pueden tener sus decisiones sobre los diferentes intereses sociales”*. Efetivamente, assevera que a participação permite enriquecer o conhecimento da hipótese da norma, da realidade fática na qual a Administração pretende atuar, dessa maneira, facilitando o controle da interdição da arbitrariedade, pois, melhor conhecida a realidade sobre a qual atuou a Administração, é mais fácil julgar a razoabilidade ou arbitrariedade da medida adotada.

Segundo ARISTIDE POLICE³²⁴, uma das funções do procedimento administrativo é estabelecer previsibilidade e confiança, além de estabelecer os fundamentos da decisão e se estas condições resultam da síntese de proposições empíricas, as proposições da função legal e proposta de valor. Para o autor, *“l’esigenza di prevedibilità dell’azione amministrativa e di tutela dell’affidamento degli amministrati costituisce la ragione principale dello spostamento del baricentro dell’attività amministrativa, dell’atto amministrativo all’iter di formazione della decisione”*. É a exteriorização da vontade derivada do procedimento a única garantia real de transparência, a

administrative authority’s scope for negotiation is wider because the solution to the dispute does not have to be sought solely in the content of the disputed decision. The administrative authority also has scope for negotiation with respect to any new decisions it may make and in addition it is possible to enter into civil law agreements. By using mediation or mediation techniques in an administrative decision-making process an administrative authority can actually make use of the possibilities it has at its disposal for dealing with private interests. In my opinion this does not constitute a violation of the system of special purpose powers”.

³²³ CRUZ FERRER, Juan de la. Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 38, n. 116, p- 65-105, may/ago., 1988, p. 94.

³²⁴ POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 77.

visibilidade imediata das intenções dos sujeitos e de segurança das relações jurídicas.

O procedimento é um meio de evitar arbitrariedades⁸²⁴ e tem estreita conexão com a dignidade dos cidadãos⁸²⁵. Por meio do procedimento a Administração serve aos interesses públicos de forma mais legítima, por isso, é considerado o modo de atuação mais idôneo, eficaz, eficiente e econômico para o desenvolvimento da atividade administrativa⁸²⁶.

⁸²⁴ JOAN MESQUIDA SAMPOL (SAMPOL, Joan Mesquida. El concepto de discrecionalidad y su control. Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Ejemplar dedicado a: Ciudadanía e inmigración), Granada, n. 37, p. 337-358, ene-dic., 2003, p. 338 e ss) afirma que a certeza jurídica exige que se evite a arbitrariedade nas decisões: “*tradicionalmente, la arbitrariedad ha sido considerada como la negación de la certeza jurídica, en tanto que significa la quiebra de la confianza de los ciudadanos en la previsibilidad de las decisiones de los poderes públicos y, por tanto, de su corrección*”. Desde a perspectiva da certeza jurídica, exprime que existem quatro grupos ou casos cujo ideal de tal certeza se vê comprometido: o primeiro deles englobaria os chamados casos difíceis; o segundo grupo é o dos casos em que deve se exercer um poder discricional, sendo essa a faculdade que o ordenamento jurídico outorga a um juiz ou a um agente para que decida segundo os princípios ou padrões que considere justificadamente da aplicação ante a indeterminação ou o caráter aberto da norma jurídica ao aplicar, diferencia-se do primeiro grupo porque é essa desejada pelo legislador; um terceiro grupo é o das decisões políticas; e, finalmente, outro tipo de discricionariedade é realizada pelos agentes que não adotam propriamente decisões jurídicas, ainda que realizem atos que possuam alguma transcendência jurídica em decisões posteriores. É esse último grupo, definido, pelo autor, como um tipo de discricionariedade, que se chama, no presente trabalho, de apreciatividade.

⁸²⁵ Sobre a conexão entre a dignidade dos cidadãos e o procedimento administrativo, vide: TRIBE, L. American Constitutional Law. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 666. E sobre a confiança cidadã, vide: BAYLES, Michael D. Procedural Justice: allocating to individuals. Dordrecht: Kluwer, 1990, p. 37 e 130.

⁸²⁶ Sobre a qualidade de atuação administrativa, vide: MARTIN MATEO, Ramon. El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 44, n. 134, p. 7-28, mai-ago., 1994.

Já quanto à importância do procedimento como garantia das decisões acertadas e justas, vide: SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 752; LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II, p. 520; SERRANO GUIRADO, Enrique. El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 2, n. 4, p. 129-190, ene-abr., 1951, p. 130; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 433 e 435; PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y

A ausência de procedimento, no entanto, não impede que a vontade da Administração seja fiscalizável. Somente pode ser anulada a atuação que torna impossível acontecer os elementos indispensáveis que a atividade administrativa deve reunir para alcançar o fim que a ela é próprio. É certo, porém, que a Administração não pode ficar sem nenhum padrão de conduta administrativa³²⁷. A existência do dever de boa administração se modela na obrigação de seguimento de um processo administrativo devido no desenrolar da função administrativa³²⁸. Nesse aspecto que a apreciatividade se diferencia

derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 31 e 32.

³²⁷ MORTIMER R. KADISH e SANFORD H. KADISH (KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. Discretion to disobey: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973, p. 20) afirmam que: “*An official must exercise his power by certain procedures and with certain limits if his actions are to have any effect*”.

³²⁸ 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. 38) defende que o dever de uma boa administração não se respeita mediante qualquer procedimento, senão só graças ao seguimento do procedimento devido, aquele que consiste na realização de toda a atividade procedimental precisa para dar cumprimento aos princípios constitucionais e aos procedimentos legais com eles relacionados. Afirma que a obrigação de seguimento de um procedimento administrativo é de um procedimento devido, ou seja, adequado ao desenvolvimento da função administrativa, que permita seu cumprimento. Não é suficiente, pois, seguir um procedimento formal, rotineiro, é necessário seguir um procedimento justo, que permita, realmente, a defesa dos interessados e o cumprimento do dever de boa administração.

Demonstra, ao longo de seu livro, que: “*el procedimiento no es únicamente una instrumento de defensa de intereses privados, sino muchas más cosas, y que su importancia es creciente en un contexto de transformación social y jurídica*”. O procedimento administrativo é, para o autor, “*el modo usual de desarrollo de la función administrativa, un instrumento fundamental para el logro de decisiones administrativas de calidad, un ámbito de composición de intereses privados y públicos en la búsqueda de los cambiantes e esquivos intereses generales, un factor de potenciación del principio democrático y del principio de transparencia de la actividad administrativa, un elemento importante en la protección y efectividad de los derechos fundamentales, una institución de compensación de la flexibilidad creciente en la dirección normativa de la Administración Pública y de las insuficiencias intrínsecas de su control judicial y, en definitiva, un factor de legitimación del actuar administrativo en nuestras modernas sociedades*”.

O ordenamento jurídico deseja que a Administração adote boas decisões, que administre bem. Que quando decida o faça para servir da melhor maneira possível aos interesses públicos. Ou seja, atuação em forma racional, objetiva, coordenada, eficaz, eficiente e econômica. Daí, porque, não é difícil perceber o impacto que o dever de boa administração tem no

do livre-arbítrio. 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

procedimento administrativo de elaboração de decisões. Sendo a função administrativa o poder em exercício, o momento de elaboração das decisões, e o procedimento da manifestação da função, que se externaliza em um ato, o dever da boa administração, de bom exercício da função, é, em definitivo, um dever de seguimento de um procedimento administrativo adequado para que a decisão possa ser, efetivamente, a melhor em relação aos interesses públicos.

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. 72) destaca como o comportamento administrativo racional está conectado com a boa administração. Esclarece que a racionalidade exige: uma lista de alternativas; a determinação das consequências associadas a estes distintos cursos de ação ou omissão; valorização comparativa dessas consequenciais. Aqui o procedimento administrativo pode ser um útil instrumento. A obrigação de proceder racionalmente se traduzirá na observância do procedimento administrativo devido. É certo que tal lista dependerá da capacidade do organismo, ou seja, organizativo, seja psicológico, econômico, situacional ou derivadas da existência de valores em competência ou conflito. Por isso, define que deve tentar o administrador: a) estabelecer e priorizar os objetivos a alcançar; b) estabelecer todos (ao menos os mais relevantes e cruciais) os meios alternativos possíveis para lograr esses objetivos; c) analisar as consequências de todas as alternativas (eficiência e custo benéfico derivados da eleição); d) comparar as alternativas; e) eleger a opção ou combinação que maximize os objetivos priorizados. Assim o administrador não estará buscando somente a melhor alternativa, senão as mais razoáveis ou suficientemente boa.

Além de atuar racionalmente, a função administrativa deve ser desenvolvida de modo objetivo. De esse dever de objetividade se deriva a necessidade de que a Administração, antes de decidir, investigue, conheça e tome em consideração todos aqueles dados relevantes. Deve investigar e ponderar cuidadosamente os elementos fáticos e os interesses envolvidos no caso concreto antes de proceder a tomada de decisão a fim de tentar lograr a mais acertada. Está reconhecido, para 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. 268): “*un deber jurídico de los órganos administrativos de conocimiento y ponderación de las circunstancias e intereses presentes en el caso antes de ejercer sus funciones y elegir una de las alternativas posibles, deber que tiene como finalidad orientar en positivo el núcleo extrajurídico de la decisión, intentando lograr, de este modo, un incremento en la calidad de ésta, así como una mayor garantía del acierto de la misma en su servicio a los intereses generales*”. Aqui também o procedimento administrativo é um importante instrumento.

de possuir certos padrões de comportamento, não possui um procedimento administrativo devido³²⁹ 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 não de ser decisões procedimentalizadas³³⁰.

Agora, nem a todo desenrolar da função administrativa fará falta um procedimento: de acordo com JULI PONCE SOLÉ³³¹, *“sólo para aquéllos casos en que el desarrollo de la función administrativa comporte la atribución y el ejercicio de potestades administrativas, pues es en estos casos cuando el procedimiento sirve como instrumento de defensa de los interesados y de garantía del cumplimiento del deber de buena*

³²⁹ Não confundir procedimento devido com procedimento formal, ou seja, não confundir formalismo com forma. O procedimento pode estar ou não formalizado. Estará formalizado quando a norma desenhe a via ritual a seguir, indicando a ordem e em que momento terá de realizar todos e cada um dos trâmites que integram o procedimento. Vide diferença: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Procedimiento administrativo común, procedimiento triangular y procedimiento complejos. *Revista de Estudios de la Vida local*, Madrid, Ano 39, n. 211, p. 409-454, jul-sep, 1981, p. 416.

³³⁰ Durante muito tempo, as decisões administrativas foram contempladas como o resultado final do procedimento administrativo, ou seja, o ato administrativo. Com o tempo, começou-se a considerar como manifestações de vontade e, enquanto tais, como atos administrativos que contêm uma determinação da vontade. Hoje, a decisão administrativa é entendida como bem afirma ARISTIDE POLICE (POLICE, Aristide. *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 86): *“Con il termine decisione amministrativa, infatti, non si fa riferimento al solo momento finale di emanazione del provvedimento, a quella che si è chiamata Lezentscheidung (decisión ultima), quanto a tutto il processo di formazione della decisione che va dal momento iniziale della prospettazione del problema amministrativo alla fase di conclusione della istruttoria, momento in cui l'Amministrazione, dopo aver acquisito tutti gli elementi di fatto ed aver dato ascolto a tutte le voci intervenute per la prospettazione degli interessi coinvolti nella decisione, ne opera una sintesi, una ponderazione da cui scaturisce il provvedimento finale”*.

³³¹ 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. 174.

administración". Assim, a atividade administrativa exercida mediante o uso do poder, de autoridade e de *imperium* deve ser desempenhada a partir de um procedimento administrativo. O procedimento administrativo garante os direitos dos cidadãos, bem como a racionalidade, a objetividade, a coordenação, a eficácia, a eficiência e a economia da atuação administrativa. É, por isso, que GABRIELE GANZ³³² entende que o procedimento administrativo é "*the most important development has been the recognition that an administrative decision is not a narrow contest between two parties but a determination of what ought to be done in the public interest in a particular case*".

Trata-se, portanto, de uma obrigação de meio, não de resultado. A reserva procedimental não obriga a quem implementa a função administrativa a obter um determinado resultado, uma decisão administrativa concreta nos casos em que exista uma margem de valorização para a tomada de decisão. Deve cumprir o procedimento de forma diligente, ou seja, não se exige que se tome "*la*" decisão correta, mas sim se estabelece a necessidade de um comportamento adequado para alcançar resultados favoráveis³³³. O importante é que o procedimento aumente a possibilidade de que a decisão seja adequada aos fins dos interesses públicos. O que revela a conexão do procedimento com a causa das decisões administrativas.

Dá que, independentemente da necessidade de existência ou não de um procedimento, o certo é que sua existência em nada garante que seus resultados sejam os melhores. DENIS J. GALLIGAN³³⁴ afirma que "*there is not necessarily one best procedure, and different procedure may be more or less effective [...] the difficulty is that not even the most carefully selected procedures always produce the correct outcome [...] procedures no matter how good can never be perfect*". Segundo o autor, o procedimento administrativo deve ser justo e racional. Portanto, todo procedimento deve respeitar a proporcionalidade e os custos-benefícios devem sempre ser verificados. Como segundo elemento, o autor indica a participação do cidadão

³³² GANZ, Gabriele. Administrative procedure. London: Sweet and Maxwell, 1974, p. 1.

³³³ 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. 204.

³³⁴ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 326-337.

e resume com a ideia de que o procedimento bom e justo, ou devido processo, está ligado à consecução de resultados racionais e eficazes, sendo um instrumento para resultados. Logo, a ideia de um procedimento justo se relaciona à ideia de resultado justo. Agora, o resultado racional não é a única preocupação, há outros aspectos que podem reduzir suas bases racionais, uma vez que os procedimentos podem ser imperfeitos para obter os resultados desejados, pergunta-se que níveis de precisão são considerados aceitáveis? Isso pode, segundo o autor, ser determinado a partir da análise do custo-benefício, muitas vezes, difícil de precisar, e pela participação de indivíduos ou grupos no procedimento. A respeito, conclui que, “*in discretionary contexts, because of the relative autonomy of administrative officials, participatory procedures are important in contributing to principles of good decision-making and accountability*”.

Na coação e nas atividades técnicas ou materiais da Administração, ressalta-se, podem configurar níveis de diligências exigíveis no desenrolar das funções administrativas mais precisas, autoexigida uma específica atividade procedimental. Por isso, afirma-se que, 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 atos administrativos verbais, a atividade técnica ou material da Administração e a coação administrativa direta⁸³⁵.

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 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

⁸³⁵ Em relação à possibilidade dos atos administrativos não procedimentalizados, 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.

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 deontica, 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 não terão discricionariedade (nem potencial, muito menos efetiva), mas é certo que existe determinada margem apreciativa nelas, afinal de contas, o agente tem a opção apreciativa em sua função⁸³⁶. 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 RODRÍGUEZ⁸³⁷, 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

⁸³⁶ Por exemplo, caminhar ou conduzir na velocidade e de maneira que deseja (se está dentro do permitido nas normas de tráfego), tomar uma direção ou outra (se está dentro de sua competência e sempre que não vá contra da norma), entre outras.

⁸³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 787.

um “*titulo 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, 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 deôntica e, por conseguinte, sem discricionariedade.

Segundo TOMÁS CANO CAMPOS⁸³⁸, “*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 emanção faz surgir, no destinatário, a necessidade jurídica de adequar de forma imediata seu comportamento ao conteúdo positivo ou negativo da mesma. O autor⁸³⁹ 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 autor⁸⁴⁰ quando houver “*inmediatez de la situación de riesgo o peligro que*

⁸³⁸ CANO CAMPOS, Tomás. *El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*. Madrid: Civitas, 1999, p. 557.

⁸³⁹ Ibidem, p. 561.

⁸⁴⁰ Ibidem, p. 562.

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”⁸⁴¹.

A chamada apreciatividade administrativa existente na coação irá dispor de distintos níveis dependendo da forma da mesma. Na execução forçada, 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, não terá uma margem apreciativa na eleição do momento, nem na forma, nem nos meios técnicos ou materiais a utilizar na dita intervenção, pois estarão 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 público⁸⁴².

⁸⁴¹ 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 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”.

⁸⁴² Sobre todo o exposto por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade 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

Contudo, a coação direta e imediata⁸⁴³ terá uma apreciatividade maior que na execução forçada. Como essa serve para restabelecer a ordem jurídica que está sendo infringida, sem ter qualquer tipo de ato administrativo prévio⁸⁴⁴, 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)⁸⁴⁵. Por certo que essas duas margens apreciativas

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’”.

⁸⁴³ E. FORSTHOFF (1958 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 63 e 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 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.

⁸⁴⁴ 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*”.

⁸⁴⁵ JAVIER BARCELONA LLOP (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) também fala de dois momentos da margem de apreciação policial: “*las fuerzas de seguridad deben proceder a interpretar la realidad en el sentido de considerar o no su subsunción en la previsión normativa que les habilita a intervenir o a actuar en determinadas circunstancias. La lectura de si un evento constituye o no una alteración de la seguridad, un peligro para las personas o los bienes o un ilícito*

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 “*vía de hecho*”⁸⁴⁶.

A última característica da apreciatividade é a ausência de ato administrativo formal. IÑAKI AGIRREAZKUENAGA⁸⁴⁷ recorda que: “*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*

penal, por ejemplo, entre en este primer momento apreciativo, debiendo notarse que cuanto más precisos son los apoderamientos normativos menos es el riesgo de una interferencia policial en el ejercicio legítimo de los derechos y libertades, excepción hechas en los casos claros.

[...]

Una vez que legalmente la policía puede actuar, ha de elegir cómo y con qué medios e intensidad se enfrenta a la situación que requiere de su intervención. Si la acción policial no conoce vicio alguno en el primer momento apreciativo, su eventual ilegalidad se desplaza hacia el grado de coacción lanzado, pues una acción policial justificada puede devenir antijurídica si se aprecia falta de proporcionalidad o exceso en el empleo de los medios materiales que se utilizan, medios sobre los que es imprescindible una cuidadosísima ponderación”.

⁸⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 787.

⁸⁴⁷ AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990, p. 401 e 402.

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 discricionariedade 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.

Apesar de ser matéria de grande controvérsia, a maior parte da doutrina identifica ou decompõe os elementos do ato administrativo em cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto⁸⁸, que, se não são

⁸⁸ CARMEN URIOL EGIDO (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) cita outros três elementos vinculados: a existência do próprio poder discricional, sua extensão e o procedimento. Junto a estes, em certas ocasiões, aparecem outros: o tempo ou ocasião de exercício do poder e o fundo.

TOMÁS REQUENA LÓPEZ (REQUENA LÓPEZ, Tomás. Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 90) trata da necessidade de que os poderes se realizem por órgão competente através de um procedimento legalmente estabelecido, além da necessária ocorrência do suposto de fato habilitante para o exercício de qualquer poder (a premissa maior) (os denominados *hechos determinantes*) e a predisposição do ato administrativo ao fim fixado pelo ordenamento. Existem outros dois úteis que tenham um jogo diverso. Um, a motivação, que apresenta um duplo aspecto: formal, entanto que tem de fazer constar na mesma resolução, mas, sobretudo, o aspecto, material, pois não basta como identificar a uma parte daquela como tal motivação (qualquer que seja sua nomenclatura), senão que há de constituir a fundamentação da decisão. Outro, a acomodação do conteúdo dessa decisão ao ordenamento jurídico, que apresenta um caráter marcadamente material e

identificados no ato, prejudgado e inválido será seu resultado⁸⁹. Na continuidade, analisam-se tais elementos.

A competência é o círculo, definido pela norma jurídica, dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente suas atividades, ou seja, é o poder atribuído pela norma, e por ela delimitado, ao agente da Administração para o desenrolar específico de suas funções⁹⁰. Relaciona-se com a investidura do agente público que executa o ato⁹¹. O ato será válido caso quem o pratique

supõe uma tão evidente como essencial contribuição ao controle da discricionariedade da atividade administrativa, consequência primária, mais que nenhuma outra, do princípio da legalidade.

JOSE LUIS RIVERO YSERN (RIVERO YSERN, José Luis. Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo: breve reseña jurisprudencial. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 562) exprime que, em toda atividade discricionária, existem ao menos quatro elementos regrados: a existência mesma do poder; sua própria extensão, que nunca será absoluta; a competência para atuar, sempre referida a um órgão, e ente determinado e o fim.

Por fim, segundo EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 156): “*el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida. Esos elementos pueden ser muchos, pero necesariamente tiene que haber algunos: la existencia de la potestad, su extensión concreta, y la realidad de los hechos que legitiman su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, el fondo parcialmente reglado*”.

⁸⁹ Observa-se que três dos cinco elementos são comuns de todo o ato jurídico, que são: agente capaz, forma prescrita e não defesa em lei e objeto possível. Os dois elementos acrescidos se justificam porque, nos atos jurídicos típicos do direito privado, não interessa saber o porquê e o para que (motivo e finalidade).

⁹⁰ A competência administrativa é semelhante à capacidade do Direito privado. ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158) ressalta que devem ser analisados três pontos quando se trata de competência: a competência em razão da matéria, observados o grau hierárquico, bem como a delegação (competência *rationi materiae*); a competência em razão do lugar em que são praticados os atos (competência *rationi loci*); e a competência temporal, limitada ao momento da desvinculação daquele agente ao serviço público (competência *rationi temporis*).

⁹¹ Por esse motivo que RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007) afirma que a competência é, na verdade, o sujeito e define-o como: “*a pessoa que pratica o ato. Pode ele ser considerado simplesmente como qualquer pessoa física que faz parte da Administração e pratique qualquer ato. Pode ser considerado, também, como a pessoa a quem foram*

possua competência, não sendo bastante a capacidade pessoal do agente. Assim, caso se dite um ato por alguém que não tenha sido investido da autorização normativa, esse será nulo. A competência administrativa, como requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados⁵⁵². Pode, no entanto, ser delegada e avocada, estritamente segundo os limites da norma que a concedeu⁵⁵³. Percebe-se, portanto, que a fonte da competência é a norma. É na norma da competência que se encontrarão os limites e a dimensão das atribuições concedidas à Administração e seus agentes.

A competência, em princípio, sempre será um elemento vinculado da atuação administrativa. Mesmo assim, o agente somente pode exercer as atribuições que a norma lhe confere e não renunciar a ela porque lhe foi conferida em benefício dos interesses públicos. Porém tal afirmação deve ser matizada, pois podem existir casos em que o mesmo ato pode ser ditado por mais de um órgão como alternativa, surgindo como uma opção quanto à questão de saber quem, concretamente, aplicá-lo-a. Trata-se do problema da competência alternativa. Parece inegável em casos de competência alternativa apontar que esse seria um elemento discricional. Mas também é indiscutível que o círculo de órgãos competentes para a prática do ato, em abstrato, não é infinito. Afinal de contas, a lei oferece uma delimitação excluindo todos demais órgãos que não são alternativamente competentes. Assim, em uma

atribuídas determinadas quantidades de poder. Ou, ainda, fala-se também em sujeito, para significar 'una persona giuridica pubblica'".

Ao falar da competência ou sujeito, não se pode deixar de mencionar algo sobre o agente de fato. Esse é o agente incompetente, mas que tenha boa-fé. Seus atos serão válidos diante de terceiros, pela teoria da aparência, pela presunção da boa-fé dos cidadãos e pela culpa *in vigilando* da Administração.

⁵⁵² Intransferível porque a competência de um órgão não se transfere a outro pelo acordo entre as partes, ou por consentimento do agente da Administração, deve ela ser observada por todos. Já improrrogabilidade porque a incompetência não se transmudar na competência, ou seja, sem um órgão não tem competência para certa função não poderá vim a tê-la supervenientemente, a menos que a anterior norma definidora seja alterada.

⁵⁵³ Entende-se por delegação a circunstância em que pode a norma autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de classe hierárquica inferior, funções que originariamente lhe são atribuídas. Sem embargo, caso de que o delegante atraia para sua esfera decisória a prática de ato objeto de delegação, considerar-se-á o fenômeno inverso, ou seja, a avocação. Logo, avocação é o inverso de delegação, é o nome que se dá para trazer de volta o que foi delegado.

análise abstrata, não há elemento discricional, mas sim vinculado, inclusive em casos de competência alternativa. No entanto, ao analisar o caso concreto, o elemento será discricional, pois sempre terá subjacente uma eleição discricional relativamente do órgão que, naquele caso, irá editar o ato⁸⁵⁴.

A finalidade é o resultado desejado pelo agente, na prática de seus atos, pautado na norma. É aquilo que a norma indica explícita ou implicitamente. Não cabendo ao administrador optar por outra coisa. É, portanto, posterior ao ato, é a consequência do ato administrativo. São os interesses públicos gerais que se desejam alcançar e o interesse da norma propriamente dita⁸⁵⁵. De fato, em relação ao fim do ato administrativo, o Direito parece planejar dois conjuntos de regras: as regras que ou excluem a possibilidade de tratar de lograr um resultado determinado por meio de certos atos, ou bem não admitem os atos em que o agente público se referia a certo fim em particular e as regras que exigem uma correspondência entre o ato e o fim. As regras do primeiro grupo correspondem ao fim subjetivo. A noção de fim foi destinada pelo agente. Já as normas do segundo grupo, pelo contrário, correspondem a uma concepção objetiva do fim⁸⁵⁶. Para JEAN-CLAUDE VENEZIA⁸⁵⁷, o fim do ato deve sempre predominar sobre o fim do autor, isto é, quando comparados, o fim objetivo está sobre o fim subjetivo. Mas,

⁸⁵⁴ No mesmo sentido: AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 192.

⁸⁵⁵ Para JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 33) o fim do ato administrativo é um elemento de ordem psicológico. Afirma que todo ato jurídico (público ou privado) está orientado por a certo resultado. O Direito deve se realizado sob determinados fins, e, no caso de direito administrativo, esses fins são sempre públicos ou de utilidade pública. CHARLES EISENMANN (EISENMANN, Charles. Cours de droit administratif. Paris, LGDJ, 1982, p. 405) trata de uma dupla noção de finalidade, a subjetiva e a objetiva: “*La finalité subjective, c’est le but que l’agent s’est représenté, qu’il a voulu, vers lequel il a en ce sens orienté l’acte. La finalité objective, de fait (elle est dans les choses), c’est au contraire la destination vers laquelle l’acte tend par lui-même, de par ce qu’il est indépendamment des idées et volontés de son auteur*”.

⁸⁵⁶ JEAN-CLAUDE VENEZIA (VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 36) exemplifica essa noção ao dizer que: “*un des buts de la police est le maintien de l’ordre public. Les règles du premier groupe exigeront simplement que l’autorité de police, lorsqu’elle a pris une certaine décision, ait eu effectivement en vue de maintenir l’ordre public. Les règles du second groupe, au contraire, exigeront que la décision prise soit de nature, considérée dans ses rapports avec les circonstances de fait, à garantir le maintien de l’ordre public*”.

⁸⁵⁷ VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959, p. 49.

independentemente da atuação administrativa, “*l’agent est, en effet, toujours, au minimum, contraint d’agir dans un but d’intérêt public*”⁸⁵⁸.

Por isso, afirma-se que a finalidade também, normalmente, é um elemento vinculado do ato administrativo, porque não se admite ato sem finalidade pública e legal⁸⁵⁹. Não obstante, no caso de que a norma não estabeleça critérios objetivos para identificar, no caso concreto, que são os interesses públicos e a finalidade própria da norma, poder-se-ia afirmar que teria uma certa margem de manobra do agente⁸⁶⁰. DENIS J. GALLIGAN⁸⁶¹

⁸⁵⁸ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005, p. 59) também entende que a discricionariedade é fruto da norma de fim e exatamente por isso afirma que essa “*no es, ni puede ser nunca absoluta, porque el fin que esas normas proponen condicionan y limitan seriamente per se la libertad de elección de los medios que otorgan y ellos aunque el texto literal de la norma habilitante de la que en cada caso se trate parezca prima facie conceder una libertad total al omitir toda referencia a los medios y no ofrecer tampoco criterios alguno para la elección de uno concreto*”. Termina afirmando que: “*en el fin de la norma habilitante hay siempre un condicionamiento implícito que limita por sí sólo el quantum de discrecionalidad*”. Põe como exemplo a ideia de DWORKIN de ordem que permite ao sargento eleger os soldados que prefira. Explica que a liberdade de eleger estará condicionada em todo caso pelo objetivo a alcançar. E conclui: “*es indudable, en efecto, que si la patrulla es para realizar una marcha larga y penosa, el sargento estará obligado a elegir los cinco soldados más resistentes y que si el objetivo es abatir a unos francotiradores el sargento tendrá que elegir a los cinco soldados que tengan mejor puntería*”.

⁸⁵⁹ Não basta afirmar que a Administração deve perseguir os interesses públicos, pois esse fim geral é inerente a qualquer conduta administrativa. Deve-se buscar o fim legal, ou seja, o fim concreto a realizar na execução de uma lei específica, mas nem sempre esse é fácil de determinar. Há dificuldade quando a lei, não o enuncia de forma expressa, quando não é possível extrair do conglomerado dos enunciados normativos um fim implícito inequívoco, quando enuncia um fim em termos vagos, ou quando indica uma pluralidade de fins contraditórios.

⁸⁶⁰ 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. 341) aponta que o fim estabelecido na norma deve sempre ser respeitado, é como um ponto de referência essencial para a atuação discricional. Mas esse fim pode ser genérico ou indeterminado, remetendo sua determinação à Administração, o que abre a via da discricionariedade para a concreção dos fins. Nesses casos o limite é laxo. Em outros casos, o fim é específico, devendo a Administração respeitá-lo de maneira plena, sendo o limite mais forte, pois o fim guia estreitamente o exercício da discricionariedade, devendo a decisão guardar a adequada correlação com o fim.

BERNADO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 195) aduz: “*parece-me que no plano dos factos a determinação do fim de interesse público a perseguir*

afirma que “*the exercise of discretionary power by officials requires decisions about the purposes of the power, and about the means for translating those purposes into concrete acts and decisions*”. Mas, como bem recorda MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁸⁶², também, é certo que: “*não há a mínima possibilidade de contestação quando se afirma que a Administração está vinculada a fins de interesse público*”⁸⁶³.

A forma é o meio pelo qual a Administração exterioriza sua vontade. A princípio, todo ato administrativo é formal⁸⁶⁴. Sem sua presença, o ato nem

nem sempre é uma actividade estritamente vinculada, por vezes temos que considerar, graças à utilização pela lei de conceitos realmente indeterminados, a existência de alguma margem de livre apreciação”.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399 e 400) admite haver certa discricionariedade quanto ao fim. Para o autor: “*Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário*”.

⁸⁶¹ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 70.

⁸⁶² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 86.

⁸⁶³ A mesma autora (Idem. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 209) afirma que: “*no que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente, da lei, para cada ato administrativo. [...] No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade será discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. [...] No segundo sentido, a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto em lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada”.*

⁸⁶⁴ Apesar de a forma escrita ser a regra no direito administrativo, admite-se, com caráter excepcional, a não escrita, como a oral ou a prática de atos (v.g., sinais), em razão da urgência na manifestação de vontade de quem atua seguindo o interesse público. Até o silêncio é admissível como forma de manifestação do interesse público.

sequer completa o ciclo da existência⁸⁵⁵. A forma, como concepção material, não se identifica com a forma na concepção jurídica. De fato, uma questão é o ato que possui a forma, e outra é o ato que possui forma válida. Para ser válida a forma tem de ser compatível com o que expressamente dispõe a norma. Não se admite a ausência ou a inobservância da forma sob pena de caracterizar o ato como nulo. Assim, a inexistência da forma torna o ato administrativo inexistente, enquanto que a opção de forma diversa da legalmente exigida torna o ato administrativo inválido.

O formalismo do ato administrativo não significa uma forma determinada na norma, a não ser que a norma imponha ao agente público a obrigatoriedade de obediência à determinada forma. No caso de que não o faça, o ato poderá ser praticado pelas formas que pareçam mais adequadas, enquanto se respeitem os interesses públicos. Daí que se distingue a forma quanto ao rigor e à concepção. No primeiro caso, poderá ser: facultativa ou essencial. Na forma facultativa, a norma raramente se preocupa em definir o meio pelo qual alguém pode fazer determinado tipo de ato administrativo, quando assim o faz, mais que nunca, será vinculado. Em caso contrário, ou seja, se não define o meio ou se define várias formas possíveis para alcançar o mesmo efeito jurídico, terá discricionariedade⁸⁵⁶. Já a forma essencial é aquela em que existe um direito individual diretamente em jogo, sendo, neste caso, sempre vinculada. No tocante à concepção, a forma será tida como restrita ou ampla. Ou seja, se interessa somente o ato final, a forma será restrita; se interessa tudo o que foi feito até a exteriorização do ato, a forma será ampla; interessa, nesta forma, todo o procedimento realizado até a realização final do ato.

O motivo se refere à causa que originou a adoção do ato administrativo, ou seja, a situação de direito ou de fato que determina ou

⁸⁵⁵ Oposto ao direito privado, no direito administrativo não há liberdade de procedimentos nem forma, tudo deve ser previamente previsto para que o ato seja perfeito.

⁸⁵⁶ JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 63 e 64) também admite discricionariedade na forma. Afirma, exemplificando com os artigos 60 até 64 da lei brasileira de licitação que: “*Trata-se, pois, de típico caso de liberdade de opção potencial quanto à forma pela qual um ato administrativo pode vir a ser praticado. Donde é possível, no sentido lógico-jurídico, a existência de discricionariedade quanto à forma dos atos administrativos*”.

autoriza a realização do ato⁸⁰⁷. A existência do motivo se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é meramente existente ou juridicamente adequada ao resultado obtido. Assim, o motivo é a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato – o motivo é o pressuposto do ato administrativo. É anterior à prática do ato, é o que leva o agente a executar o ato. Sendo o motivo um elemento anterior à prática do ato, deve ser sempre ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se assim uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ Não confundir motivo com motivação que “*é a justificativa do pronunciamento tomado*”. (CRETELLA JUNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 310). A motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade. Fala-se sobre a obrigatoriedade ou não da motivação dos atos administrativos, e há quem entenda que é obrigatória nos atos vinculados. Em relação ao motivo, não há dúvida de que é obrigatório. Sem o motivo, o ato é nulo. Inconcebível é aceitar o ato administrativo sem que se tenha determinada situação de fato. DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 7) sustenta a obrigatoriedade de motivar apesar de afirmar que em um passado não muito distante o motivo não era obrigatório. Para o autor: “*the important element in discretion is the authority to settle upon the reasons for a decision, not to act either without reasons or according to reasons which fall bellow the requirements of rational decision-making*”.

Por fim, pode-se dizer que, sendo o motivo um elemento calcado em uma situação anterior à prática do ato, deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro. Daí que MARCELLO CAETANO (CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 148) aduz que: “*os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão*”.

⁸⁰⁸ Para MARCELLO CAETANO (CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 148): “*os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão*”. Por isso que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86) afirma: “*não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções interrelacionadas*” e mais (ibidem, p. 89): “*Perante um ato administrativo é fundamental indagar então, e desde logo, se faticamente existiram ou não os motivos, vale dizer, os eventos alegados ou presumidos para a prática do ato. Tratar-se-á, in casu, de conferir a mera materialidade, a simples real existência objetiva deles*”.

No basta, entretanto, que dados eventos hajam, de veras, sucedido. Cumpre, em segundo lugar, que sejam próprios, isto é, aqueles que a lei reputava deveres existir para a prática

Assim, quando o motivo é de fato, terá discricionariedade, contudo, quando este for de direito, ter-se-á uma atuação vinculada. Ou seja, caso o motivo esteja expresso na norma que autoriza o ato, será ele vinculado. Caso o motivo não esteja expresso na norma que autoriza o ato, será ele de fato e, portanto, terá o agente investido da função discricionariedade para realizar ou não o ato⁸⁹⁹.

O último elemento, o objeto, é a situação jurídica criada, modificada, declarada ou extinta que concerne às pessoas, bens ou atividades sujeitas à atuação da Administração. Tendo íntima relação com o conteúdo do ato, pois é por meio deste que a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou simplesmente atenta a situações preexistentes, é o que deseja a Administração, o que ela enuncia, prescreve ou dispõe⁹⁰⁰. Poderá ser determinado ou determinável (indeterminado). Se for determinado, estar-se-á diante de uma ação vinculada; mas se é indeterminado, terá discricionariedade. Isto porque a norma jurídica, ao estabelecer os resultados no mundo jurídico que derivam de determinadas condutas, pode deixar ou não certa margem de discricionariedade para o agente público. Logo, quando se

do ato em questão. Importa, pois, que haja subsunção, adequação, correspondência entre o fato, a situação, que embasou a providência administrativa e aquele a que a lei aludia. Em suma, é mister que haja ocorrido um ajuste entre a realidade concreta e a previsão abstrata da lei, de tal sorte que o suposto normativo se tenha realizado no plano empírico”.

Ademais, esse autor ensina que a causa do ato é a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato ou de direito (motivo) e o conteúdo do ato em vista a finalidade legal. É o que ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA (PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade no acto administrativo. Lisboa: Atica, 1960, p. 122) chama de controle de legitimidade do ato. Com respeito a ele se reconhecerá uma situação dada, postulava ou não aquela conduta que a Administração tomou. Falta-se a “causa” juridicamente idônea para apoiar o ato, este será inválido.

⁸⁹⁹ Assim, também entende MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 83 e 84): “Haverá vinculação do motivo, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. [...] Ao contrário, haverá discricionariedade quando: 1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; [...] 2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos prurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios”.

⁹⁰⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 171.

trata de atividade vinculada, o objeto deverá ser o mesmo que a norma previu. Diante da discricionariedade, permite-se ao agente trazer as linhas que limitam o conteúdo de seu ato, mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos⁸⁷¹.

Por estar a discricionariedade indiscutivelmente no objeto e motivo do ato administrativo, afirma-se que a margem de liberdade existente está relacionada com a conveniência (objeto) e oportunidade (motivo) administrativa. A conveniência administrativa, ao se referir à adequabilidade, introduz o que é justo, razoável, eficaz, apropriado e moral. E a oportunidade administrativa assinala o melhor momento para a tomada de decisão direta ou imediata (instantânea ou não), levando em conta as circunstâncias do momento, como a celeridade da atuação, a gravidade e o modo de melhor alcançar a eficiência administrativa.

Também, observou-se que haverá casos em que será possível uma margem de liberdade na finalidade, forma ou até inclusive na competência do ato administrativo, estando a primeira relacionada com o propósito (finalidade), a segunda com a comodidade (forma) e a terceira com a alternatividade (competência) administrativa. A propositividade administrativa se relaciona com a qualificação da finalidade da norma, ou seja, se o administrador preenche o ato com finalidade pública e legal. A comodidade administrativa faz referência à possibilidade de optar a gosto por meios possíveis para alcançar o mesmo efeito jurídico. E a alternatividade administrativa se refere à liberdade entre dois ou mais órgãos que realizam um mesmo ato⁸⁷².

⁸⁷¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ibidem, p. 81) afirma que a Administração terá margem de discricionariedade quando a norma: “*confere mera faculdade de agir e quando dá à Administração mais de uma opção para agir. É a discricionariedade situada no mandamento da norma*”.

⁸⁷² Para JUAN CARLOS CASSAGNE (CASSAGNE, Juan Carlos. La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ano 17, n. 67, p. 349-358, jul-sep, 1990, p. 351), a discricionariedade é algo distinto do mérito, oportunidade ou conveniência administrativa. Enquanto a discricionariedade é uma margem de liberdade, o juízo de conveniência ou mérito se vincula ao poder de apreciar livremente ou com sujeição a certas pautas do ordenamento positivo, e o juízo de oportunidade de ditar um ato administrativo por razões de interesse público. Em outros termos, a oportunidade ou conveniência (o autor chama essa última de mérito): “*puede resultar tanto del ejercicio de potestades regladas como discrecionales, o bien, como acontece en la mayor parte de los casos de una combinación de ambas*”.

3.4.3 Deriva da indeterminação do Direito

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 administrador⁸⁷³. Ela deriva de outras indeterminações do Direito, como do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do próprio 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

Conforme 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. 363 e 367): “*No parece suficiente en un plano jurídico dogmático, con ser cierto, afirmar que existe discrecionalidad administrativo cuando el órgano actúa aplicando criterios de oportunidad, apreciando valores singulares o resolviendo conforme a criterios de naturaleza política; tales caracterizaciones pueden admitirse, y se aceptan generalmente, para describir el contenido del ejercicio de poderes discrecionales por la Administración: pero, sustancialmente, dejan sin resolver el problema, al menos de una manera clara, de cuándo existe la necesaria autorización legal para el ejercicio de esos poderes. Ello es, evidentemente, condición previa para un eficaz y riguroso control del mismo, que constituye la principal –y, por lo demás, legítima– preocupación doctrinal*”.

⁸⁷³ 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 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)*”.

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 RÓDENAS⁸⁷⁴, 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 normativo⁸⁷⁵.

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 conteúdos sem infringir o marco constitucional básico, podendo variar consideravelmente o conteúdo das normas⁸⁷⁶.

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

⁸⁷⁴ 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.

⁸⁷⁵ 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*”.

⁸⁷⁶ ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 26.

resolver tais falhas, possui o aplicador uma série de meios que implicam necessariamente em certa liberdade de eleição⁸⁷⁷.

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 flexíveis⁸⁷⁸. Indica EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁷⁹ 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 ou apreciatividade 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 encontra-se em outra norma distinta, de igual ou inferior classe, à qual a primeira norma (a norma em branco) envia ou remete⁸⁸⁰. São, portanto, remissões materiais para valorização que conferem

⁸⁷⁷ ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 41.

⁸⁷⁸ LÁZARO GONZÁLEZ, I. Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica. Madrid: Tecnos, 2002, p. 108.

⁸⁷⁹ 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, Año 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 discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

⁸⁸⁰ 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,

ao respectivo aplicador uma especial “*elasticidad*” 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 branco⁸¹. 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 “*remisión inversa*” ou “*cláusula de retorsión*”, 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 determinada⁸². 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 predicar a existência de lacunas em casos que não existe nenhum problema semântico relevante. A discricionariedade supõe uma

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”.

⁸¹ 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.

⁸² CANO CAMPOS, Tomás. *El régimen jurídico-administrativo del tráfico: bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*. Madrid: Civitas, 1999, p. 612-619.

renúncia do legislador a realizar uma regulação completa e exaustiva, e isso imprime certa semelhança 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 decisão⁸⁸³. 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 apreciativa⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Para NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás. La “integración” de las clausulas 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”.

⁸⁸⁴ 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.

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, para sua integração, uma eleição entre alternativas ou opções, a qual, de modo peculiar, efetua-se entre alternativas ou opções extrajurídicas.

A apreciatividade deriva diretamente 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 atribuída⁸⁵⁵. 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 estratégico⁸⁵⁶. Assim, o exercício da apreciatividade não pode ser eliminado quando uma decisão é feita por um ser humano. É ela uma margem inescapável de liberdade⁸⁵⁷. É certo que, quando as

⁸⁵⁵ 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.

⁸⁵⁶ ELAINE CAMPBELL (CAMPBELL, Elaine. Police narrativity and discretionary power. International Journal of the Sociology of Law, London, v. 31, n. 4, p. 295–322, December, 2003, p. 295): “Discretionary decision-making can be regarded as strategically valuable and necessary to patrol, mark out and maintain the discursive boundaries of desirable and acceptable policing, thereby sustaining and generating the integrity of its corporate reputation and identity. This does not require a leap of faith so much as a re-imagination of how we conceptualise the role and function of police decision-making practice, and how we theorise the discretionary power which such practice entails”.

⁸⁵⁷ JOSEPH GOLDSTEIN (GOLDSTEIN, Joseph. Police discretion not to invoke the criminal process: low-visibility decisions in the administration of justice. The Yale Law Journal, New Haven, Conn, v. 69, n. 4, p. 543-594, march, 1960, p. 586): “The ultimate answer is that the

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 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 que atuam na linha de frente um espaço para promover seus próprios valores, interesses e necessidades⁸⁸⁸.

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 mais confiança, mais liberdade. ALAN FOX⁸⁸⁹, por exemplo, afirma que quanto mais confiança possui o agente, mais discricção terá: “*high-trust high-discretion*”. Para o autor, as variações nas relações de trabalho estão relacionadas com variações no conteúdo discriccional das funções de trabalho. Aduz que a discricionariiedade contida no trabalho “*tends to enlarge further in*

police should not be delegated discretion not to invoke the criminal law. It is recognized, of course, that the exercise of discretion cannot be completely eliminated where human beings are involved. The frailties of human language and human perception will always admit of borderline cases (although none of the situations analyzed in this Article are "borderline"). But nonetheless, outside this margin of ambiguity, the police should operate in an atmosphere which exhorts and commands them to invoke impartially all criminal laws within the bounds of full enforcement”.

⁸⁸⁸ LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

Em relação à função policial 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. 105) argumenta: “*Should one attempt to determine how the police come to exercise such enormous discretionary powers, it is all too easy to conclude that the answer lies in organizational mandate and history of the police*”.

⁸⁸⁹ FOX, Alan. Beyond contract: work, power and trust relations. London: Faber and Faber, 1974, p. 24.

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 discricção está fortemente associada com baixo, médio e alto níveis de confiança. Para o autor⁸⁹⁰, 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 profissionais⁸⁹¹.

Outros acrescentam a tal dicotomia (confiança-discricionariiedade) à ideia de responsabilidade e esclarecem que a diferença entre o agente com graduação em comparação com o técnico é a responsabilidade. PATRICK MCGOVERN⁸⁹² 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 discricionariiedade *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 discricionariiedade 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 facultades discricionais do que com o exercício da discricionariiedade em si. Segundo o autor⁸⁹³: “*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*

⁸⁹⁰ FOX, Alan. Beyond contract: work, power and trust relations. London: Faber and Faber, 1974, p. 68-69.

⁸⁹¹ 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.

⁸⁹² MCGOVERN, Patrick. Trust, discretion and responsibility: the division of technical labour. Work, Employment & Society, Solihull, v. 10, n. 1, p. 85-103, March, 1996, p. 98.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 99.

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”⁸⁸⁴.

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 função⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ 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.

⁸⁸⁵ ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA (SOUSA, António Francisco de. Discricionariedade na actuação policial. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reuniões e manifestações actuação policial. Coimbra: Almedina, 2009, p. 221) infere ser a discricionariedade policial uma discricionariedade funcional, expressão que recorda que a discricionariedade tem de ser exercida segundo os deveres próprios da função; isso é, no mais escrupuloso respeito pelos deveres do bom exercício da função.

MAURICE PUNCH e TREVOR NAYLOR (PUNCH, Maurice; NAYLOR, Trevor. The police: a social service. In: REINER, Robert. Policing. Aldershot: Dartmouth, 1996, v. 1, cops, crime and control: analysing the police function, p. 151) trazem uma lição de 1829 sobre a função policial que até hoje é citada: “*the primary object of an efficient police is the prevention of crime; the next that of detection and punishment of offenders if crime is committed. To those ends all efforts of the police must be directed. The protection of life and property, the preservation of public tranquillity, and the absence of crime will alone prove whether those efforts have been successful, and whether the objects for which the police were appointed have been maintained*”. Os autores acrescentam esta função básica à função social, que apesar de possui-las outros profissionais mais qualificados que a polícia, muitas vezes, é desta última de onde vem a primeira ajuda que se pode ter, sendo inclusive muitas vezes eficiente, principalmente com jovens.

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 competência⁹⁹⁶. A mais significativa consequência da distinção entre ações

O policial é um agente público “*especial*”, cujos valores morais e éticos devem estar de acordo com o que há de mais precioso: a vida. Portanto a apreciatividade derivada da função policial sempre deverá ter sua máxima justificação na vida humana. Sem embargo, é importante ressaltar, também, algo da cultura policial. É definida como o conjunto de valores, regras e perspectivas desenvolvidas e praticadas pelos policiais, que molda tanto seus comportamentos como sua forma de pensar. Deve-se aqui mencionar três classes bem características dessa cultura: o código do silêncio, a mentalidade de “*us versus them*” e o cinismo moral (sobre a definição e tais traços vide: Comissão Wood 1997 e Comissão Mollen 1994).

O código do silêncio é definido como a renúncia, de um policial, em “*denunciar*” ou fornecer qualquer informação sobre situações suscetíveis de incriminar/punir outro policial (SKOLNICK, Jerome H. Corruption and the blue code of silence. *International Journal*, v. 3, n. 1, p. 7-19, 2002). A violação do código, muitas vezes, é considerada como um ato de traição, podendo conduzir a hostilização do denunciante, dado que é visto como um delator que não merece confiança por parte de seus pares. Esse código é reforçado por uma mentalidade que induz a adoção de uma posição de desconfiança, a quem não pertence ao meio policial, denominada “*us versus them*”.

A atitude “*us versus them*” se relaciona como uma atitude de suspeita/desconfiança ao cidadão, às vezes, observado como inimigo e que traz como consequência a percepção de uma necessidade, de um ambiente de proteção e secretismo, no que os policiais apenas podem contar com eles próprios. Isso ocorre porque muitos contemplam ao cidadão como hostil, pois, na maioria das vezes, somente sabe criticar e não compreende as dificuldades inerentes da função policial. A sociedade, quando essa atitude é latente, acaba sendo uma fonte de problemas e não as pessoas a quem deve servir. Isso ocasiona um isolamento social, solidariedade com os outros policiais e cooperativismo excessivo, que contribui a um ambiente nada benéfico à sociedade.

Outra característica da cultura policial que tem sido destacada e que possui interação com os aspectos anteriores, é o desenvolvimento de uma atitude cínica, por parte dos policiais, relativa à moralidade.

⁹⁹⁶ 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 policial expressa um discurso ilocutoriamente diretivo, estar-se-á diante de uma ação deôntica. Para maiores esclarecimentos vide capítulo II.

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 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.

3.4.3.1 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 normativo⁸⁹⁷. 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*⁸⁹⁸. Tudo isso fez surgir uma nova configuração no modo de delegar a margem de liberdade que a Administração necessita para atuar.

⁸⁹⁷ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 163.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 198.

O tratamento doutrinário das fontes do direito Administrativo, por muito tempo, adotou uma concepção positivista, fazendo da lei a fonte nuclear de sua matéria⁸⁹⁹. A evolução do estudo da Administração fez com que temas como o costume, os regulamentos, o papel das normas constitucionais de aplicação direta, 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 voluntária⁹⁰⁰. Isto significa que nem todas as fontes de Direito

⁸⁹⁹ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1997, v. I, p. 50 e ss.

⁹⁰⁰ Afirma KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 108) que, conquanto nenhuma norma delegue poder legislativo ao policial: “*the police have a rulemaking power, and that rules they might make on enforcement policy could be legal and constitutional, but the rules would not necessarily have the force of law*” e aponta a decisão *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944) 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 pela polícia. 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 “*nondelegation 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 vagueza. 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*

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 limitadoras⁹⁰¹.

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 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".

⁹⁰¹ WAYNE R. LA FAVE (LA FAVE, Wayne R. *Arrest: the decision to take a suspect into custody*. Boston: Little, Brown, 1965, p. 63), ao tratar sobre a polícia, afirma que sua discricionariedade pode ser definida como qualquer tomada de decisões que não está estritamente regida por regras legais, senão que contenha mais bem um elemento significativo de juízo pessoal. Na verdade, o autor está referindo-se a apreciatividade. Esta definição compreende as principais características da apreciatividade, a saber: 1) uma tomada de decisão; 2) a ausência de norma jurídica derivada de um processo legislativo que a limite, e 3) um juízo pessoal.

A partir dos mesmos elementos, ROSCOE POUND (POUND, Roscoe. *Discretion, dispensation and mitigation: the problem of individual case. New York University Law*

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 com discricionariedade, 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 opta por uma política. E o âmbito das opções

Review, New York, n. 35, p. 925-937, abril, 1960) precisa que tal liberdade se trata de autoridade conferida pela norma jurídica a um policial. Ou a um serviço de polícia para intervir em determinados casos e sob certas condições, segundo seu próprio juízo e sua própria consciência, ao tentar estabelecer a natureza do dito poder, o autor a situa na zona intermedia compreendida entre a lei e a moral.

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 HILSON⁹⁰², 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*”⁹⁰³. Esse princípio foi criado para ordenar duas posições confrontantes de eleições ou tomadas de decisões rotineiras, regulares ou cotidianas: em um extremo, encontram-se as eleições/decisões baseadas nas normas jurídicas e cuja discricção 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 discricionariade é aberta e as normas ou políticas não desempenham nenhum papel em absoluto, nem sequer como guias gerais ou presunções para tramitar as decisões individuais⁹⁰⁴. Ambas as formas possuem vantagens e o

⁹⁰² 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.

⁹⁰³ 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*”.

⁹⁰⁴ 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*

compromisso de não ultrapassar certos limites (*non-fetter principle*) busca a melhor parte de cada uma delas⁹⁰⁵.

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 podem haver casos em que tal princípio não seja suficientemente rígido, permitindo manter as políticas com as exceções quando seja apropriado⁹⁰⁶.

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 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.

⁹⁰⁵ 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.

⁹⁰⁶ Basta imaginar uma norma que limite a velocidade máxima de determinada rua em 60 km/h. A política dita que em casos de que se supere 10% de tal velocidade a pessoa deve ser sancionada, ou seja, 66 km/h. Imaginando que o propósito da norma seja a segurança pública e caso uma pessoa seja sancionada por conduzir a 67 km/h em um dia ensolarado, sem nenhum carro diante de si, etc., a segurança pública não estaria em perigo e logo uma decisão individual de sancionar o condutor seria pensada, mas um aplicador rígido da norma e da política o sancionaria.

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 cumprida⁹⁰⁷. Mas, infelizmente – ou felizmente – não é assim, a premissa do “*full 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 complexidade⁹⁰⁸.

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.

⁹⁰⁷ 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 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.

⁹⁰⁸ Segundo KENNETH CULP DAVIS (DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 1), a ideia sobre “*selective enforcement*” é muito elaborada e complexa, mas, em suas observações, em geral, a polícia afirma que não faz política pública

Por isso, as questões das decisões arbitrárias frequentemente aparecem no contexto das “*selective enforcement (or nonenforcement) of laws*”⁹⁰⁹. 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. Agora, há de deter-se na linha tênue entre a margem de liberdade existente para forçar a aplicação de uma norma e a arbitrariedade⁹¹⁰. Não se deve confundir um uso errado de critérios com decisões arbitrárias, tampouco arbitrariedade com decisões legalistas⁹¹¹. Portanto, responder se a atuação é adequada ou não é muito mais complicado⁹¹².

(não há ordens gerais, especiais ou orientacionais em treinamentos), mas, na prática, o que se observa são políticas não escritas e práticas comuns nos departamentos, seja por hábitos e costumes. Crê-se, inclusive, que mesmo sem uma política escrita há política.

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 outros.

⁹⁰⁹ Por exemplo: a polícia faz cumprir uma lei de maneira seletiva quando detém motoristas na rua "A", mas não na "B". A razão pode ser a limitação de recursos ou pessoal, mas o fato é que, por um motivo qualquer, a patrulha gasta seus esforços em vigiar uma rua, ou por parar os veículos que ultrapassem a velocidade em mais de 10% da permitida e decidem parar um de cada quatro motoristas.

⁹¹⁰ Imagine que a polícia, no lugar de parar um de cada quatro carros, decidisse parar motoristas com cabelos longos, ou pessoas de cor de pele negra ou, por exemplo, não sancionasse a um amigo ou alguém que tenha relação com alguém que conhece. Essas decisões seriam improprias e, por conseguinte, arbitrárias.

⁹¹¹ Exemplo de uma decisão legalista é aquela em que a polícia decide sancionar a uma pessoa por superar em 1km/h a velocidade permitida em uma rua deserta e com iluminação perfeita. Apesar de ser legal, não é esse o objetivo ou a finalidade da lei. O cumprimento ou a execução da lei deve ser conducente com a finalidade da norma e também com o fim da organização em que o agente atua.

⁹¹² BRIAN A. GROSMAN (GROSMAN, Brian A. *Police command: decisions and discretion*. Toronto: Macmillan, 1975, p. 77 e 78) afirma que a polícia é que deve responder as demandas públicas de manutenção de ordem e deve fazê-lo respeitando o sistema jurídico e procedimental do país. Assim, defende que é crucial o exercício da discricionariedade policial, não só quanto aos direitos dos suspeitos como também aos interesses públicos, além de entender que na atualidade é impossível fazer cumprir todas as normas, motivo pelo qual existe a ideia de “*selective enforcement*”. Em seguida, refere sobre a discricionariedade do “*chief*” de polícia ao formar políticas públicas, prioridades e aplicações administrativas e de

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 for⁹¹³. Tal distorção, segundo KENNETH CULP DAVIS⁹¹⁴, 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 a norma obrigue o Estado a aplicar todas as leis.

Mesmo sendo um mito, HERMAN GOLDSTEIN⁹¹⁵ recorda que existe sempre uma reação em reconhecer que existe uma margem de liberdade. Adianta umas quantas razões para não reconhecer o exercício da discricionariedade, entre elas, o fato de reconhecer que, para que os agentes de ordem exercitem discricionariedade, requer-se um ato aberto, uma ação que é rara no âmbito da polícia. O discurso policial é sempre um “*full enforcement*”. Ademais, não reconhece o exercício da discricionariedade, segundo o autor, “*believes the very image in which he takes such pride and which he strives so hard to achieve*”. E completa: “*There is great difficulty in recognizing that discretion can be exercised without being partial. It is, of course, extremely important that police officers be impartial in their*

polícia. Afirma que a polícia é uma das únicas organizações administrativas que concede esse grande poder ao agente de baixo escalão. Questiona a legalidade do não cumprimento da norma pelos policiais ao, por exemplo, deixar de deter a uma pessoa e apenas adverti-la. Afirma que (ibidem, p. 81): “*this grey area of decision-making is unknown to the public who, for the most part, continue to believe that the law is enforced as it is written – that any deviation by the police from full enforcement is unlawful*”. Por isso aduz: “*Discretion is exercised by those responsible for the front-line decision that makes police resources available at a particular time and place*”.

⁹¹³ Os motivos para não executar uma lei são diversos: a falta de importância da vítima desestimula o policial; o fato de não haver queixa onde não há crime (*if the victim would not sign a complaint*); a crença de que não se pode condenar se não há testemunha ou se a vítima não colabora em “denunciar” o fato; a busca pela proteção de vítima de retaliação: a prática de muitos policiais que se põe no lugar do Ministério Público (fiscal) para tomar a decisão se o acusado seria condenado, e caso acredite que não, não os detêm, apesar de muitas vezes estes policiais conhecem pouco sobre o processo penal ou tem impressões errôneas; entre outros.

⁹¹⁴ DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 52 e ss.

⁹¹⁵ GOLDSTEIN, Herman. Police Discretion: The Ideal versus the Real. Public Administration Review, Washington, v. 23, n. 3, p. 140-148, sep., 1963, p. 143.

enforcement policies, but it is possible for them to be so and still exercise discretion”⁹¹⁶. Defende, também, que a imparcialidade exige o estabelecimento de critérios de ações uniformes e que é mais fácil o administrador defender um programa de “*full enforcement*”:

If discretion is to be exercised, criteria become essential. And here the problems begin: (1) there is a general reluctance to spell out criteria as to those conditions under which an arrest is to take place lest this written modification of existing laws be attacked as presumptuous on the part of an administrative agency and contemptuous of the legislative body; (2) in the absence of written instructions, it is extremely difficult to communicate to large numbers of police-men the bounds of the discretion to be exercised; (3) an officer cannot be forced to exercise discretion, since the broad oath which he takes places him under obligation to enforce all laws and he can maintain that he is adhering to this higher authority; and (4) if a written document is desired, the preparation of criteria for

⁹¹⁶ JOSÉ CARLOS BASTOS LEITÃO (LEITÃO, José Carlos Bastos. *Discricionariedade policial*. In: AA. VV. *Estudos de homenagem ao juiz conselheiro António da Costa Neves Ribeiro* (In memoriam). Coimbra: Almedina, 2007, p. 569) afirma que: “*a temática da discricionariedade policial pode à partida não ser susceptível de conseguir consensos e até de gerar resistências. Tradicionalmente, para forças policiais sujeitas ao primado do direito, reconhecer formas de discricionariedade por parte da polícia fora dos limites previstos na lei torna-se uma tarefa difícil. As medidas de polícia e as atribuições e competências legais atribuídas à polícia são as constantes na lei.*

No entanto, a discricionariedade é talvez a principal característica da acção policial, assumindo o seu estudo a maior importância, reconhecida que é a sua influencia para uma melhor compreensão dos mecanismos que determinam a eficácia da lei nas sociedades democráticas, das políticas criminais e sobretudo para compreender todo o modo de actuação dos serviços de polícia, designadamente no que respeita aos seus limites efectivos [...] Quando confrontados com a sua discricionariedade os polícias tendem a vê-la com maus olhos, como uma crítica à sua acção profissional. A autonomia policial faz pensar no livre-arbítrio, em algo contrário à disciplina, à hierarquia, às regras universais e impositivas – apanágio das leis e dos regulamentos internos”.

the exercise of discretion re-quires an expert draftsman-one more skilled than the legislative draftsman who may have tried and failed. Is it any wonder that the typical reaction of the police administrator to the mere suggestion that discretion be acknowledged is likely to be: “It isn't worth the trouble”?

Outra razão é a corrupção, reconhecer que existe discricionariedade, é reconhecer um grande poder nas mãos dos policiais, dessa maneira, aumentando a possibilidade de corrupção e da responsabilidade do Estado que deriva da eventual sanção que imponha a seus próprios policiais assim atuarem. A questão, então, é saber se aplicar uma lei de forma seletiva é legal ou não. Para KENNETH CULP DAVIS⁹¹⁷, o “*open selective enforcement is legal*”⁹¹⁸. 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 (levar sob custódia alguém que provavelmente não será condenado, por exemplo); em outras, é fisicamente impossível cumprir a norma, assim, devendo priorizar uma ação ou outra (cada suspeito corre em direções distintas, por exemplo); em outras, não é possível cumprir por não se dispor dos recursos suficientes (deter todos os que estão fumando maconha em um espetáculo, em um parque público), entre outras situações. O autor coloca que o Legislativo não deseja que todas as leis sejam cumpridas. Afirma que esse 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 legal⁹¹⁹, afinal de contas, caso se permita o “*partial enforcement*”, haverá “*nonenforcement*” também⁹²⁰.

⁹¹⁷ DAVIS, Kenneth Culp. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975, p. 79.

⁹¹⁸ Segundo ele, a polícia não pode aplicar todas as leis criminais. A polícia interpreta os dispositivos sobre “*full enforcement*” de maneira literal e na prática da polícia, utiliza um sistema de “*selective enforcement*”, mas finge usar um sistema de “*full enforcement*”.

⁹¹⁹ Ibidem, p. 92.

⁹²⁰ HAROLD E. PEPINSKY (PEPINSKY, Harold E. Better living through police discretion. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 249-267, autumn 1984, p. 249)

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 de profissionais, com transparência e submetida a críticas internas e externas do ambiente no qual será aplicada, ou seja, deve seguir um procedimento correto⁹²¹. Deveria existir uma maior coordenação entre todos aqueles que executam ou aplicam as leis⁹²², 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*

assevera que “*accountability requires discretion*” e parte da premissa de que a discricção é algo desejável da atividade policial. Propõem um sistema de “*accountability*” desenhada para gerar discricionariedade de um modo que reduza a injustiça do “*selective law enforcement*”. E define a “*accountability*” como o ter a resposta a uma ação ou inação, sendo sinônimo de responsabilidade. Para o autor (ibidem, p.250), ter de responder por algumas ações somente tem sentido caso se pudesse ter optado por fazer outra coisa. Possui “*accountability*” aquele que “*had no choice of action would amount to holding one to answer for a superior's decision; and, even then, it would entail the premise that the subordinate chose (acted) to allow the superior to prevail*”. Já discricionariedade para o autor significa eleição de ação. Portanto “*accountability*” implica discricção. Daí que afirma (ibidem, p. 249): “*If society aims to use regulation to make the police accountable to the citizens they serve, society's rules must not only channel accountability, but must create discretion. And if society aims to reduce the level of class bias in law enforcement through accountability, discretionary rules must be designed to offer an incentive for the police to engage in aggressive nonenforcement*”.

⁹²¹ Deveria existir o que a América do Norte chama “*notice and comment procedures*” (Administrative Procedure Act, 5 U.S.C § 553).

⁹²² ANDREW GOLDSMITH (GOLDSMITH, Andrew. Taking police culture seriously: police discretion and the limits of law. In: REINER, Robert. *Policing*. Aldershot: Dartmouth, 1996, v. 2, controlling the controllers: police discretion and accountability, p. 324 e ss.) defende que “*police administrators and police officers participate in negotiated rulemaking, a process similar to collective bargaining, in which police culture perspectives are drawn upon in formulating rules regulating aspects of police practice*”. Aponta o autor alguns aspectos do benefício que tal tipo de regulamentação pode trazer. Primeiro, as partes participam de maneira direta e imediata da formação da norma. Segundo, permite as partes centrarem-se em seus próprios interesses. Terceiro, a negociação permite as partes enfatizarem matérias práticas e empíricamente mais que atos baseados em hipotéticas e informadas especulações. Finalmente, há um adicional de legitimidade na produção das normas via a negociação, que contribui para a eficiência e eficácia.

enforcement”. Somente a previsibilidade, mensurabilidade e segurança podem evitar a arbitrariedade e o favoritismo²²³.

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

²²³ JOHN LAMBERT (LAMBERT, John. *The police can choose*. In: REINER, Robert. *Policing*. Aldershot: Dartmouth, 1996, v. 2, *controlling the controllers: police discretion and accountability*, p. 95) afirma literalmente “*police can choose*”. Segundo ele, não é verdade que a polícia atue de maneira imparcial ao forçar a lei. Para o autor, apenas existe um minoria de policiais autoritários. Esses sempre existiram. Sem embargo, todos “*law-enforcement officer*”, independente de ser policiais ou não, possuem discricionariedade em quase todas as situações que enfrentam. Em tais situações, estes agentes sempre terão sua opinião, como cidadão, de outros cidadãos e raciocinarão inevitavelmente como membros de uma classe ou raça quando diante de outras classes e raças.

Segundo o autor: “*full enforcement is not possible. Law-breaking is so common that to investigate every infringement, to prosecute every known offender, would require police forces of a size, and involve expenditures on a scale, that would be impracticable and intolerable*”. Assim, afirma existir dois tipos de relação: qual lei deve ser “*enforced*” e como deve ela ser “*enforced*”. Primeiro, existem as decisões políticas feitas em conjunto com a força, divisão, esquadra. Segundo, há mais informais quando os policiais interpretam pressões e demandas locais. A primeira evidencia a relação da polícia com sua instituição; e a segunda, com a comunidade.

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 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 estandarizações 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 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 ordens²²⁴.

O poder típico dos superiores hierárquicos é aquele de direção. É esta a competência que o superior tem de dar ordens e de impor a seus subordinados a prática de atos necessários para o bom funcionamento do serviço. Tal poder faz emergir outros, como o poder de inspeção, de superintendência e até um poder disciplinar. É, por meio desses poderes, que o superior hierárquico orienta os serviços, dessa maneira, assegurando a integração das subunidades no papel da unidade a que pertence e mantendo a disciplina entre os agentes. No sentido oposto, corresponde aos subalternos o dever de obediência nos termos e segundo os limites fixados na lei.

Não é sempre nítida, contudo, a diferenciação entre superiores e subalternos, visto que nem sempre há variedades de categorias correspondentes a uma diferenciação hierárquica. Também se deve considerar que muito frequentemente concorrem, no mesmo agente, a qualidade de superior e subalterno. Como regra, a hierarquia se descompõe em uma escala de competências dentro do próprio serviço, englobando desde a classe dos agentes, aos que somente correspondem deveres de obediência, até os detentores de poderes de direção e supervisão em toda sua plenitude, ou seja, até o grau supremo da hierarquia onde está o superior que não é subalterno de ninguém.

Cada superior apenas vive e encarna a ideia de serviço em cuja organização se encontra integrada, ideia está cuja realização deve ser prosseguida por todos os subalternos do mesmo serviço. Dessa maneira, o poder de direção e disciplinar que se atribui aos superiores tem como objetivo a realização integral dos fins do serviço a partir da submissão de todos seus agentes a determinadas normas consideradas essenciais para se alcançar tais fins, assim, somente no âmbito e no domínio do respectivo serviço, é possível,

²²⁴ CARRASCO BELINCHON, Julian. *Manual de organización y métodos*: I. Funciones directivas. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1966, p. 268.

validamente, exercer tais poderes. Esse poder de impor ao subordinado a prática de atos necessários ao funcionamento do serviço poderá vir dotado de subjetividade, neste caso, apreciatividade, de acordo com a ideia de serviço a cuja organização se encontre integrado.

Segundo C. J. FRIEDRICH⁹²⁵, a discricionariedade é um exercício de autoridade e significa a habilidade de motivar as opções feitas. Partindo dessa concepção, afirma MARTHA FELDMAN⁹²⁶ 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 DWORKIN⁹²⁷, 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, parece 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 conduta⁹²⁸. É, portanto uma das manifestações dos

⁹²⁵ 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.

⁹²⁶ FELDMAN, Martha. Social limits to discretion: an organizational perspective. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 164.

⁹²⁷ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 31-39, 84 e 85.

⁹²⁸ Existem dois documentos relativos a Códigos de Conduta ou de Ética na polícia, são: a resolução AG-2002-RES-01, de 23 de outubro de 2002, Interpol, “*global standardsto combat corruption in police forces/services*” e a recomendação (2001) 10, de 19 de setembro de 2011, sobre o Código Europeu de Ética Policial.

Relacionando com as questões éticas, a comissão Wood (1997), ao tratar da gestão e da chefia da polícia, foi premissória em concluir que os policiais que conseguem manter uma moral e motivação elevadas, dirigir os demais policiais de forma clara e direta,

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 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,

nomeadamente, no que respeita às questões éticas, são menos propícios de surgimento de irregularidades e atos ilícitos. A manutenção da moral, dos padrões profissionais e de respeito à autoridade são vitais para a prevenção destes efeitos. Não se pode admitir um encobrimento ou complacência na irregularidade e ilícitos e de qualquer violação dos deveres funcionais. Há que proteger a reputação e imagem institucional. Portanto os mecanismos de controle destes devem ser efetivos e eficazes, além de ser preventivos e reativos. Um sistema disciplinar coerente, não apenas punitivo, que tenha como objetivo central promover e preservar os valores da ética e integridade, tende não somente para a punição das condutas desviadas, senão, também, reconhece e recompensa os comportamentos eticamente corretos. O comportamento exemplar do líder é primordial para o avanço e solução dos problemas. Um total compromisso aos valores que representam e funções que desempenham, um forte sentido de responsabilidade e uma firme chefia, baseado no bom sentido, transmitindo uma mensagem coerente a seus subordinados de que *“que predica o que se pratica”*.

No que concerne ao controle preventivo, um instrumento que merece especial atenção são os códigos de ética ou deontológicos. Além das normas e regimentos internos, a criação e adoção de um código de ética, que consagre e consolide os padrões ético-profissionais, são vitais para uma redução significativa dos comportamentos impróprios, além de propiciarem o desenvolvimento moral da polícia e fomentar uma maior conscientização das implicações éticas de suas decisões (NEYROUD, Peter; BECKLEY, Alan. Policing, Ethics and Human Rights. Oregon: Willan Publishing, 2001).

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 cumprimento⁹⁹. 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 periódicas¹⁰⁰.

⁹⁹ Parece que não se está simplesmente ante um “*nuevo impulso a la autonomía privada*”, senão ante um fenômeno de “*privatización*” do público. Primeiro, foi a privatização da parte das funções próprias das Administrações Públicas, com a subsequente “*crisis del estado de bienestar*”. Tem-se produzido a “*privatización*” da função judicial, com a irrupção a grande escala da arbitragem e outros mecanismos de resolução amigável. Mas, talvez, a utilização massiva destes códigos poderia abrir uma etapa de “*privatización*” na elaboração das próprias normas jurídicas; não somente porque os Códigos podem ser considerados como usos normativos quando cumpram os requisitos preceptivos, senão porque, com a independência do anterior, começam a alçarem-se vozes favoráveis a que sejam considerados *per se* normas jurídicas.

¹⁰⁰ Entre os objetivos e benefícios da elaboração de Manuais Administrativos, destacam-se: fixar as políticas e estabelece os sistemas administrativos da organização; facilitar a compreensão dos objetivos, políticas, estruturas e funções de cada área integrante da organização; definir as funções e responsabilidades de cada unidade administrativa; assegurar e facilitar ao pessoal a informação necessária para realizar os trabalhos que lhes têm sido encomendados e lograr a uniformidade nos procedimentos de trabalho e a eficiência e qualidade esperada nos serviços; permitir a economia de tempo e esforços dos agentes públicos, evitando funções de controle e supervisão desnecessárias; evitar desperdícios de recursos humanos e materiais; reduzir os custos como consequências do incremento da eficiência em geral; facilitar a seleção de novos empregados e proporcioná-los os meios necessários para o desempenho de suas atribuições; constituir uma base para a análise posterior do trabalho e a melhora dos

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

sistemas e procedimentos; servir de base para o treinamento e capacitação do pessoal; compreender o plano de organização por parte de todos seus integrantes, assim como de seus próprios papéis e relações pertinentes; regular o estudo, aprovação e publicação das modificações e a troca que se realizem dentro da organização em geral ou alguns de seus elementos componentes; determinar a responsabilidade de cada posto de trabalho e sua relação com os demais integrantes da organização; delimitar claramente as responsabilidades de cada área de trabalho e evitar os conflitos interestruturais, entre outros.

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 tempo, 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 decisões⁹¹¹.

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 NORDSTRÖM⁹¹² afirmam que os “*street-level bureaucrats have certain discretion and that they use power to make decisions in contradictory 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

⁹¹¹ 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*”.

⁹¹² 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, December 2006, p. 431.

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 preceptiva, 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, 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, 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 inoperantes⁹³.

Finalmente, em todos os casos mencionados como habilitadores de subjetividade ou autonomia pública (discricionariedade e apreciatividade), a

⁹³ Muitos de tais instrumentos expressam decisões capitais que condicionam o futuro desenvolvimento da vida dos cidadãos ao traçarem o ambiente determinante de certo nível de qualidade de vida. Tem uma classe de norma jurídica, similar a um regulamento. Assim, caso o texto submetido inicialmente à participação popular (por meio de informação pública, consulta, ou outros modos), tenha objeto, depois de uma modificação que altera profundamente seu sentido real, esta nova redação não terá sido oferecida às alegações dos cidadãos, o que implica a necessidade de abrir a estes um novo prazo quando se tenham introduzidas modificações substanciais no texto original.

O controle cidadão também ocorre sobre instrumentos já vigentes. São as ações públicas, onde qualquer cidadão pode impugnar tais “normas” uma vez que se tenha produzido sua publicação.

Administração tem um amplo poder de decisão. Todos os instrumentos compõem uma ordem jurídica que aumenta o marco legal do segmento ou setor regulado. Pois alguns possuem natureza jurídica de norma e não de ato. O caráter normativo de alguns deles ocorre porque tais instrumentos são documentos que reúnem notas de abstração e generalidade e sua função é a de complementar e desenvolver o conteúdo da norma jurídica parlamentar que regula o segmento ou setor. 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.

3.4.3.2 As diferentes fontes habilitadoras como modificadoras de eleições/decisões

Tem-se verificado que a ideia de apreciatividade não está ligada às concepções de RONALD DWORKIN⁹⁸⁴ sobre discricionariedade fraca e forte. Observou-se que tanto a discricionariedade como a apreciatividade poderão ser fortes ou fracas, isso dependerá da fonte habilitadora da subjetividade ou autonomia pública 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 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 discricionariedade 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 racional⁹⁸⁵. Não cabe no presente trabalho

⁹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85.

⁹⁸⁵ RAÚL CALVO SOLER (CALVO SOLER, Raúl. *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 15 e 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

desenvolver 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 SOLER⁹³⁶ entende que as normas funcionam afetando nossos juízos na tomada de certas decisões. Afirma esse autor que um conjunto de indivíduos que atuam por meio de uma racionalidade instrumental⁹³⁷ cumpriu com as normas se, e somente se, estas maximizem seu bem-estar pessoal.

(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”.

⁹³⁶ CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 18.

⁹³⁷ A racionalidade instrumental tem, ao menos, dois pressupostos importantes: o primeiro pressuposto é antropológico; aos decisores instrumentalmente racionais, resultam decisores maximizadores 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.

Desde que JOHN FORBES NASH JR.⁹³⁸ 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 deteriorou⁹³⁹. O equilíbrio de NASH é, na teoria dos jogos, um “*concepto de solución*” que assume que cada jogador conhece e tem adotado sua melhor estratégia, bem como conhece as estratégias dos demais. Conseqüentemente, 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 fizeram – uma estratégia que maximize suas vantagens dadas as estratégias dos outros. Sendo assim, nenhum jogador tem qualquer incentivo para modificar individualmente sua estratégia⁹⁴⁰.

O ponto de inflexão do debate da racionalidade das eleições/decisões, porém, produz-se no momento em que se questiona a ideia de que ser racional implicará necessariamente maximizar o interesse pessoal⁹⁴¹. Surge assim a

⁹³⁸ NASH JR., John Forbes. Non-cooperative games. The Annals of Mathematics, Washington, Second Series, v. 54, n. 2, p. 286-295, sep, 1951.

⁹³⁹ De acordo com HAROLD E. PEPINSKY (PEPINSKY, Harold E. Better living through police discretion. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 249-267, autumn 1984, p. 266 e 267): “*The exercise of discretion by public officers can be repressive; but once it is conceded that discretion is a product of social control, it can be seen that properly channeled discretion can also be liberating for all concerned. If discretion can produce misfortune, it can also be serendipitous. How can policing be made more serendipitous? How can the game of police discretion be turned from a zero-sum game (in which police win when offenders, and often victims, lose) into a mixed-sum game (in which complainants, suspects, and police win together)? It is argued here that serendipitous law enforcement rests on making police subject to regulation by the residents of the communities they patrol. Properly constructed, this game requires the police to try to exercise discretion in a way that serves the interests of those they encounter-victims and offenders alike. It lodges in community residents the primary responsibility for helping themselves to resolve their disputes short of resort to law enforcement. The game offers community members better living through creation of police discretion*”.

⁹⁴⁰ 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.

⁹⁴¹ 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.

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 que considera que a ação conta com certas propriedades intrínsecas. Todo o procedimento para tomar decisões fracamente racionais pretende salvaguardar a coerência do decisor entre um conjunto de valores que ele sustenta e a ação que resulta selecionada⁹⁴².

Assim, as normas jurídicas, nos processos de eleição/decisão, possuem uma dualidade de funções: funcionam nos termos de critérios para definir um conjunto de alternativas/opções; e, também, 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.

3.5 Distinções entre apreciatividade e conceitos afins

3.5.1 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 todo o 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.

⁹⁴² 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.

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 permita 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 estimativa 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 juízo 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. Agora, 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 deôntico 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 deônticas; 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 imediatidade 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.

3.5.2 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 discricional ou apreciativo, 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, a discricionariedade e a apreciatividade 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 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; e a apreciatividade 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.

3.5.3 *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 monarca⁹⁴³. 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 regulamentarias, ou seja, internas ao âmbito do próprio órgão⁹⁴⁴. 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 corporação⁹⁴⁵.

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.

⁹⁴³ 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.

⁹⁴⁴ 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 veto*”.

⁹⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Dos atos administrativos especiais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 162.

André Saddy

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 interno de alguma corporação, sem qualquer efeito externo, podendo ou não se manifestarem por meio de uma ação discricional ou apreciativa.

CONCLUSÕES

O capítulo primeiro fixou premissas para o desenvolvimento do trabalho, motivo pelo qual tratou desde o surgimento do Estado até as mudanças de paradigma atualmente vividas.

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 cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados. Qualquer atribuição da Administração deve ser classificada em uma só – nunca em mais de uma – dessas cinco categorias teóricas. Essas diferentes formas de margens de atuação da Administração estão longe de possuir uma consolidação em sua terminologia e, inclusive, quantidade.

O núcleo central do primeiro capítulo 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 cinco formas distintas (segunda tese). A presente tese doutoral 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 *discreitio*, 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 suspicácia 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 discrétion 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 (normativa ou regulamentar; de organização - direção e hierarquia; de ordenação, limitação ou de polícia; e regulatória) 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 de serviço público; e a de promoção, estímulo, orientação ou fomento. 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 e última tese dentro do capítulo primeiro sustenta que, em qualquer dessas formas de atuação administrativa, estará a Administração utilizando alguma das manifestações de subjetividade ou autonomia pública (vinculada, 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.

No capítulo segundo, estudou-se a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico. Assim, quando o estudo desejava distinguir as formas de atribuição de subjetividade ou autonomia pública foi preciso questionar o que é a discricionariedade sob pena de prejudicar seus objetivos. Para isto, encarando parte da doutrina aceita quanto ao assunto e tendo em conta seu argumento *ab auctoritate*, defende-se como sexta tese do trabalho que a discricionariedade administrativa possui diferentes pontos de vistas na doutrina, sendo caracterizada, portanto, por uma grande equívocidade 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 sétima tese baseia-se em 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, 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 oitava tese, defende-se que o conceito exposto refere-se ao que se denominou, na presente tese, de discricionariedade potencial. Somente estar-se-a 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 (nona 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 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 deôntico 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 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.

Como décima primeira 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 segunda 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 a margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielsraum*) e dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriffe*). A décima terceira 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 “*eso*” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “*eso*” 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 capítulo terceiro, 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 quarta, 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. A apreciatividade administrativa é aquela margem de liberdade de que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação não deôntica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciatividade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance.

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 discricionária. 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, “*Definitions-macht*” (poder de definição). A décima quinta 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, discricionários 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 sexta tese, três elementos essenciais, próprios da apreciatividade administrativa: subjetivo, somente a Administração Pública possui esse tipo de subjetividade, mas, principalmente, os servidores que atuam em linha de frente ou que tenham contato direto com os cidadãos que para empregá-la utilizam uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem. Ou seja, optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções que tenha; formal, derivado da indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, normalmente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo necessariamente um ato administrativo formal ao final de seu exercício; volitivo, por ser uma margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite. Tal liberdade de conduta é frequentemente rotineira, regular e cotidiana, realizada com algum caráter imediato ou de urgência. Além desses elementos essenciais, assim como na discricionariedade, a apreciatividade possui um elemento objetivo, que é o dever de atenção aos interesses públicos gerais e específicos. Exceto o último elemento, onipresente em toda a Administração Pública, os demais elementos possuem diferenças substanciais em relação aos mesmos elementos da discricionariedade.

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 sétima 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 diretivos 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. A título conclusivo, precisa-se

juridicamente o alcance e a definição de cada uma dessas faculdades da seguinte forma:

(I) A **discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico** seria 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 deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, 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 a preceptiva 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 alternativa e em disjunção. Trata-se da distinção entre discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).

(II) A **liberdade de conformação ou de configuração** seria 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.

(III) A **margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados** seria a margem 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.

(IV) Por fim, a **apreciatividade administrativa** seria 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 deontológicas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um

André Saddy

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.

REFERÊNCIAS

AA. VV. The Gentleman's and London Magazine: Or Monthly Chronologer, 1741-1794. Dublin: J. Exshaw., 1766.

ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008.

ADOMET, Klauss. Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica. Madrid: Civitas, 1984.

AFRIAT, S. N. Logic of choice and economic theory. Oxford: Clarendon Press, 1987.

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. La coacción administrativa directa. Madrid: Civitas, 1990.

AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

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.

ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona: Bosch, 1970.

_____. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1.

ALEXEEFF, 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.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

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

_____. Demandas improcedentes por haber obrado el gobierno en uso de sus facultades discrecionales. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Año 14, t.30/31, 1867.

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, Maria José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- ALTHUSIUS, Johannes. La política. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani (Politica methodicae digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata). Torino: Claudiana, 2009 – 1º edición de 1603.
- AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines del Estado. Justitia. São Paulo, v. 36, n.87, p. 163-187, out./dez. 1974.
- AMOROSINO, Sandro. Le trasformazione dil diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1994.
- AN ATTORNEY AT LAW. The Student's Law-dictionary: Or, Compleat English Law-expositor. Savoy: E. and R. Nutt for J. Hodges, 1740.
- ANABITRATE, Alfredo Gallego. Derecho General de Organización. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: FERNANDES, José Pedro (dir.) Dicionário jurídico da Administração Pública. 2. ed. Lisboa: [s.n.], 1993, v. V.
- _____. 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.
- ANTUNES, Luis Filipe Colaço. O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma? Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- APPLEBY, Paul Henson. Policy and administration. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.
- ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 8, n. 24, p. 9-46, sep/dic, 1988.
- ARANSON, Peter H.; GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen O. A Theory of Legislative Delegation. Atlanta: Emory University, Law and Economics Center, 1982.
- ARCENEGUI, Isidro E de. Modalidad del acto administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 27, n. 84, p. 3-26, sep-dic, 1977.
- ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.
- ARISTOTLE. La Constitución de Atenas (Athenaion Politeia). Tradução de Antônio Tovar. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948.
- ARMSTRONG, Peter. Engineers, management and trust. Work, Employment & Society, Solihull, v. 1, n. 4, p. 421-440, dic., 1987.
- 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.
- ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Año 22, n. 85, p. 5-26, ene/mar, 1995.
- _____ e RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, cap. III.
- AUCOC, Léon. Conférences sur l'administration et le droit administratif. 2. ed. Paris: Dunod, 1878, tomo I.
- AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995.
- AZZARITI, Gaetano. Della discrezionalità al potere. Padova: Cedam, 1989.
- BACHELET, Vittorio. L'attività técnica della Pubblica Amministrazione. In: AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.
- BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen, Mohr (Siebeck) 1966-7, v. I, p. 231 e 232, v. II.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BALDWIN, M. Care Management and Community Care: Social Work Discretion and the Construction of Policy. Aldershot: Ashgate, 2000.
- _____. The positive use of discretion in social work practice: developing practice through co-operative inquiry. Issues in social Work Education, Leicester, v. 18, n. 2, p. 42-48, 1998.
- BARAK, Aharon. Judicial Discretion. New Haven: Yale University Press, 1987.

- BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- BARDACH, E.; KAGAN, R. Going by the book: the problema of regulatory unreasonableness. Philadelphia: Temple University Press, 1982.
- 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.
- BARTH, Thomas J.; ARNOLD, Eddy. Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration. The American Review of Public Administration, St. Louis, v. 29, n. 4, p. 332-351, dez., 1999.
- BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, Tomo V – Limitaciones a la Libertad.
- BAYLES, Michael D. Procedural Justice: allocating to individuals. Dordrecht: Kluwer, 1990.
- BAYLEY, David H.; BITTNER, Egon. Learning the skills of policing. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 35-59, autumn 1984.
- BECK, Ulrich. Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial. Barcelona: Paidós, 2004.
- BELL, John. Discretionary decision-making: a jurisprudential view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- 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.
- BELLAVISTA, Girolamo. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Milano: Fratelli Bocca, 1939.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995.
- BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Milano, Ano 2, n. 1, p. 118-145, jan-mar, 1952.
- BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986.

- BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.
- BERTETTI, Michele. Il contenzioso amministrativo in Italia: o, L'amministrazione e la giustizia secondo la Legge 20 marzo 1865. Torino: L'autore, 1865.
- BERTIN, Jean-Louis-Henri. Du pouvoir discrétionnaire du président du tribunal. Ordonnances sur requête. Paris, Plon, 1866.
- 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.
- BLUNTSCHLI, Johann G. Derecho público universal. Madrid: Góngora, 1880, tomo II.
- BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- _____. El positivismo jurídico. Madrid: Debate, 1993.
- _____. Sur le principe de légitimité. Droits. Rev. Franç. de théorie, Paris, n. 32, p. 147-155, 2000.
- _____. Teoría General del Derecho. Madrid: Debate, 1991.
- 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.
- BONNIER, Édouard Louis Joseph. Trattato teorico e pratico delle prove in dritto civile e in dritto criminale. Palermo: Presso Decio Sandron, 1853.
- BOQUERA OLIVER, José Maria. Estudios sobre el acto administrativo. Madrid: Civitas, 1984.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 78, p. 233-250, abr-jun, 1993.
- BRAIBANT, Guy. Le droit administratif français. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques - Dalloz, 1988.

- _____. Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (colloque du 05 mars 1977). París: Cujas, 1978.
- BRAYBROOKE, 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.
- BÜHLER, Ottmar. Subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin: Kohlhammer, 1914.
- BULLINGER, Martin. La administración al ritmo de la economía y la sociedad: reflexiones y reformas en Francia y Alemania. Documentación administrativa, Madrid, Año 35, n. 234, p. 85-114, ene-abr, 1993.
- _____. 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. Coimbra: Almedina, 1997, v. II.
- _____. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1997, v. I.
- _____. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2003.
- CALVER; Edward. Passion and Discretion, in Youth and Age. London: T. & R. Cotes, for Francis Grove, 1641.
- CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003.
- CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.].
- _____. Corso di diritto Amministrativo. Padova: Litotipo, 1914, v. I.
- _____. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.
- _____. La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902.

CAMPBELL, Elaine. Police narrativity and discretionary power. International Journal of the Sociology of Law, London, v. 31, n. 4, p. 295–322, December, 2003.

CAMPBELL, Tom. Discretionary “rights”. In: TIMMS, N. and 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.

_____. Fidelidade à República ou fidelidade à nato?. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, v. 1.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

CARRASCO BELINCHON, Julian. Manual de organización y métodos: I. Funciones directivas. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1966.

CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, João Ricardo Dias de Sousa. Corrupção e polícia: aspectos organizacionais e o papel do comandante de esquadra. Polícia e Justiça, Barro, s. 3, n. 6, p. 115-157, jul./dez., 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Año 17, n. 67, p. 349-358, jul-sep, 1990.

CASSESE, Sabino. Il diritto amministrativo globale. Una introduzione. Rivista trimestrale di diritto pubblico. Milano, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr-jul, 2005.

_____. La nuova costituzione econômica. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

_____. Lo spazio giuridico globale. Roma-Bari: Laterza, 2003.

- CASTRO, José Antônio de Magalhães. Poder discricionario do juiz de direito, presidente do jury. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878.
- CHATELAIN, Jean. De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application del lois et des jugements. Paris: M. Lavergne, 1942.
- CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003.
- CHEVALIER, Jacques. Le droit Administratif en Mutation. Paris: PUF, 1993.
- CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 3, n. 7, p. 51-104, ene-abr, 1952.
- COLMEIRO, Manuel. Derecho administrativo español. Madrid y Santiago: Libr. de Angel Calleja, 1850.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
- COOPER, Robert. The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century. London: Atlantic Books, 2003.
- CORAZZINI, K. Case management decision-making: goal transformation through discretion and client interpretation. Home Health Care Services Quarterly, Philadelphia, v. 18, n. 3, p. 81-96, dic., 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, v. II.
- CÓRDOBA BUENO, Miguel. La toma de decisiones en la práctica. Madrid: Delta, 2005.
- _____. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004.
- CORREIA, José Manuel Sérulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003.
- 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.
- 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. Do ato administrativo. 2. ed. São Paulo: José Buushatsky, 1977.
- _____. Dos atos administrativos especiais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CREVIER, D. AI: The tumultuous history of the search for artificial intelligence. New York: Basic Books, 1993.
- CRUZ FERRER, Juan de la. Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 38, n. 116, p- 65-105, may/ago, 1988.
- 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. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.
- _____. Police Discretion. Chicago: West Publishing Co., 1975.
- DE SMITH, Stanley Alexander, BRAZIER, Rodney. Constitutional and Administrative Law. 5. ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1987.
- 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.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. aplausos y críticas. Revista de administración pública, Madrid, n. 133, p. 57-98, ene-abr, 1994.
- 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.
- DELMASTRO, Paolo. Sulla discrezionalità negli atti amministrativi. Vercelli: Tip. Gallardi e Ugo, 1914.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- _____. 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, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionariedade administrativa. Scientia iuridica. Braga, t. 48, n. 280-282, p. 371-286, jul./dez., 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona: Ariel, 1987.

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.

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

DREIER, Horst. En torno a la "independencia" de la Administración. Documentación administrativa, Madrid, n. 234, p. 257-280, ene-mar, 1993.

DREYFUS, H. L. What computers still can't do. Cambridge, MA: MIT Press, 1994.

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.

DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental 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.

_____. Traité de droit constitutionnel. Paris: Bocard, 1911, tomo I.

- 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, December 2006.
- DUPONT, Paul. Le dictionnaire de l'Académie française, dédié au Roy. Paris: Veuve de J. B. Coignard & J. B. Coignard, 1694.
- 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, setembro, 1999.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho administrativo. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995, tomo I, v. 1.
- ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979.
- ESCUIN PALOP, Vicente. El acto administrativo implícito. Madrid: Civitas, 1999.
- ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.
- ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, "Humble decision making", publicado originalmente em julho-agosto de 1989.
- 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.
- FALZONE, G. Il dovere di buona amministrazione. Milano: Giuffrè, 1953.
- 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.
- _____. De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1998.
- _____. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct-dic, 1993.
- _____. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Iustel, 2005.
- _____. Discrecionalidad y jurisdicción revisora. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul-sep, 1974.
- _____. Discrecionalidad. In: MELGAS, Alfredo Montoya. Enciclopédia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995.
- _____. Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 61, p. 125-141, ene/abr, 1970.
- FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionarieidade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- FIORINI, Bartolomé A. La discrecionalidad en la administración pública. Buenos Aires: Alfa, 1948.
- 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. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.
- _____. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FOUCART, Émile Masseur Victor. Éléments de droit public et administratif. Paris: Videocoq père et fils, 1843.

- FOX, Alan. Beyond contract: work, power and trust relations. London: Faber and Faber, 1974.
- FOX, Charles James et al. Recueil de discours prononcés au parlement d'Angleterre. Paris: Le Normant, 1819.
- FRANCE ASSEMBLEE 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).
- FRANCESCO, Giuseppe Menotti de. Potere discrezionale della pubblica amministrazione e azione guidiziaría. Padova: Cedam, 1931.
- FRANKLIN, S. P. Artificial minds. Cambridge, MA: MIT Press, 1995;
- SACK, W. Artificial human nature. Design Issues, Chicago, v. 13, n. 2, p. 55-65, Summer, 1997.
- FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. 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.
- FRIEDRICH, C. J. Authority, reason and discretion. In: FLATHMAN, R. E. (Ed.) Concepts in social and political philosophy. New York: Macmillan, 1973.
- FROSINI, Vittorio. Il diritto nella società tecnologica. Milano: Giuffré, 1981; e FROSINI, Vittorio. Informatica, diritto e società. Milano: Giuffré, 1992.
- FULLER, Francis. Words to give to the young-man knowledge and discretion. London: J.P. for Obed Smith, 1685.
- GALÁN VIOQUE, Roberto. La discrecionalidad del legislador en la republica 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.
- GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871.
- GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990.

- _____. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GALLOSTRA Y FRAU, José. Lo contencioso-administrativo. Madrid: Imprenta y Fundación de M. Tello, 1881.
- GANZ, Gabriele. Administrative procedure. London: Sweet and Maxwell, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?: Una nota. Revista de Administración Pública, n. 124, p. 211-230, jan-abr, 1991.
- _____. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2005.
- _____. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Revista de Administración Pública, Madrid, Año 12, n. 38, p. 159-208, may./ago., 1962.
- _____. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.
- _____. Revolución francesa y administración contemporánea. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- _____; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- _____; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002.
- GARCÍA GOYENA, Florencio; AGUIRRE, Joaquín; MONTALBAN, Juan Manuel. Febrero, o Librería 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.
- GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GARCIA TREVIJANO FOS, José Antônio. Los actos administrativos. Madrid: Civitas, 1986.
- _____. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974.

GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 1, n. 28, p. 11-50, sep/dic, 1959.

_____. Tratado de Derecho administrativo. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002, v. 1.

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.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GASPARRI, Pietro. Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa. Cagliari: Università degli studi, 1946.

_____. Corso di diritto amministrativo. Bologna: C. Zuffi, 1953.

GAZIER, H. Le pouvoir discrétionnaire du président des assises. Paris: Marchal et Billard, 1904.

GENTZ, Friedrich von, ADAMS, John Quincy. The Origin and Principles of the American Revolution compared with the Origin and Principles of the French Revolution. Philadelphia: Asbury Dickins, opposite Christ-Church. H. Maxwell, printer, Columbia-House, 1800.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. II.

_____. Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1970, v. I.

_____. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.

GIDDENS, Anthony. The consequences of modernity. Cambridge: Polity in association with Blackwell, 1990.

GIL IBÁÑEZ, Alberto J. El control y la ejecución del derecho comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

GILL, K. S. Artificial intelligence for society. New York: John Wiley, 1986.

GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924.

GOLDSMITH, Andrew. Taking police culture seriously: police discretion and the limits of law. In: REINER, Robert. Policing. Aldershot: Dartmouth, 1996, v.2.

- GOLDSTEIN, Herman. Police Discretion: The Ideal versus the Real. Public Administration Review, Washington, v. 23, n. 3, p. 140-148, sep., 1963.
- _____. Policinando uma sociedade livre. São Paulo: Editora USP, 2003.
- GOLDSTEIN, Joseph. Police discretion not to invoke the criminal process: low-visibility decisions in the administration of justice. The Yale Law Journal, New Haven, Conn, v. 69, n. 4, p. 543-594, march, 1960.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acceso en: 11 jun. 2009.
- GOMEZ BENITEZ, José Manuel. El ejercicio legítimo del cargo: discrecionalidad administrativa y error en derecho penal. Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho, 1980.
- GÓMEZ CABRERA, Cecilio. La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. MIRANDA, Jorge (coord.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.
- _____. Entidades privadas com poderes públicos. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. O acto administrativo informático. Scientia Iuridica, Braga, t. 46, n. 265-267, p. 47-95, jan./jun., 1997.
- _____; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. Código do Procedimento Administrativo – Comentado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Procedimiento administrativo común, procedimiento triangular y procedimiento complejos. Revista de Estudios de la Vida local, Madrid, Año 39, n. 211, p. 409-454, jul-sep, 1981.
- GONZÁLEZ SARAIVA, Antonio. La administración pública: o curso de derecho administrativo. Guatemala: “La Unión”, 1888.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Victor. El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás. La “integración” de las clausulas 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.
- 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 Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 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.
- 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.
- GREAT BRITAIN. The Political state of Great Britain. London: John Baker, 1715.
- 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.
- GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (eds.). Handbook of political science. Reading: Addison-Wesley, 1975.
- GROETHUYSEN, Bernard. Philosophie de la Révolution française. Paris: Gonthier, 1956.
- GROSMAN, Brian A. Police command: decisions and discretion. Toronto: Macmillan, 1975.

- GUAITA MARTORELL, Aurelio. Derecho administrativo especial. Zaragoza: Librería General, 1965, v. II.
- _____. El concepto de acto administrativo. Revista española de Derecho Administrativo. Madrid, Año 2, n. 7, p. 529-550, sep./dic., 1975.
- _____. Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español. Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, n. 4, p. 74, jan-jun, 1955.
- GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
- GUEROLA, Antonio. Estudios de administración práctica. Madrid: Diaz y Lopez, 1868.
- GUERRA, Sérgio. Discrecionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. Discrecionariedade 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.
- GULLIEN, Raymond, VICENT, Jean. Termes juridiques. 10. ed. Paris: Dalloz, 1995.
- 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.
- HADAS-LEBEL, R. L'informatique dans l'Administration française. Paris: Cujas, 1973.
- 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.
- HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- _____. 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. e 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.
- HATTON; Frederick. Years of Discretion. New York: Dodd, Mead and Company, 1913.
- HAURIOU, André. Le pouvoir discrétionnaire et sa justification. In: AA. VV. Mélanges Carré de Malberg. 10. ed. Paris: Sirey, 1933.
- HAURIOU, Maurice e HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 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.
- HEILBRON, Brigitte. Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929.
- HENKE, Horst-eberhard. Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin: Duncker und Humblot, 1966.
- HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 17. ed. Heidelberg, 1990.
- 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.
- HOBBS, Thomas. Leviathan: Or, The Matter, Forme & Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil. London: University Press, 1651, parte II, capítulo XXI, item 18.
- HOLLAND, Friedrich-Wilhelm. Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung in den Entwürfen zu einem DetschenStrafgesetzbuche. Köln: Göttingen, R.- u. staatswiss, 1926.
- 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.
- HOWE, D. Knowledge, power and the shape of social work practice. In: DAVIES, 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.

- HUMAN RIGHTS WATCH. Discretion without bound: the arbitrary application of Spanish immigration law. Human Rights Watch, New York, v. 14, n. 6 (D), p. 1-23, July 2002.
- IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare). Diritto processual amministrativo. Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Revista Vasca de Administración Pública, Oñati, v. 46, n. 3, p. 95-118, sep./dic., 1996.
- _____. Principio de Legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 92, p. 535-554, oct-dic, 1996.
- IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- ISAACS, Nathan. The limits of judicial discretion. Yale Law Journal, New Haven, v. 32, n. 4, p. 339-352, feb. 1923.
- 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.
- 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 -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.
- _____. Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin: Julius Springer, 1931.
- JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzips. Tübingen: Mohr, 1961.
- _____. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Tübingen, v. 82, n. 2, p. 163-249, April, 1957.
- JÈZE, Gaston Paul Amédée. Les principes généraux du droit administratif. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914.
- 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.

JÖHR, Eduard. Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931.

JORDANA DE POZAS, Luis. El problema de los fines de la actividad administrativa. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 2, n. 4, p. 11-28, ene-abr, 1951.

_____. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. Revista de Estudios Políticos, Madrid, Año 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949.

JOWELL, Jeffrey Lionel. Law and bureaucracy: administrative discretion and the limits of legalization legal action. New York: Kennikat Press, 1975.

_____. The legal control of administrative discretion, Public Law: the constitutional administration law of the commonwealth. London, Año 15, n. 4, p. 178-220, oct-dez., 1973.

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.

JURKOVIC, Joso. Svobodni prevdarek. (Le pouvoir discrétionnaire). Ljubljana: T. Slovenija, 1936.

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

JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003.

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.

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

_____. Teoria pura do direito. São Paulo. Martins Fontes, 1987.

KLOCKARS, Carl B. The idea of police. Thousand Oaks: Sage Pubns, 1985.

KNEMEYER, F. L. Literatur - Polizei- und Ordnungsrecht. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Año 2, n. 20, 2001, p. 50. In: BARCELONA LLOP,

- Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- 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. Discricionariade adminsitrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5º Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez, 2004.
- KURZWEIL, R. The age of intelligent machines. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1990.
- _____. The age of spiritual machines. New York: Viking, 1999.
- LA FAVE, Wayne R. Arrest: the decision to take a suspect into custody. Boston: Little, Brown, 1965.
- LA TORRE, Michele. Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa: il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni. Milano: Anonima libreria italiana, 1926.
- LACEY, A. R. Concept. In: Dictionary of philosophy. London, New Cork: Routledge, 1991.
- LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.
- _____. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II.
- LAFERRIERE, Firmin Julien. Cours de droit public et administratif. Paris: Librairie du Conseil d'État, 1860.
- LAGASSE, Dominique. L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Tom.1, Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Bruxelles: Bruylant, 1986.
- LAMBERT, John. The police can choose. In: REINER, Robert. Policing. Aldershot: Dartmouth, 1996, v.2.
- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 2001.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, 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.
- LAVAGNA, Carlo. Ragionevolezza e Legittimità Costituzionale. In: AA. VV. Studi in Memória de Carlo Espósito. Padova: Cedam, 1973, tomo III.
- 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.
- 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.
- LEITÃO, José Carlos Bastos. Discricionariedade policial. In: AA. VV. Estudos de homenagem ao juiz conselheiro António da Costa Neves Ribeiro (In memoriam). Coimbra: Almedina, 2007.
- 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.
- LEVEQUE, François. Les actes d'administration discrétionnaire. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916.
- LEVI, Alessandro. Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa. Padova: Cedam, 1932.
- LEWIS, J; GLENNERSTER, H. Implementing the new community care. Buckingham: Open University Press, 1996.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, n. 25, p. 413-439, ene./dic., 2002.
- 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.
- LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821.

- LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Duriez-Bataille, 1937.
- LOZANO, Blanca Cutanda. El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID. Revista Española de derecho administrativo, Año 24, n. 94, p. 255-286, may-jun, 1997.
- _____. El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración. Revista Española de derecho administrativo, Año 23, n. 91, p. 437-463, jul-sep, 1996.
- 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.
- 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.
- LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999.
- _____. La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.
- LYOTARD, Jean-François. Post-modern condition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985.
- MACCORMICK, Neil. Legal reasonig and legal theory. New York: Oxford University Press, 1994.
- MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987.
- MACHIAVELLI, Nicolò. Il Principe. Florence: Antonio Blando d'Asola, 1532.
- MANDLIK, Vishwanath Narayan. Law versus discretion: remarks on the Bombay revenue bill. Bombay [India]: Printed at the "Bombay Gazette" Steam Press, 1874.
- MANNING, Peter K. 'Big-bang' decisions: notes on a naturalistic approach. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- MANZONI, Alessandro. Opere complete di Alessandro Manzoni. Parigi: Baudry, 1843.

- MAQUIAVELO, Nicolás. El principe [comentado por Napoleón Bonaparte]. Tradução e notas Eli Leonetti Jungl. Madrid: Espasa-Calpe, 2006.
- MARCIC, René. Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Recht-und Sozialstaat. Wien: Springer, 1957.
- MARENCO, Roberto. La discrezionalità del giudice civile. Torino: G.Giappichelli, 1996.
- MARÍA MORILLA, José. Tratado de derecho administrativo español. Madrid: viuda de Barcina y Comp., 1865.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo VI.
- MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julio, 1962.
- MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. Revista de Administración Pública, Madrid, Año XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967.
- MARTIN MATEO, Ramon. El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 44, n. 134, p. 7-28, mai-ago., 1994.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis e FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Barcelona: Ariel, 1994.
- 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.
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. Notas sobre la potestad discrecional de la administración. Huesca: V. Campo y Cía., 1929.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 33, n. 100-102, ene/dic, 1983.
- MARZUOLI, Carlo. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali. In: PARISIO, Vera. Potere discrezionale e controllo giudiziario. Milano: Giuffrè, 1998.
- _____. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985.
- MASAGÃO, Mário. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

- MASUCCI, Alfonso. L'atto amministrativo informatico (primi lineamenti di una ricostruzione). Napoli: Jovene, 1993.
- MATEO, Ramón Martín. Manual de derecho administrativo. 15. ed. Madrid: Trivium, 1993.
- _____; WAGNER Francisco Sosa. Derecho administrativo económico. 2. ed. Madrid: Pirámide, 1977.
- MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht). Traducción de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994.
- MAYER, Georg. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.
- MAYER, Otto. Le droit administratif allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, tomo I.
- MCGOVERN, Patrick. Trust, discretion and responsibility: the division of technical labour. Work, Employment & Society, Solihull, v. 10, n. 1, p. 85-103, March, 1996.
- MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistemario degli ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Poder Discricionário da Administração. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, n. 610, p.38-45, ago. 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLADO, Francisco de Paula. Enciclopedia moderna, Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio. Madrid: Santa Teresa, 1853, tomo XXV.
- 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.
- _____. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Discricionarieidade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- _____. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- 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.
- MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Granada: Comares, 2004.
- MESSICK, John Decatur. The Discretionary Powers of School Boards. Durham, N. C.: Duke Univ. Press, 1949.
- MESSINA, Salvatore. La discrezionalità nel diritto penale. Roma: Ateneo, 1947.
- MEUCCI, Lorenzo. Instituzioni di diritto amministrativo. Torino: Fratelli Bocca, 1892.
- MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913.
- MIRANDA, Sandra Julien. Do ato administrativo complexo. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRFIELD, Peter. Silence, confessions and improperly obtained evidence. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MODERNE, Franck. Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Año 2, n. 4, p. 3-16, ene/mar, 1975.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito econômico. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- _____. Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.
- 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.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Mito y Realidad del Servicio Público. Palestra proferida en la Universidad de Complutense - España, marzo de 2000.
- _____. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- _____. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. La discrecionalidad en el derecho tributario: (condonación, comprobación, aplazamientos y suspensión). Madrid: Lex Nova, 1998.
- MORÓN, Miguel Sánchez. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.
- 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.
- _____. 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 Pree, 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.
- NASH JR., John Forbes. Non-cooperative games. The Annals of Mathematics, Washington, Second Series, v. 54, n. 2, p. 286-295, sep, 1951.
- NEYROUD, Peter e BECKLEY, Alan. Policing, Ethics and Human Rights. Oregon: Willan Publishing, 2001.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 14, n. 44, may/ago, 1964.
- NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000.
- _____. La organización del desgobierno. Barcelona: Ariel, 1984.
- _____. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 14, n. 44, p. 147-162, may/ago, 1964.
- NOZICK, Robert. The Nature of Rationality. Princeton: Princeton University Press, 1993.
- O'SULLIVAN, T. Decision making in social work. Basingstoke: Macmillan, 1999.

- OLIVÁN, Alejandro. De la administración pública con relación a España. Madrid: [s.n.], 1843.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 5. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2006.
- ORLANDO, V. E. Principios de derecho administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978.
- ORTEGA, Manuel Segura. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de direito público econômico. Granada: Comares, 2001.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. Reinventing Government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Reading: Addison Wesley, 1992.
- OSORIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.
- OSSENBUHL, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Köln: Bad Homburgv, 1968.
- OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- PANIGO, Luis A. Los fundamentos del derecho político argentino en el acta del 25 de mayo de 1810. Instituto Amigos del Libro Argentino, 1810.
- 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.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993.
- _____. Crisis y renovación en el Derecho Público. Madrid: CEC, 1991.
- PARSONS, Talcott. Power and the social system. In: LUKES, S. (ed.). Power. New York: New York University Press, 1986.
- PATTENDEN, Rosemary. Judicial discretion and criminal litigation. 2. ed. Oxford: Clarendon press, 2003.

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.

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.

PEPINSKY, Harold E. Better living through police discretion. Law and contemporary problems, Durham, v. 47, n. 4, p. 249-267, autumn 1984.

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

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricioniedade e apreciações técnicas da administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

PÉREZ OLEA, Manuel. La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial In: AA. VV. Estudios en homenaje al Prof. López Rodó. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972, tomo II.

PEYREFITTE, Alain. La Societé de Confiance. Essai sur es origines du developpement. Paris: Odile Jacob, 1995.

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

PIRAS, aldo. Discrezionalità amministrativa. In: CALASSO, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, tomo XIII.

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.

_____. 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.

_____. The Seventh Letter. Translated by J. Harward. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993 – circa de 388 a.C.

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. Discricionariedade 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.
- POSADA HERRERA, José. Lecciones de Administración. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, V. I.
- POSADA, A. Idea jurídica y legal de la Policía de Seguridad en el Estado. RGLJ, t. 91, 1898, p. 285. In: VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997.
- POUND, Roscoe. Discretion, dispensation and mitigation: the problem of individual case. New York University Law Review, New York, n. 35, p. 925-937, april, 1960.
- 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.
- PRESTON-SHOOT, M. Regulating the road of good intentions: observations on the relationship between policy, regulations and practice in social work. Practice: Social Work in Action, Londron, v. 13, n. 4, p. 5-20, out./dez., 2001.
- PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.
- _____. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libreria, 1911.
- PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995.
- PRUDHOMME, Louis Marie. Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins. Paris: P. de Lormel, 1790.
- PUIGPELAT, Francesca. Derecho del ser y Estado del juez. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.

- PUNCH, Maurice; NAYLOR, Trevor. The police: a social service. In: REINER, Robert. Policing. Aldershot: Dartmouth, 1996, v. 1, cops, crime and control: analysing the police function.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O Poder discricionário da administração. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.
- _____. 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.
- RAFAEL DE ASÍS ROIG, Gregorio. Deberes y obligaciones en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- RAGGI, Luigi. Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare. Milano: Vita e pensiero, 1923.
- RANELLETTI, Oreste. Principi di diritto amministrativo. Napoli: Pierro, 1912, v. I.
- 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.
- 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.
- RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I.
- REBOLLO, Luis Martíns. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública, n. 100-102, p. 2471-2542, ene.-dic. 1993.
- RECASÉNS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. 11. ed. México: Porrúa, 1996.
- REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro. Recife: Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.
- REINER, Robert. Policing and the police. In: MAGUIRE, Mike; ROD, Morgan; REINER, Robert (eds.). The Oxford Handbook of Criminology. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- 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.

- REISS, A. J. Discretionary justice in the United States. International Journal of Criminology and Penology, v. 2, n. 2, p. 181-205, 1974.
- RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás. Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.
- RIBAS, Antonio Joaquim. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866.
- RICO, José Maria (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983.
- _____. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José Maria (coord.). Policía y sociedad democrática. Madrid: Alianza, 1983.
- RIVERO YSERN, José Luis. Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo: breve reseña jurisprudencial. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.
- RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981.
- _____. Droit Administratif. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- 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.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.
- _____. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. Revista de estudios locales CUNAL, Madrid, n. 100, Año 4, p. 39-47, mar, 2007.
- ROMAGNOSI, Giandomenico; GIORGI, Alessandro De. Opere (scienza delle costituzioni). Milano: Perelli e Mariani, 1848.
- ROMANO, Santi. Fragments de un diccionario jurídico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

- ROSSA, Leticia Pires. Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância. Dissertação de Mestrado, Florianópolis: UFSC, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou, Principes du droit politique. Lyon: Amable le Roy, 1792.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad. In: AA. VV. Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.
- 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, Año 18, n. 27, p. 101-121, jul-dez, 2001.
- RUPP, Hans Heinrich. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen, Mohr, 1965.
- SADDY, André. Forma de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 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.
- _____. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 8, p. 63-93, ene-mar, 1976.
- SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 75, p. 399-416, jul-sep, 1992.
- SAMPOL, Joan Mesquida. El concepto de discrecionalidad y su control. Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Ejemplar dedicado a: Ciudadanía e inmigración). Granada, n. 37, p. 337-358, ene-dic, 2003.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.
- _____. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Madrid: Espasa-Calpe, 1991.

- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
- SANDULLI, Aldo Mazzini. Manuale di diritto Amministrativo. Napoli: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1989.
- 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.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo F  , 1883.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- _____. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. I.
- _____. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. II.
- SATTA, Filippo. Principio de legalit   e pubblica amministrazione nello stato democratico. Padua: Cedam, 1969.
- SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Depalma, 1952, tomo I.
- SCHMIDT, Walter. Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts. München: Beck, 1982.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim. Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: Duncker u. Humblot, 1968.
- 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.
- SCOTTO, Ignazio. Diritto amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffr  , 1998.
- SEN, Amartya Kumar. Rationality and Freedom. Harvard: Harvard Belknap Press, 2002.
- SERRANO GUIRADO, Enrique. El tr  mite de audiencia en el procedimiento administrativo. Revista de Administración P  blica, Madrid, Ano 2, n. 4, p. 129-190, ene-abr., 1951.

- 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.
- SHINER, Roger. Norm and nature: The Movements of Legal Thought. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997.
- SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali. Milano: Giuffrè, 1981.
- SKOLNICK, Jerome H. Corruption and the blue code of silence. International Journal, v. 3, n. 1, p. 7-19, 2002.
- _____. Justice without trial: law enforcement in democratic society. New York: Wiley, 1966.
- SMITH, Adam. Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.
- SMITH, G. Discretionary decision-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (eds.). Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981.
- 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.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Coimbra (polic.). Coimbra: [s.n.], 1977/78.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, Año XLI, n. 124, p. 65-94, ene./abr., 1991.
- SOUCHON, Henri. Admonester: du pouvoir discretionnaire des organes de police. Paris: Editions du centre national de la recherche scientifique, 1982.
- SOUSA, Antonio Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987.
- _____. Discricionariedade na actuação policial. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reuniões e manifestações actuação policial. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. O controlo jurisdiccional da discricionariedade e das decisões de valorção e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Reforma do

contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Direito Administrativo Geral. 2. ed. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I.

SOUTO, Marcos Juruela Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Direito Administrativo em Debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004

SPASIANO, Funzione amministrativa e legalità di risultato. Torino: Giappichelli, 2003.

STAHL, Friedrich Julius. Die Philosophie des Rechts. Leipzig: J.C.B. Mohr, 1833, v. 2, parte 2.

STASSINOPOULOS, Michel. Traité des actes administratifs. Paris: LGDJ, 1973.

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.

SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. La potestad discrecional. Documentación administrativa. Madrid, n. 239, p. 33-70, jul-sep, 1994.

SUPLEE, C. Robot revolution. National Geographic, New York, n. 192, p. 76-95, July, 1997.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

TANNER, D. Empowerment and care management: swimming against the tide. Health and Social Care in the Community, Hoboken, v. 6, n. 6 p. 447-457, nov., 1998.

TARANTINO, Antonio. Giudice penale e attività discrezionale. In: TARANTINO, Antonio. Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali. Milano: Giuffrè, 1981.

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

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

TESO MARTIN, Enrique del. Contexto, situación y indeterminación. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998.

- TEZNER, Friedrich. Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Tübingen, v. 5, p. 67, jan./dez, 1911.
- _____. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924.
- _____. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s. n.], 1888.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. L'ancien régime et la révolution. Paris: Gallimard, 1953.
- TOLSMA, H. D. How can mediation be implemented in the current administrative decision-making process? In: 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.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz. El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004.
- TOMPKINS, J.; LASLOVICH, M. J.; GREENE, J. D. Developing a competency-based MPA curriculum. Journal of Public Administration Education, Lawrence, v. 2, n. 2, p. 117-130, summer, 1996.
- 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 discricionariade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- TREFIL, J. Are we unique: A scientist explores the unparalleled intelligence of the human mind. New York: John Wiley, 1997.
- TRIBE, L. American Constitutional Law. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.
- TÜRK, K. Handlungsräume und Handlungsspielräume rechtsvollziehender Organisationen. In: BLANKENBURG, E.; LENK, K. (Coord.). Organisation und Recht. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.
- 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.

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.

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.

VECCHIO, Giorgio Del. Teoria do Estado. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

VELA, César David Ciriano. Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial). Madrid: Lex Nova, 2000.

VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: LGDJ, 1959.

VERDROSS, Alfred. La filosofía del derecho del mundo occidental. México D. F.: UNAM, 1962.

VERGOTTINI, Giuseppe de. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, Ano 2, n. 6, p. 637, jul-set, 1995.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997.

VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1993, v.2, Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa.

_____, _____. Principios de Derecho Administrativo. 4. ed. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1999, v.1, Concepto y fuentes.

_____. Apuntes de derecho administrativo: parte general. Madrid: Universidad a Distancia, 1974.

_____. La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Año 1, n. 3, p. 53-129, set-dic, 1950.

- VINZANT, Janet Coble; CROTHERS, Lane. Street-level leadership: discretion and legitimacy in front-line public service. Washington, DC: Georgetown university press, 1998.
- VIRGA, Pietro. Diritto amministrativo: atti e ricorsi. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 2.
- _____. La potestà di polizia. Milano: A. Giuffrè, 1954.
- VIVIEN, Alexandre François Auguste. Études administratives. Paris: Guillaumin et cie, 1852.
- WADDINGTON, P. A. J. Policing citizens: authority and rights. Londres: UCL Press, 1999.
- WALDO, Dwight. The administrative state: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Co. 1948.
- WALDROP, M. M. Man-made minds. Lisle, IL: Walker, 1987.
- 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.
- WALINE, Marcel. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Sirey, 1956.
- WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva (Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Vertehenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- _____. On law, economy and Society. New York: Simon and Schuster, 1954, sección 6.
- WEILER, P. Two models of judicial decision-making. Canadian Bar Review, n. 46, v. 3, p. 406-471, september, 1968.
- WHITING, William. War Powers Under the Constitution of the United States. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1864.
- 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 behavior: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- WINKLER, Günther. Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956.

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

____; ____; _____. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1955.

ZIEDLER, Karl. Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung. Karlsruhe: Müller, 1959.