

Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa

Essential elements of the definition of administrative discretion

André Saddy¹

Universidade Federal Fluminense, Brasil
andresaddy@yahoo.com.br

Resumo

O presente artigo visa elucidar importantes aspectos relacionados ao fenômeno da discricionariedade e seus elementos intrínsecos de liberdade/autonomia/volição. Abordar-se-ão as origens desses elementos, bem como as vantagens e desvantagens da outorga da margem de liberdade/autonomia/volição aos agentes públicos estatais, eis que são eles a principal interface entre a vontade estatal e os cidadãos. Além disso, também é um dos objetivos do presente artigo englobar a própria Administração Pública no escopo do estudo da discricionariedade; afinal, será sempre ela a responsável por ações e atividades dos seus agentes. É dever do administrador público, dentro de seu escopo com elementos de subjetividade, decidir e adotar os comportamentos que lhe permitam alcançar o interesse público de forma mais eficiente, em consonância com os princípios que regem a Administração, dentre eles o princípio da eficiência. A discricionariedade é, em razão da complexidade da sociedade atual, aspecto fundamental para que se consiga efetivar o interesse público presente nos deveres da Administração; afinal, deve sempre haver uma norma jurídica que norteie o agente, mas é certo que, na maioria dos casos, não será suficiente para prever todas as situações possíveis. Em razão disso, o legislador remeteu ao agente administrativo a competência para decidir, no caso concreto, considerando os fatos e circunstâncias, o caminho que melhor se adegue ao interesse público. A discricionariedade, assim, ocupa papel de destaque em toda atividade administrativa estatal, como se verá a seguir.

Palavras-chave: discricionariedade, Administração Pública, agentes públicos, subjetividade.

Abstract

This article aims to elucidate important aspects related to the phenomenon of discretion and its intrinsic elements of freedom/autonomy/volition. It discusses these elements' origins as well as the advantages and disadvantages of granting a margin

¹ Pós-doutor pela University of Oxford, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid, Mestre pela Universidade de Lisboa. Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEE), sócio fundador do escritório Saddy Advogados, consultor e parecerista. Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Rua Presidente Pedreira, 62, Ingá, 24210-470, Niterói, RJ, Brasil.

of freedom/autonomy/volition to state public officials, as they are the main interface between the state's will and the citizens. In addition, this article aims to include the Public Administration itself in the scope of the study of discretion; after all, it will always be responsible for the actions and activities of its agents. It is the duty of the public administrator, within their scope with elements of subjectivity, to decide and adopt behaviors that enable them to achieve the public interest more effectively, in line with the principles governing the Administration, including the principle of efficiency. Discretion is, due to the complexity of today's society, a fundamental aspect to implement the public interest in the Administration's duties; after all, there must always be a rule that guides the agent, but it is certain that in most cases it will not be enough to foresee all possible situations. As a result, the legislator gave the administrative agent the power to decide, in the concrete case, considering the facts and circumstances, what is the path that best suits the public interest. Thus, discretion has a prominent role in all state administrative activity, as will be seen below.

Keywords: discretion, Public Administration, public agent, subjectivity.

Introdução

Entende-se que a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente, aquela que melhor atende aos interesses públicos².

Dessa conceitualização, podem-se extrair três elementos essenciais – próprios do instituto: (i) volitivo, já que é a margem de liberdade, autonomia ou volição para eleger entre atuar ou não e, elegendo por atuar, qual consequência da norma adotar entre disposições oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente; (ii) subjetivo, pois somente à Administração Pública (ente, órgão ou agente) se confere tal margem; e (iii) formal, derivado de uma atribuição voluntária, intencional e expressa do legislador, resultado consciente de uma concessão, remissão ou delegação que o legislador faz em favor de uma autoridade determinada por meio unicamente da norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito.

Além desses elementos essenciais, há também um elemento que se poderia chamar de objetivo, onipresente em toda Administração Pública, que é o dever de atenção aos interesses públicos, que podem ser gerais, derivados da intersecção da ordem juspolítico-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 juspolítico-moral (interesses públicos gerais), definidos pela Constituição e objeto de concretização pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos.

Analisar os elementos da discricionariedade não é de maneira alguma uma questão supérflua, já que os mesmos facilitam a compreensão do aplicador do direito. 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 aplicador não lhe pareça que a Administração não tem também de observá-lo quando atua com discricionariedade.

Dessa forma, pretende o presente trabalho analisar de forma separada e com a profundidade necessária cada um dos elementos expostos.

Divergência quanto aos elementos essenciais da definição da discricionariedade

Definir discricionariedade administrativa não é tarefa fácil, uma vez que possui diversos aspectos inter-

² É necessário, contudo, evidenciar dois esclarecimentos importantes a respeito de tal conceptualização da discricionariedade. Em primeiro lugar, no 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 se aplica a quaisquer das discricionariedades mencionadas, ou seja, é aplicável tanto à discricionariedade potencial como à discricionariedade efetiva. Sobre o tema vide: Saddy (2014).

-relacionados. No entanto, da concepção³ exposta, podem ser extraídos três elementos essenciais, é dizer: o elemento subjetivo, o formal e o volitivo, além daquele onipresente na Administração Pública, que é o elemento objetivo, já brevemente explicado na introdução.

Apesar de se extrair quatro elementos da concepção apresentada, observa-se que a doutrina diverge sobre a quantidade dos elementos que a definição de discricionariedade apresenta.

Alessi, para definir a discricionariedade, vincula-a a três elementos (1970, p. 188): o interesse público ou coletivo, sua falta de determinação precisa na lei e a margem de apreciação ou de liberdade que resta à Administração. Bell (1992, p. 92) 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 Galligan (1990, p. 21-22), 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: “the official should not simply formulate rules of decision-making and then apply them rigorously to situations as they arise, but must maintain a special relationship between the general standard and the particular case”. Por fim, Ortega 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 (Ortega, 2006, p. 21-22).

Outros, como Fletcher (1984, p. 269-277), identificam quatro sentidos nos quais se pode utilizar o conceito discricionariedade: como desejo, como autoridade diretiva, como elemento da pessoa e como poder. Ayala também trata de quatro elementos essenciais na noção de discricionariedade:

(1) *substracto 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 (Ayala, 1995, p. 107).

Há, ainda, quem, ao definir discricionariedade, aponte mais elementos, como é o caso de Vinzant e Crothers. 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 (Vinzant e Crothers, 1998, p. 37-40).

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

³ 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 (1991, p. 38-39).

alternatives is bound by external variables. Choices are not made at will or with complete freedom. Rather, discretion is limited (Vinzant e Crothers, 1998, p. 37-40).

Como terceiro elemento, esclarecem que discricionariedade implica que há (ou pode haver) variações entre os fatores que limitam a discricção. O quarto elemento deriva das observações diretas dos “street-level workers”, e afirmam que discricionariedade se manifesta em duas distintas dimensões: “process (the means or how a goal is to be accomplished) and outcome (the ends or what goal is to be sought)”. Basicamente a diferença é de “how to do” e de “what to do”, respectivamente. Essas formas de discricionariedade podem ser exercidas separadamente ou em conjunto. Por fim, o conceito de discricionariedade implica que a opção apropriada ou inapropriada pode ser avaliada, sendo essa avaliação baseada no processo ou no resultado, conforme expõem: “Since discretion, by definition, must be exercised within legal and other parameters, worker decisions can appropriately reflect these constraints or can transgress such boundaries and stray into illegality and/or irresponsibility”. E terminam resumindo:

discretion is anything but simple. Discretion is constrained choice among competing alternatives, it may involve decisions about what to do, how to do it, or both; and its appropriateness and reasonableness can be evaluated. As such, discretion is a neutral concept in that it is neither good nor bad in and of itself. Instead, it is the context of its use that establishes its meaning and reasonableness (Vinzant e Crothers, 1998, p. 37-40).

Identificadas as divergências e estabelecidos os elementos que se creem existentes, passa-se a analisar os elementos inicialmente expostos da definição da discricionariedade administrativa.

Margem de liberdade/autonomia/volição

Discricionariedade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo,

atuar, definir a conduta mais 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 jurídicas⁴. Como assinalado, é o espaço de autonomia conferido para as ações administrativas deonticas.

Nieto (1964, p. 155) afirma que a discricionariedade, referindo-se à denominada discricionariedade efetiva, supõe uma autorização para que a Administração “actúe a su albedrío: se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas”. Esclarece, em outro trabalho, que se trata de

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 (Nieto, 1964, p. 221).

Para Davis (1969, p. 4), 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 Correia (2003, p. 471-475) 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 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

⁴ A doutrina segue esse entendimento: Ortega (2006, p. 21) afirma que a discricionariedade é a possibilidade de eleição entre decisões de conteúdos diferentes. A principal característica da discricionariedade é “la posibilidad de elegir entre decisiones diferentes pero legítimas, esto es, decisiones que pueden justificarse dentro del sistema jurídico. Poco importa a estos efectos cuál sea el número de alternativas posibles pues es algo que dependerá de cada caso, de manera que el hecho de que haya dos, tres o seis decisiones posibles es absolutamente irrelevante”. Bullinger (1987, p. 896) assinala que “la discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada (por una ley o) por un Tribunal”. Dreier (1993, p. 274): “margen de decisión del poder ejecutivo”. Brohm (1993, p. 128): “espacio de juego decisional de la Administración”. De Smith e Brazier (1987, p. 597) escrevem que “la discrecionalidad supone poder elegir entre diversas alternativas de actuación”. Greenawalt (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”.

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 técnicos⁵. 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.

Motivos para a existência da margem de liberdade/autonomia/volição

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, aplicariam 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 fático⁶, pela impossibilidade do mesmo fixar o alcance dos conceitos utilizados na linguagem normativa, diante da realidade polifilética das relações humanas e, principalmente, porque a “discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”. Mais adiante, recorda que “não se trata de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade conscientemente criada em favor e em benefício da gestão dos interesses públicos tutelados pela Administração” (Di Pietro, 2001, p. 67-68). Dessa forma, a discricionariedade é imprescindível para o eficaz desenvolvimento da Administração Pública, sobre-

tudo, para o atendimento ao interesse público em cada momento que seja necessário.

Em terceiro lugar, porque não quer ou não deve fazê-lo, por ser mais conveniente ou adequado deixar ao agente público a consideração concreta da ação administrativa a ser efetivada.

Como quarto argumento, pode-se lembrar 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 normatização (González García, 1996, p. 71).

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 exija 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 cotidiano⁷.

⁵ Segundo Ayala (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*. Afirmo o autor: “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” (Ayala, 1995, p. 51).

⁶ Morón consubstancia com tal entendimento: “La ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos [...]. De ahí que [...] las autoridades que han de enfrentar a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica” (1994, p. 13).

⁷ Hawkins (1992, p. 12) sublinha que há variadas razões para a existência da discricionariedade e aponta algumas, como: “among them are the complexity of contemporary society, the sheer size and burden of the legislative task, and the growing dependence upon specialist, technical, or scientific knowledge and expertise”.

Vantagens e desvantagens da outorga da margem de liberdade/autonomia/volição

Schneider (1992, p. 61) 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 norma. Para o autor,

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 (Schneider, 1992, p. 67).

Quanto às vantagens das normas-regra, coloca 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 plani-

ficar as funções melhor que a discricionariedade e, sendo as regras uma maneira de institucionalizar experiências, podem ser mais eficientes que a discricionariedade. Schneider (1992, p. 72) aduz: “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”.

Uviller (1984, p. 15) 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 que

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 (Uviller, 1984, p. 32).

A discricionariedade não é apenas um fato da vida, mas deve ser vista como um desafio criativo, um bem positivo, em lugar de um mal necessário⁸. Com relação à última ideia, Marzuoli estabelece que

⁸ Goodin (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” (Goodin, 1986, p. 242 e ss). Na medida em que alguém possui discricionariedade sobre alguma matéria e ciente de que precisa motivar sua decisão de uma maneira ou outra, isto significa que “someone with complete discretion is at liberty to act ‘arbitrarily’ not only in the weak sense of ‘acting without reasons that are known to and can be relied on in advance by those affected by his actions’, but also in the strong sense of ‘acting without reasons’ altogether”. O terceiro problema é a “uncertainty, unpredictability and insecurity” (Goodin, 1986, 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” (Goodin, 1986, p. 246 e ss). O *ethos* do juízo discricional é que são capazes de fazer-se sobre a base completa dos fatos do caso particular. *In verbis*: “officials guided by discretion must necessarily base their decisions on more information about individual claimants that would officials guided by rules alone. Such an argument may not justify officials in gathering any and all information that they might like about claimants; it only justifies their gathering information arguably relevant to the decision at hand. But it remains inevitable nevertheless that in order to get the positive benefits we desire from discretion (treatment better fitting the particular case), there must necessarily be a more intrusive administrative apparatus prying more deeply into the private affairs of claimants”.

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 (Marzuoli, 1998, p. 71).

Por fim, Handler (1986, p. 159), 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". O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a necessária discricionariedade e o império do Direito⁹. 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 equilíbrio¹⁰.

A relativização da margem de liberdade/ autonomia/volição

Uma vez que se sustenta 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.

Em consequência, a discricionariedade deve estar sempre regida pela tripla vinculação da Administração Pública: a legalidade, a legitimidade e a licitude. Os conceitos de boa administração, eficiência e resultado são muito importantes nessa reflexão, pois toda vez que a legislação não possa expressamente definir, se não em abstrato, o que deverá ser o bom atendimento ao interesse público, existe a discricionariedade. Ou, ainda, quando a legalidade, a legitimidade ou a licitude não puder expressamente definir, se não em abstrato, determinada situação, estar-se-á diante de uma discricionariedade. Trata-se de um artifício da legislação para que se alcance a boa administração.

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.

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.

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 administrativa¹¹.

⁹ Sobre diferentes argumentos em respeito à discricionariedade e legalidade, vide: Jowell (1975).

¹⁰ Para Prats I Catalá (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.

¹¹ 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.

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 perspectiva¹².

Portanto, como é o administrador quem possui a voz da Administração, entende-se que o sujeito da atuação discricional possui uma grande importância. É a norma jurídica que concede competência a este para que defina a opção que a Administração Pública deve seguir. Logo, a vontade desse agente é revestida de extrema relevância jurídica, é dizer, sua particular convicção *en face* do caso concreto é relevante para o Direito. Poderá adotar a opção política administrativa ou governamental, pois, no Estado de Justiça Democrático de Direito, o povo outorga ao sujeito um mandato para agir em seu nome, seja este o chefe do Executivo ou seus subordinados escolhidos para cargos de livre nomeação. Terão legitimidade de conduta extraída da própria representação do responsável pela nomeação e, se investidos por concurso público, haverá legitimidade extraída da lei, a qual lhes atribuirá competência para que sua vontade seja qualificada como vontade da Administração¹³.

Dever de atender aos interesses públicos

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 tais ordens representam disposições estáveis do poder na sociedade.

Há, portanto, uma interseção da ordem juspolítico-moral (legalidade, legitimidade e licitude), que é o

interesse público geral; no entanto, tais interesses apenas se vincularão diretamente à Administração quando sejam definidos pela Constituição, sendo objeto de concretização pelas normas jurídicas¹⁴. A obediência a esses interesses é uma obrigação que a Administração tem o dever de cumprir. É uma carga que jamais poderá deixar de lado ao realizar qualquer atuação.

Logo, como interseção 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 aceitos 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 conjunto.

Essa interseção, 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 eleitos¹⁵. Esses interesses públicos específicos apenas se vinculam 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 indireta.

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

¹² Gómez Cabrera (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”.

¹³ Segundo Rudolf von Laun (1910, in Engisch, 2004, p. 216), quando é conferida discricionariedade aos órgãos do Poder Executivo, “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 atuação”. Igualmente Jellinek (1931, in Engisch, 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 discricional”.

¹⁴ Segundo Rudolf von Laun (1910, in Engisch, 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”.

¹⁵ O submetimento aos interesses públicos pode surgir nas normas habilitantes da discricionariedade de duas maneiras: explícita, quando a própria norma submete expressamente uma determinada atuação da Administração; e, implícita, nos casos em que a noção de interesses públicos não vem citada expressamente, mas se encontra necessariamente incluída na atribuição de faculdades à Administração.

está submetido às regras da interpretação. Logo, em virtude desse 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.

Pode-se inferir, portanto, 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 justificção deste¹⁶, cuja capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, exista a referência ao termo “liberdade” no exercício de suas funções juspolítico-morais. Logo, 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 Bernatzik (1886), muitos autores definiram a discricionariedade em relação aos interesses públicos. A mais conhecida definição, quiçá, seja a de Giannini (1939, p. 72 e ss), que afirma ser essa a valoração ou apreciação pela Administração do interesse público. Atualmente, Giannini (1993, p. 487) 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 ordenamento.

Mozo Seoane (1985, p. 297) escreve que “el interés público es el componente máximo y el concepto legitimador de todo poder discrecional” e Sainz Moreno (1976, p. 63) 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”. Forsthoff (1958, p. 122) 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 potencial¹⁷.

Mello (2006, p. 44-48) 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 definidos em norma coativamente imposta, por valores consensualmente aceitos ou pela moral.

O dever discricional

Se a discricionariedade administrativa expressa a vontade de todos, entendendo-se que poder é a faculdade de transformar vontade em ações desejadas, pode-se intuir que a discricionariedade é manifestação de poder¹⁸. 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.

¹⁶ Para Sainz Moreno (1976, p. 63), “el concepto de interés público 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”.

¹⁷ Segundo Piraino (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.

¹⁸ O surgimento da expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão, mas ganhou força em toda a Europa continental no final do século XIX, com o deterioramento da ideia de ato discricional pela sugestão de que na verdade o que existe são elementos do ato discricional e não um ato em bloco discricional.

Foi Tezner (1911, p. 67) quem, por primeiro, contestou a existência de um poder discricional sob o pretexto de que a Administração sempre está vinculada pela noção de interesse público ou interesse geral. E profere que, em todas as circunstâncias, o poder da Administração será um poder vinculado. Porém, para o Poder Público, a busca dessas finalidades tem o caráter de dever, caracterizando função em sentido jurídico. Função é, em sentido jurídico, o tipo de situação jurídica que, previamente assinalada por um comando normativo, detém uma finalidade de cumprir, de dever ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas nos interesses de outrem. Logo, na função, o sujeito 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 Correia (2003, p. 749-750), “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 Piraino afirma que

la discrezionalità è la peculiare espressione della funzionalizzazione del potere, indicando il margine di apprezzamento che caratterizza lo svolgimento dell'azione, entro quei limiti che assicurano il raggiungimento degli obiettivi ai quali essa risulta stabilmente predestinata (Piraino, 1990, p. 37).

E complementa ser a descrição 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” (Piraino, 1990, p. 37).

A Administração Pública está sujeita ao dever de atingir a finalidade, qual seja: o interesse público¹⁹. O poder seria, apenas, o instrumento para que se cumpra o dever – o “poder” discricional seria o cumprimento do dever de alcançar o interesse público. Mozo Seoane (1985, p. 187) afirma que é justamente por estar a dis-

cricionariedade 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”²⁰. 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 licitude.

Marengo (1996, p. 68-69) também trata de “dovere discrezionale”, além de mencionar o “superamento della nozione di potere-dovere”. No mesmo sentido, Mello (2006, p. 54) 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 Romano,

el deber no sea más que un aspecto del poder que caracterice a este último, indicando sus finalidades y los caracteres con que habrá de ejercitárselo, como ocurre cuando se da la figura de la función a que es inherente la del llamado poder discrecional: en este caso, incluso, poder y deber se unen (Romano, 1964, p. 113).

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 posto²¹. 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 revela. 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.

¹⁹ Conforme Galdi (1996, p. 143-144, 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 (Galdi, 1996, 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 predeterminato”.

²⁰ Tourinho (2005, p. 155) assim também entende: “Sabe-se que 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”.

²¹ Medauar (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, uma forma de dever, não pode o administrador eximir-se de desempenhar seus poderes (Medauar, 2004).

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 García de Enterría,

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 (García de Enterría, 2005, p. 155).

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 administrativa²², que estabelece exigências normativas para a totalidade do exercício da função administrativa. A doutrina é praticamente unânime nesse aspecto. Mozo Seoane (1985, p. 210-211) define que “las potestades discrecionales nacen para la Administración exclusivamente de la norma jurídica, pero de cualquier norma jurídica en cuya ejecución o cumplimiento actúe”. Unindo a discricionariedade ao princípio da legalidade, Dias e Oliveira (1999, p. 373) referem que “na medida em que hoje vigora o princípio do primado da lei em sentido positivo ou princípio da precedência da lei, a discricionariedade tem de ser vista como uma competência concedida pelo legislador à Administração”. Correia (2003, p. 492) entende que somente existem discricionariedade e margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados se a lei especificamente concede. Para o autor, “Desde que não ultrapasse os limites que a lei lhe levanta o particular escolhe com inteira liberdade os pressupostos e o conteúdo das suas condutas jurígenas” (2003, p. 493).

Delegação legislativa expressa, consciente e intencional

Percebe-se, assim, que a discricionariedade é uma delegação do legislador ao Executivo²³, sendo apenas este o competente para executar sua vontade. Supõe uma renúncia à regulação completa e exaustiva da matéria. Engisch (2004, p. 220), por exemplo, é muito claro ao afirmar que a discricionariedade é uma delegação do poder para a tomada de uma decisão que o legislador não adotou por si mesmo, mas que remeteu ao agente administrativo, porque apenas pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que somente *in concreto* podem ser descobertos²⁴. Hawkins também sustenta que a discricionariedade deriva da norma jurídica, argumentando que “the use of rules involves discretion, while the use of discretion involves rules” e finaliza:

Discretion is heavily implicated in the use of rules: interpretative behavior is involved in making sense of rules, and in making choices about the relevance and use of rules. At the same time, it is clear that rules enter the use of discretion: much of what is often thought to be the free and flexible application of discretion by legal actors is in fact guided and constrained by rules to a considerable extent (Hawkins, 1992, p. 12-13).

Existe assim, além de uma relação com o princípio da legalidade, uma estreita relação da delegação com o princípio da competência. Craig (2008, p. 502), 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”.

Fernández Rodríguez 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, den-

²² Afirma Duarte (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 deontológico 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.

²³ A ideia de delegação do Parlamento a favor do Poder Executivo é patente no Direito anglo-saxão; vide: Aranson *et al.* (1982).

²⁴ Handler (1992) enfatiza que a discricionariedade deveria se derivar de aspectos informais e não das normas.

tro de los límites expresos o implícitos que esa misma norma impone y los que resultan adicionalmente del contexto sistemático en el que ésta se integra, busque y encuentre la consecuencia jurídica que sea más apropiada a las circunstancias de cada caso.

[...]

Esta caracterización del mecanismo atributivo del poder discrecional como delegación que la norma habilitante concede a la autoridad destinataria de la misma permite precisar dos datos fundamentales, a saber: en primer lugar, la obligación de la autoridad en cuestión de respetar las instrucciones, indicaciones o criterios que la norma habilitante y el sistema o subsistema del que forma parte puedan establecer para pautar la decisión, esto es, para concretar la regla del caso y, en segundo 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 (Fernández Rodríguez, 2005, p. 64, 68).

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. Ortega (2006, p. 50) 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, Krell (2004, p. 180) sustenta que a discricionariedade “resulta de uma ‘abertura normativa’, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto”. Hawkins (1992, p. 11) 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. Villar Palasí e Villar Ezcurra (1974, p. 45) argumentam que “la discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime apropiado 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 Galán Vioque, o qual crê que a relação que existe entre a lei e o dito poder discrecional 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 ejercita 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 (Galán Vioque, 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, e não cabe ao Administrador criar outra opção e aplicá-la, pois estaria assim ferindo a legalidade e, por conseguinte, realizando uma conduta arbitrária.

Os componentes lógico-estruturantes da norma jurídica

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 jurídica²⁵. Assim, pode-se declarar que a função

²⁵ Alonso Mas (1998), diferentemente da maioria dos autores, leciona que a discricionariedade administrativa não deve se localizar na estrutura da norma, mas sim na do ato administrativo. E, nele, não na consequência jurídica ou conteúdo do ato, mas sim na valoração dos fatos, que é um momento anterior. A contribuição mais importante é quanto à noção tradicional da discricionariedade como pluralidade de soluções justas que deve ser revista, pois a Administração está obrigada a servir aos interesses públicos, e a eleição de uma ou outra das soluções previstas no ordenamento jurídico não poderá ser indiferente para o Direito, de maneira que existe um dever jurídico de boa administração. Ademais, distingue as resoluções administrativas, que são precisamente onde deve se revisar o conceito de discricionariedade, em relação com as quais o que existe, em ocasiões, é uma margem cognoscitiva de apreciação, que deverá se reconhecer à Administração se o juiz comprova que o raciocínio jurídico não permite apreciar se a solução adotada é a melhor dentro das possíveis, e que é compatível com a ideia da única solução justa. Em segundo termo, faz referência à direção política e ao poder regulamentar, âmbitos onde existe sim discricionariedade propriamente e onde o controle judicial será mais difícil, pois a divisão de poderes e a função realizada aqui pela Administração assim o exigem.

legislativa e, por conseguinte, 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 jurídico.

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 deontológicas 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 deontológica não depende de competência.

Não se pode criar a convicção de que a discricionariedade seria qualquer forma de ação administrativa deontológica, 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 deontológico 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 discricionariedade²⁶.

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.

Para entender melhor tal aspecto, deve-se distinguir enunciado normativo de norma jurídica. Duarte (2006, p. 913) bem esclarece tal distinção, ao afirmar

que “o enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente linguísticos, através dos quais aquela é formulada, enquanto a norma, propriamente dita, é o significado representado, que constitui o sentido deontológico”. 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 signifiicante (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 indetermináveis (Duarte, 2006, p. 72-75).

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*). Tal perspectiva é mérito da 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 estrita.

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)²⁷; um

²⁶ 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, 2006, p. 913).

²⁷ 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.

operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora (também chamado de elemento de união ou cúpula²⁸; e uma estatuição, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser (também chamada de consequência jurídica ou mandamento)²⁹.

Mozo Seoane, 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' (Mozo Seoane, 1985, p. 357).

Não é apenas ele, há muitos outros autores, como Larenz, 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 (Larenz, 2011, p. 164).

E Duarte que sustenta que

a norma pode ser definida, conseqüentemente, 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 (= $a \rightarrow b$) (Duarte, 2006, p. 874).

Para não se estender muito, vale citar, ainda, Dias e Oliveira, 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 adoptar 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) (Dias e Oliveira, 1999, p. 375).

Passa-se, então, a analisar cada uma das fórmulas.

Assim entendida, uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos, 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 encontra³⁰. São basicamente três as doutrinas existentes sobre a localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica.

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 obriguem

²⁸ 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 proibitivo. Tais modos deônticos estabelecem a natureza da norma e a relação com a previsão. Logo, não é ele divisível nem tem unidades interiores. 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 [...]. 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, 2006, p. 111-112, 114). 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.

²⁹ 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 às 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 material.

³⁰ 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.

a adotar a estatuição por elas prevista ou não preterminam 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 normas.

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-se³¹.

Vê-se que, por vezes, a Administração deverá adotar alguma estatuição. Ocorre que ditas normas não atribuíram discricionariedade de atuação, mas somente discricionariedade de eleição³².

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-administrativa.

A segunda corrente afirma que gera discricionariedade não somente a indeterminação das estatuições, mas também a indeterminação da previsão das normas jurídico-administrativas. A indeterminação da previsão das normas habilitantes gera discricionariedade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela. 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 normativa.

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 habilitante.

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 conduta³³.

De acordo com Duarte,

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

³¹ De acordo com Bacigalupo (1997, p. 116), "En el primer supuesto, la estructura de la norma habilitante es la propia de una norma de programación condicional, con la única particularidad de que el cumplimiento del supuesto de hecho no obliga a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y. En el segundo supuesto, la estructura de la norma de programación condicional es otra: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica Y o Z. Y en el tercer supuesto, la estructura de la norma de programación condicional es la siguiente: Si concurre el supuesto de hecho X, integrado por los requisitos R-1, R-2 y [...] R-n, la Administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica que estime oportuna".

³² Partindo dessas premissas, a discricionariedade administrativa é definida por Mariano Bacigalupo (1997, p. 116) como "Margem 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".

³³ De acordo com Duarte (2006, 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".

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 (Duarte, 2006, p. 512).

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 deontica³⁴.

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 deontico de imposição,

estabelecem-se vários efeitos, pelo menos mais do que um que se aplicaram alternativamente. 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 opções³⁵. Por sua vez, também se atribui discricionariedade às normas que se enquadram na chamada derrogação administrativa, em que, ao contrário do que já se afirmou, não há margem de liberdade/autonomia/volição diferente da discricionariedade; ela é norma impositiva com duas alternativas, na qual uma é um efeito consequente à previsão e outra um efeito de configuração autônoma.

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 mesmo. Logo, as normas permissivas, seja qual for a 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

³⁴ Mozo Seoane (1985, p. 49 e ss, 353 e ss), depois de analisar a estrutura das normas, revela que a discricionariedade está situada no elemento de união ou cúpula, ou seja, dentro do operador deontico. Alfredo Gallego Anabitrate (1971, in Mozo Seoane, 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. Parejo Alfonso (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). Villar Palasi e Villar Ezcurra (1974, p. 178) entendem 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".

³⁵ Aqui a discricionariedade administrativa está na permissão de eleição entre as alternativas.

âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando acrescentar efeitos alternativos em relação de disjunção. Assim, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição; também será possível não o fazer; dessa maneira, ter-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)³⁶. É possível concluir, então, que a discricionariedade poderá estar localizada no operador deôntico e/ou na estatuição³⁷.

Conclusões

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 alternativa e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos.

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, há 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 juspolítico-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 juspolítico-moral (interesses públicos gerais), definidos pela Constituição e objeto de concretização pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos.

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, ter-se-á 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.

Referências

- ALESSI, R. 1970. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona, Bosch, 788 p.
- ALONSO MAS, M.J. 1998. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 686 p.
- ARANSON, P.H.; GELLHORN, E.; ROBINSON, G.O. 1982. *A Theory of Legislative Delegation*. Atlanta, Emory University, Law and Economics Center, 67 p.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. 2004. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª ed., Barcelona, Ariel, 207 p.
- AYALA, B.D. de. 1995. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa, Lex, 304 p.

³⁶ Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do Direito. Sobre o tema, vide: Atienza e Ruiz Manero (2004, cap. III) e Duarte (2006).

³⁷ Em sentido contrário, têm-se, além dos autores mencionados, Cardozo (2005, p. 60); Di Pietro (2001, p. 78-79); e Oliveira (2007, p. 85-86); tais autores afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. Mello refere que a discricionariedade pode derivar da previsão, da estatuição, e aduz que também pode derivar da finalidade da norma (Mello, 2006, p. 19-22). Afirma este quanto a essa última possibilidade: "É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vezes 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".

- BACIGALUPO, M. 1997. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid, Marcial Pons, 338 p.
- BELL, J. 1992. Discretionary decision-making: a jurisprudential view. In: K. HAWKINS, *The Uses of Discretion*. Oxford, Oxford University Press, p. 89-111.
- BERNATZIK, E. 1886. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*. Wien, Manz, 326 p.
- BROHM, W. 1993. Administración y jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. *Documentación Administrativa*, **234**:115-132.
- BULLINGER, M. 1987. La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, **4**:896-911.
- CARDOZO, J.E.M. 2005. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: E. GARCIA (coord.), *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, p. 43-77.
- CORREIA, J.M.S. 2003 [1897]. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra, Almedina, 822 p.
- CRAIG, P.P. 2008. *Administrative Law*. 6ª ed., London, Sweet & Maxwell, 636 p.
- DAVIS, K.C. 1969. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Hardcover, Greenwood Pub Group, 233 p.
- DE SMITH, S.A.; BRAZIER, R. 1987. *Constitutional and Administrative Law*. 5ª ed., Harmondsworth, Penguin Books, 748 p.
- DI PIETRO, M.S.Z. 2001. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 242 p.
- DIAS, J.E.F.; OLIVEIRA, F.P. 1999. A discricionariedade administrativa. *Scientia Iuridica*, **48**(280-282):371-286.
- DREIER, H. 1993. En torno a la "independencia" de la Administración. *Documentación Administrativa*, **234**:257-280.
- DUARTE, D. 2006. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra, Almedina, 997 p.
- ENGISCH, K. 2004. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 333 p.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. 2005. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid, Iustel, 134 p.
- FLETCHER, G.P. 1984. Some unwise reflections about discretion. *Law and Contemporary Problems*, **47**(4):269-286. <http://dx.doi.org/10.2307/1191693>
- FORSTHOFF, E. 1958. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 768 p.
- GALÁN VIOQUE, R. 1996. La discrecionalidad del legislador en la República Federal de Alemania. In: AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid, Civitas, p. 259-264.
- GALDI, M. 1996. *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*. Napoli, Liguori, 223 p.
- GALLIGAN, D.J. 1990. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford, Clarendon Press, 401 p. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198256526.001.0001>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 2005. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5ª ed., Madrid, Civitas, 346 p.
- GIANNINI, M.S. 1993. *Diritto amministrativo*. 3ª ed., Milano, Giuffrè, vol. II, 859 p.
- GIANNINI, M.S. 1939. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano, Giuffrè, 195 p.
- GÓMEZ CABRERA, C. 1998. *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección*. Madrid, McGraw-Hill, 468 p.
- GONZÁLEZ, GARCÍA, J.V. 1996. *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*. Madrid, McGraw-Hill, 226 p.
- GOODIN, R.E. 1986. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, **6**(2):232-261. <http://dx.doi.org/10.1093/ojls/6.2.232>
- GREENAWALT, K. 1975. Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges. *Columbia Law Review*, **75**(2):359-399. <http://dx.doi.org/10.2307/1121660>
- HANDLER, J.F. 1992. Discretion: power, quiescence, and trust. In: K. HAWKINS, *The Uses of Discretion*. Oxford, Oxford University Press, p. 331-360.
- HANDLER, J.F. 1986. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York, Russell Sage Foundation, 327 p.
- HAWKINS, K. 1992. Using judicial discretion. In: K. HAWKINS, *The Uses of Discretion*. Oxford, Oxford University Press, p. 163-183.
- JOWELL, J.L. 1975. *Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action*. New York, Kennikat Press, 214 p.
- KRELL, A.J. 2004. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*, **8**:177-224.
- LACEY, A.R. 1991. Concept. In: *Dictionary of Philosophy*. London, Routledge, 266 p.
- LARENZ, K. 2001. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel, 536 p.
- MARENCO, R. 1996. *La discrezionalità del giudice civile*. Torino, G. Giappichelli, 358 p.
- MARZUOLI, C. 1998. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali. In: V. PARISIO, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*. Milano, Giuffrè, p. 72-106.
- MEDAUAR, O. 2004. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 512 p.
- MELLO, C.A.B. de. 2006. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 110 p.
- MORÓN, M.S. 1994. *Discricionariedad administrativa y control judicial*. Madrid, Tecnos, 162 p.
- MOZO SEOANE, A. 1985. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*. Madrid, Montecorvo, 606 p.
- NIETO, A. 1964. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, **15**(44):147-162.
- OLIVEIRA, R.F. de. 2007. *Ato administrativo*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 189 p.
- ORTEGA, M.S. 2006. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 107 p.
- PAREJO ALFONSO, L. 1993. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, Tecnos, 131 p.
- PIRAINO, S. 1990. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano, Giuffrè, 209 p.
- PRATS I CATALÀ, J. 1993. Derecho y management en las Administraciones Públicas. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, **10**(26):130-143.
- ROMANO, S. 1964. *Fragments de un diccionario jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 414 p.
- SADDY, A. 2014. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- SAINZ MORENO, F. 1976. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, Civitas, 364 p.
- SCHNEIDER, C.E. 1992. Discretion and rules: a lawyer's view. In: K. HAWKINS, *The Uses of Discretion*. Oxford, Oxford University Press, p. 47-88.
- TEZNER, F. 1911. Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, **5**:67.
- TOURINHO, R. 2005. A principiologia jurídica e o controle jurisdiccional da discricionariedade administrativa. In: E. GARCIA (coord.), *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, p. 91-160.
- UVILLER, H.R. 1984. The unworthy victim: police discretion in the credibility call. *Law and Contemporary Problems*, **47**(4):15-33. <http://dx.doi.org/10.2307/1191685>

VILLAR PALASÍ, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L. 1993. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, v. 2, Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa.

VILLAR PALASÍ, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L. 1974. *Apuntes de derecho administrativo: parte general*. Madrid, Universidad a Distancia.

VINZANT, J.C.; CROTHERS, L. 1998. *Street-level Leadership: Discretion and Legitimacy in Front-line Public Service*. Washington, DC, Georgetown University Press, 185 p.

Submetido: 12/05/2015

Aceito: 01/06/2015