

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Visitando a definição de discricionariedade administrativa

André Saddy

Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Niterói – RJ, Brasil). Doutor Europeu em Problemas actuales de Derecho Administrativo pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (Madrid, Espanha), com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa AlBan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-Graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Cedipre) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Diretor Presidente do Centro para Estudos Empírico Jurídicos. Consultor e parecerista. *E-mail:* <andresaddy@yahoo.com.br>.

Resumo: A atuação da Administração Pública pela doutrina clássica sempre encontrou limites a sua atuação em razão do princípio da legalidade, corolário hoje muito mais evoluído. Com o intuito de explicitar as diversas formas pela qual o Poder Público pode exprimir sua vontade, revela-se produtivo distinguir e classificar as diferentes ordens emanadas em razão da atividade administrativa estatal. Isto porque toda forma de subjetividade, incluída aqui a discricionariedade administrativa, produz efeitos que podem ser questionados em diferentes esferas de atuação em razão do exercício unilateral de um comando. Para além disso, tratar-se-á de reconhecer a construção histórica realizada por outros doutrinadores ao longo do tempo em razão da dificuldade para se assentar um conceito amplo sobre o tema.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Administração Pública. Subjetividade. Atuação estatal.

Sumário: Introdução – **1** Multidisciplinaridade do estudo da discricionariedade administrativa e sua dificuldade de definição – **2** Conceito de discricionariedade administrativa e sua diferença frente à atuação vinculada – **3** Diferenças entre discricionariedade potencial e efetiva – **4** Distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de eleição – **5** Tipos de decisões discricionais – **6** Modalidades discricionais – Conclusões – Referências

Introdução

As diferentes formas de subjetividade ou autonomia pública (liberdade conformadora, discricionariedade, apreciatividade e/ou margem de livre apreciação) sempre causaram problemas para o Estado em si e, por conseguinte, para o direito público,¹ pois são os principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder.

¹ Jean-Claude Venezia (VENEZIA, Jean-Claude. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris: LGDJ, 1959. p. 111) recorda que a noção de discricionariedade não é própria do direito público: “le pouvoir discrétionnaire n’est pas une notion propre au droit public. Les institutions du droit privé connaissent l’existence au profit des sujets de ce droit d’une sphère d’autonomie qui rappelle étrangement celle qui, en droit public, préserve l’administration de l’emprise du juge”.

Por tal motivo que Miguel Sánchez Morón² salienta que é lógico que a discricionariedade administrativa seja “un problema siempre recurrente, sobre el que la polémica jamás parece agotarse”, porque: “entre otras cosas –añade– afecta de lleno al equilibrio de poderes, un equilibrio siempre inestable, modificado por la evolución de las circunstancias históricas y que, de tanto en tanto, si no continuamente, necesita recomponerse”. O mesmo autor³ aduz que não só é completamente natural a “amplitud de los poderes discrecionales de que goza cualquier administración moderna”, mas também “es necesaria en el Estado de derecho y tiene un fundamento constitucional”.

Há de recordar que, de acordo com Hans Huber,⁴ a discricionariedade é o “cavalo de Troia” no Estado de Direito (*trojanisches Pferd des Verfassungsrechtsstaates*). Tal metáfora parte da premissa de que a discricionariedade é sinônimo de liberdade. Liberdade para decidir sem necessidade de aduzir um critério que suponha aquilo que se resolve. Hoje, tal noção não é totalmente verdadeira. Assim, também, Martin Bullinger⁵ afirma que “la discrecionalidad no es un cuerpo extraño en el Derecho administrativo de un Estado de Derecho sino [...] un elemento necesario de una Administración eficiente, en interés también de cada ciudadano”. Marcel Waline⁶ esclarece que “el poder discrecional de la autoridades administrativas es la primera condición de toda Administración y por tanto también de la vida del Estado” e Denis J. Galligan⁷ acredita que: “discretionary powers are important in any system of authority, that there are good reasons for having discretion, and that discretionary powers are neither necessarily nor typically in some way arbitrary and beyond the law”. A discricionariedade, dessa maneira, é ubíqua⁸ e parte inevitável da Administração Pública,⁹ de modo que se constitui como uma das características definidoras da atividade administrativa.

² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 9.

³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 109 e 112.

⁴ HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates. In: KIRCHHEIMER, Otto. *Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti)*. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953. p. 66.

⁵ Bullinger (1987) apud BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 41.

⁶ WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Sirey, 1956. p. 25 apud BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 26.

⁷ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 2.

⁸ De acordo com Joel F. Handler (HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 331): “discretion is ubiquitous, hence difficult to define. Basically, it involves the existence of choice, as contrasted with decisions purportedly being dictated by rules”. No sentido de que a discricionariedade está presente em todos os lugares na Administração, vide: SMITH, G. Discretionary decision-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (Ed.). *Discretion and welfare*. London: Heinemann, 1981. p. 47-68; WILKINS, J. T. The political economy of administrative discretion. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (Ed.). *Discretion and welfare*. London: Heinemann, 1981. p. 82-134.

⁹ Para Carl E. Schneider (SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer’s view. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 48; 56): “discretion is both invaluable and inevitable [...] there are many kinds of discretion which no system can escape and many kinds no system would want to escape”. Karl Engisch (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Tradução de J. Baptista

Tal perspectiva se encaixa na advertência de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez,¹⁰ que sustenta que a discricionariedade “ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo”, de Eva Desdentado Daroca,¹¹ quando coloca que “el estudio de la discrecionalidad se ha convertido en una inacabada y quizá inacabable, pero, en todo caso, apasionante persecución del significado de un término cuya polivalencia dificulta su comprensión y oscurece los discursos en los que se emplea” e de Bernard Schwartz,¹² o qual, no mesmo tom, enuncia que “indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?”. Luigi Benvenuti,¹³ por sua vez, refere que “el problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente”.¹⁴ Apesar de parecerem exageradas, tais afirmações são acertadas. Sem dúvida, o estudo da discricionariedade é uma tarefa apaixonante e complexa – de eternos debates.

Daí a necessidade de se estudar, de tempos em tempos, a definição existente de discricionariedade administrativa.

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

Existem muitos pontos de vista na doutrina mundial sobre a discricionariedade administrativa. Numerosos autores, e a própria realidade, coincidem em assinalar que

Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 224) afirma que a discricionariedade é inevitável, mas também é algo bom. Sobre a discricionariedade como parte inevitável da Administração, *vide*: WILSON, J. Q. *Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1968; NAGEL, M. V.; ROURKE, F. *Bureaucracies*. In: GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (Ed.). *Handbook of political science*. Reading: Addison-Wesley, 1975; LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul./sep. 1974. p. 285. Esse mesmo autor afirma, em outra obra, que a discricionariedade: “[...] constituy(e) hoy un problema recurrente, una úlcera que recidiva de forma constante y que nunca termina de cicatrizar del todo. La batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 30).

¹¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 35.

¹² SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991. p. 652.

¹³ BENVENUTI, Luigi. *La discrezionalità amministrativa*. Padova: Cedam, 1986. p. 3.

¹⁴ No mesmo sentido, César David Ciriano Vela (CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Madrid: Lex Nova, 2000. p. 65): “el estudio de la discrecionalidad es una de las cuestiones más importantes del Derecho de nuestros días y, en especial, del Derecho administrativo y, por ello, sobre la que es absolutamente necesario reflexionar y profundizar en su análisis”. E Francisco López Menudo (LÓPEZ MENUDO, F. *El control judicial de la Administración en la Constitución española*. In: HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo; GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (Coord.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996. p. 39) sustenta: “Se trata, como se sabe, de un tema clásico, o quizás valga calificarlo como ‘neoclásico’, visto el resurgimiento que ofrece en la actualidad; acaso, en buena parte, porque es un tema de siempre, adherido a la historia misma del Derecho Administrativo”.

foram os filósofos do direito e os administrativistas aqueles que pesquisaram com maior profundidade a discricionariedade. Os filósofos do direito têm se preocupado especialmente em esclarecer o conceito de discricionariedade e sua relação com as normas jurídicas. Outros estudos se preocupam mais com a discricionariedade como um problema de política pública e, em consequência, com seu potencial de injustiça¹⁵ ou para o progresso social.¹⁶ Também, resulta essencial à contribuição da teoria geral do direito. Sem a pretensão de realizar um exame exaustivo das diversas teorias existentes, uma vez que se necessitaria outra investigação específica a respeito, limitar-se-á, aqui, a analisar as construções mais importantes já conhecidas.

Hans Kelsen¹⁷ afirma que a discricionariedade é exercida pela pessoa que possui a competência para ditar uma norma inferior ou para resolver um caso concreto no marco da indeterminação da norma superior. Para esse autor, existe discricionariedade porque a resolução que se adota não vem determinada pela norma e, portanto, só pode ser fruto de uma eleição conforme seus próprios critérios. Assim, na construção de Hans Kelsen, a discricionariedade é um fenômeno inerente ao próprio processo de concreção e aplicação do direito, pois a eleição é adotada para a aplicação ou desenvolvimento da norma na margem que esta deixou aberta.

Segundo Herbert Lionel Adolphus Hart,¹⁸ a discricionariedade é exercida por diferentes operadores jurídicos dentro da margem de incerteza. Para ele, sua consequência deriva do caráter da linguagem, de sua vagueza, ou, como afirma, de um *open texture*. Seria a penumbra dos conceitos o que supõe o aparecimento da discricionariedade e por isso pensa que a discricionariedade apenas emerge em *hard cases*, nos quais a norma não prescreve uma única solução. Ao não estar determinada pela norma, se o caso concreto deve ou não ser incluído no conceito classificatório, a decisão de incluir ou não é fruto de uma eleição chamada pelo autor de discricionária. Assim, para Herbert Lionel Adolphus Hart, a razão para a discricionariedade se encontra na incerteza da linguagem.

Ronald Dworkin¹⁹ sustenta que a discricionariedade é como o buraco de um *donut*, uma área de liberdade dentro de um marco de restrições, um espaço livre o qual as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto. Distingue, nessa perspectiva, três sentidos de discricionariedade, sendo dois fracos e um forte. No primeiro sentido fraco, faz referência a que os critérios que orientem o comportamento do

¹⁵ DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.

¹⁶ HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre)*. Granada: Comares, 2002. p. 169.

¹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994. p. 123-124.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999. p. 84-85.

aplicador não sejam suscetíveis de uma aplicação mecânica, mas que exijam uma operação de discernimento. O outro sentido da discricionariedade fraca faz referência ao aplicador que tem de tomar uma decisão definitiva em atinência a determinado assunto, de tal forma que essa decisão não possa ser, posteriormente, revista ou anulada por outra. A decisão é irreversível, não suscetível de controle *a posteriori*. A discricionariedade é, nesse sentido, a margem de decisão com caráter concluinte. E, finalmente, a discricionariedade forte, usada pelo autor para fazer referência às hipóteses em que a autoridade ou a norma atribua ao aplicador uma margem de decisão sem estabelecer qualquer tipo de critério que guie sua conduta, de tal modo que o aplicador não estará vinculado a nenhuma ordem ou pauta de comportamento.

Parece que apenas acertaram em coincidir, a maioria dos autores, em um significado que se poderia chamar negativo da discricionariedade, como margem de liberdade. Além disso, as construções propostas são divergentes. Segundo Robert E. Goodin,²⁰ a discricionariedade admite dois tipos de caracterização, uma positiva e outra negativa. Em sua caracterização positiva, um oficial pode dizer que tem discricionariedade se, e somente se, este “is empowered to pursue some social goal in the context of individual cases in such a way as he judges to be best calculated, in the circumstances, to promote those goals”. A caracterização negativa para o autor está representada muito bem pela metáfora de Ronald Dworkin de que a discricionariedade é “like the hole in the doughnut”, em que não existe exceção na área aberta deixada por um cinto de restrições que a envolve. Nessa análise negativa, discricionária é uma noção residual e dita que: “discretion refers, negatively, to a lacuna in a system of rules”.

Eva Desdentado Daroca²¹ afirma que se algo caracteriza a palavra discricionariedade é a equivocidade de seu significado, em sua opinião, “el hecho de que conceptos distintos correspondan a sentidos diferentes de la misma”. Daí porque afirma que “la solución del problema de la definición de la discrecionalidad administrativa es la clave para solucionar todos los restantes interrogantes”. Guy Braibant²² esclarece que “les rapports et les premières interventions me donnent à penser qu’il y a encoré un problème de définition du pouvoir discrétionnaire, qui reste peut-être le problème le plus difficile”. Pietro Gasparri²³ dita que é “fenómeno notissimo ai teorici ed ai pratici del diritto pubblico; ma la cui essenza è tuttavia per tutti alquanto misteriosa”. Por fim, Karl Engisch²⁴ entende que “o conceito de discricionariedade

²⁰ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986. p. 233-234.

²¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 36.

²² BRAIBANT, Guy. *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (colloque du 05 mars 1977)*. Paris: Cujas, 1978. p. 59.

²³ GASPARRI, Pietro. *Corso di diritto amministrativo*. Bologna: C. Zuffi, 1953. p. 64.

²⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Traducción de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 214.

(poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”.

Por isso que Denis J. Galligan²⁵ afirma que

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

A doutrina classifica de diferentes maneiras as diversas correntes doutrinárias que teorizaram sobre a discricionariedade, agrupando os distintos teóricos em escolas, épocas ou conceitos.²⁶ Com a finalidade de aproximar-se ao que é uma

²⁵ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 54.

²⁶ Ante a falta de consenso, seria conveniente realizar uma panorâmica das principais concepções da discricionariedade administrativa. Contudo parece fútil realizá-la depois de tantas obras que já o fizeram. Desse modo, remete-se o leitor à obra de Eva Desdentado Daroca (DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 54-84), a autora que mais se aproximou das diferentes concepções da discricionariedade. Esta autora fez uma classificação dos diferentes postulados doutrinários em função do marco em que cada um dos autores coloca seus argumentos.

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

O segundo grupo define a discricionariedade como fruto do controle judicial da atividade administrativa. Afirmam seus seguidores, Enrico Presutti, Jean Kahn e Fernando Garrido Falla, que o conceito de poder discricional faz referência à susceptibilidade ou insusceptibilidade de controle dos atos administrativos pelos Tribunais. Assim, uma atividade ou ato administrativo seria discricional quando não fosse objeto de controle judicial, sendo vinculada aquela atividade que se é suscetível de fiscalização por parte de juízes e Tribunais. Discricionariedade e insusceptibilidade de controle são conceitos distintos, mas é certo que um está relacionado com o outro.

Karl Engisch (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Traducción de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 214-215): “Ocasionalmente tem-se mesmo pretendido definir ‘decisões discricionárias’ precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis. Do ponto de vista lógico, que para nós releva, porém, tem que se começar por esclarecer o conceito de discricionariedade sem olhar de imediato ao seu significado para a sindicabilidade dos actos discricionários. Só em seguida surge a questão do chamado ‘rigor do controlo’, isto é, a questão de saber se tais actos estão e em que medida sujeitos ao controlo judicial, para o que não contará então apenas a ‘essência’ da discricionariedade, mas também podem ser decisivas considerações processuais específicas que, p. ex., decorrem da estrutura da decisão atacada e da instância que a emite, ou da função da revisão”.

O terceiro grupo identifica a discricionariedade administrativa como o âmbito de independência da Administração frente ao Poder Judicial e ao Poder Legislativo, ou seja, discricionariedade é sinônimo de liberdade e independência da Administração com respeito aos outros poderes do Estado. Juan Alfonso Santamaría Pastor

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

distingue duas vertentes dessa liberdade: uma primeira vertente positiva, que “consiste en la delimitación por la norma de un ámbito funcional o conjunto de actividades inherentes a la personalidad de un sujeto dentro de las cuales éste puede actuar sin restricción alguna”; e uma segunda vertente negativa, na qual a liberdade implica uma proibição geral pelo ordenamento jurídico aos demais sujeitos de direito, de interferir ou perturbar a atuação do sujeito “Administración”, dentro de seu âmbito de liberdade. Pode-se dizer que esse posicionamento quase intocável da Administração frente aos demais poderes foi defendido também por Luciano Parejo Alfonso e Miguel Sánchez Morón.

Um quarto grupo identifica a discricionariedade administrativa como o núcleo de decisão final delimitado por duas variáveis: a lei e a atividade dos Tribunais. Assim, a discricionariedade supõe uma apreciação subjetiva das condições de exercício dos poderes administrativos e “un ámbito de decisión final libre, ausente de control”. Esse âmbito de livre decisão não é consequência de que existe um âmbito de independência privativo da Administração, mas sim que se configura como um reduto final que fica como consequência de que os Tribunais não o controlam. Autores como Jean-Marie Auby, Roland Drago, Stavroula Ktistaki, René Chapus, Daniel Labetoulle, mas principalmente Denis J. Galligan, entendem que a concepção da discricionariedade é dinâmica, a propósito da qual o juiz exerce uma função essencial. Sublinham que é impossível ter uma concepção monista do dito poder discricional, pois este, na maioria dos casos, depende da interpretação que o juiz faça dele. Afirmam que o sentido da discricionariedade não pode se identificar somente a partir da conhecida variável atividade administrativa-norma.

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

Todos os grupos coincidem em uma característica essencial: a existência de uma margem de manobra, de um âmbito de eleição entre atuações tidas como juridicamente indiferentes, na qual a Administração pode optar entre diversas opções ou alternativas, elegendo a que lhe pareça mais conveniente, em função de um critério ou princípio chamado de conveniência e oportunidade, e realizando, por conseguinte, dita eleição mediante uma apreciação de valores singulares. No entanto, um quinto grupo, capitaneado por Fernando Sáinz Moreno e German Fernández Farreres, critica tal concepção por considerar inadmissível que a discricionariedade da Administração permita a esta eleger quaisquer das opções ou alternativas desta, pois o caráter instrumental da atividade administra deve servir aos interesses públicos, logo, conceituam discricionariedade como dever de adotar a solução mais adequada aos interesses públicos, ou, ao menos, adotar a melhor solução que esteja a seu alcance.

Além de tal classificação, vale também mencionar a classificação de Bernardo Diniz de Ayala (AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 147-149), a qual distingue três correntes quando se fala de discricionariedade. A corrente maximalista defende o alargamento do conceito de discricionariedade e o aproveitamento de seu regime para figuras que, tradicionalmente, são excluídas de seu âmbito (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O ordenamento jurídico administrativo português*. In: ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DE BRAGA. *Contencioso administrativo: breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga*. Braga: Livraria Cruz, 1986. p. 45). A corrente minimalista defende que a decisão discricional é aquela que se adota entre várias igualmente válidas para o direito, mas apenas verdadeiramente há discricionariedade quando os critérios são políticos e não jurídicos (SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 304-308). E, por fim, a corrente intermédia que, assim como a minimalista, entende que a discricionariedade deriva da eleição em conteúdos alternativos válidos, mas que entende que tal opção deve ser realizada por meio da apreciação e ponderação dos fatos e interesses, além de fazer uma harmonização de diversos interesses públicos e privados subjacentes à situação concreta (aqui se encontra praticamente toda doutrina).

a desenvolver uma definição de discricionariedade, procurando dar-lhe um enfoque mais conceitual, mas sem esquecer outros elementos, como sua localização nos componentes lógico-estruturais.

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

Pode-se referir que, tendo presente o que parte da doutrina aceita sobre o assunto e seu argumento *ab auctoritate*, a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos.²⁷ Tal concepção genérica da discricionariedade administrativa, extraída dos conceitos de autoridade da doutrina administrativa mundial, não se confunde em absoluto com o conceito de atuação vinculada.

As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validez do ato. Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.

²⁷ Para visualizar outros conceitos na doutrina, *vide*: Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67); Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119); José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 33); David Duarte (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 465); Ernst Forsthoff (FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München: Beck, 1954. p. 84); Jean Rivero (RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 89); Raymond Guillien e Jean Vincent (GUILLIEN, Raymond; VICENT, Jean. *Termes juridiques*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1995. p. 422); Pietro Virga (VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: atti e ricorsi*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 5. v. 2); Ignazio Scotto (SCOTTO, Ignazio. *Diritto amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1998. p. 180); Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 453); Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad*. In: MONTOYA MELGAS, Alfredo. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995. p. 2517); Massimo Severo Giannini (GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 72); César David Ciriano Vela (CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 84-85); Cecilio Gómez Cabrera (GÓMEZ CABRERA, Cecilio. *La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 54); Kenneth Culp Davis (DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969. p. 4); entre muitos outros.

Então, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observação de determinados requisitos considerados essenciais para a validade e existência do ato. Tal exigência escapa da legalidade, da legitimidade ou da licitude, criando, no particular, um direito subjetivo de exigir da autoridade a execução de determinado ato. Nesse caso, os elementos do ato já estão previamente indicados pelo ordenamento jurídico, pela legitimidade ou pela licitude, com o que o agente público somente os reproduzirá.²⁸

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 aplica-se a quaisquer das discricionariedades mencionadas, ou seja, é aplicável tanto à discricionariedade potencial como à discricionariedade efetiva.

3 Diferenças entre discricionariedade potencial e efetiva

Estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva apenas quando fixadas as alternativas ou opções válidas, ou seja, alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes).²⁹ Esta é uma opção política, cuja definição é a opção entre as alternativas ou opções válidas feitas com critérios de política administrativa ou governamental, considerados como apropriados pelo administrador em determinados casos concretos.

²⁸ Sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 452), afirmam que: “la Ley puede determinar exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, a modo de construir un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias”.

²⁹ Alguns autores substituíram a ideia de alternativas igualmente válidas pela de alternativas permissíveis, admissíveis ou razoáveis. E isso permite incorporar ao conceito de discricionariedade todos os casos de ausência de resposta correta, mas sem ter de assumir que a atividade discricional carece de limites em respeito à gama de cursos de ação elegíveis. Ou seja, todas aquelas opções que, apesar de não constituírem respostas jurídicas corretas, são soluções aceitáveis ao caso analisado. Não obstante, não se pode deixar de recordar que a admissibilidade ou razoabilidade é um critério altamente obscuro. Vide HART, Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. Westbury: Foundation Press, 1994. p. 126; GREENAWALT, Kent. Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges. *Columbia Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 359-399, mar. 1975. p. 366; BIX, Brian. *Law, language, and legal determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 26-27.

Esta concepção de que a discricionariedade é a tomada de uma decisão entre alternativas ou opções justas e idôneas, sendo, por conseguinte, uma opção política, não está, de todo, clara na doutrina, pois existe uma grande confusão entre os conceitos de discricionariedade potencial e efetiva. Fernando Sainz Moreno³⁰ afirma que a discricionariedade – e aqui se refere à discricionariedade efetiva – apenas existe quando o critério da decisão deixa de ser jurídico para converter-se em político. Do mesmo modo, Rudolf Von Laun³¹ esclarece que existe discricionariedade “quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conforme ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas”. Para Ernst Forsthoff,³² a discricionariedade se apresenta como “un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posible”. Seguindo essa linha, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández Rodríguez³³ explicam que a discricionariedade “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos”.³⁴

Significa que as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas. Ou seja, não há *melhor* ou *ótima* alternativa ou opção, essa sempre será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada alternativa ou opção é a *melhor* ou *ótima*, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos.³⁵ Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação

³⁰ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 307.

³¹ Rudolf Von Laun (1910) *apud* ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Traducción de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 216 e 217.

³² FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 122; 127.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 458.

³⁴ Juli Ponce Solé (PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 103; 105) crê que não pode se predicar a indiferença para o direito das valorações extrajurídicas, ainda quando estas não vulnerarem algum limite dos ordenamentos. Isso não significa, para o autor, que os distintos critérios e soluções possíveis, dentro de um marco jurídico, sejam indiferentes para o direito.

³⁵ Discorda-se de autores que defendem a ideia oposta a essa. Entre alguns, vale mencionar Karl Engisch (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Traducción de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 227-228), que afirma que a discricionariedade seria a “convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’” e, também, Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38), ao afirmar que “existe somente a melhor escolha administrativa (não ‘a’ única resposta correta)”. Segundo o autor (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros,

vinculada e não de discricionariedade.³⁶ Por isso, André Gonçalves Pereira³⁷ afirma que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação.³⁸ Assim pensando, estar-se-á contra quem fundamenta o processo decisório das alternativas ou opções válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros, pois se existem alternativas ou opções mais razoáveis, mais proporcionais ou mais eficientes, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou ineficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no âmbito da interpretação, com o fim de delimitar quais são as alternativas ou opções válidas e, assim, delineando o universo de opções discricionais efetivas.

A verdade é que a discricionariedade trabalha com a tentativa de definir o resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar determinada atuação.³⁹

2007. p. 40), as opções discricionais são as que mais densamente precisam ser enjuizáveis. Neste aspecto se está de acordo com o autor, mas logo ele volta a repetir que o controle da discricionariedade tem a finalidade de buscar a melhor solução possível, e, neste ponto, não se concorda com o mencionado autor. Na verdade, a discricionariedade potencial é que deve ser vista desse modo.

³⁶ Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006. p. 124) afirma que não existe a única resposta, mas sim “a” resposta. Assim, esclarece que: “A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a forma do ser na hermenêutica). E é assim porque é conteudística, exurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística”.

Para o mesmo autor, as respostas não estão à disposição do intérprete, como um catálogo em que este opta por uma delas como sendo a melhor, *in verbis*: “é possível dizer que não já garantias no sentido de que a tese da ‘melhor resposta possível’ tenha o condão de afastar/evitar um elevado grau de discricionariedade, uma vez que a ‘melhor resposta’ não exclui a existência de várias respostas, não superando, desse modo, o problema fulcral do positivismo, que é a escolha (discricionária) da resposta do intérprete” (STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006. p. 128).

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

³⁷ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1960. p. 217.

³⁸ Para uma reflexão da relação existente entre a hermenêutica e a discricionariedade, vide: RUIZ OJEDA, Alberto Luis. Hermenêutica y narrativismo jurídico: Una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos. *Thémata: Revista de filosofía*, Sevilla, Ano 18, n. 27, p. 101-121, jul-dez, 2001. O autor demonstra que o problema do controle da discricionariedade dos poderes públicos se centra em um debate manipulado por palavras.

³⁹ Explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33-34): “A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venha a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.

A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de era execução, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma alocação autoritária de valores, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria qualquer opção, não necessitando mais que a identificação final de eventuais destinatários.

O campo formal da discricionariedade administrativa está contido no cometimento feito pela lei à Administração Pública, extremando as hipóteses, ainda que fascinantes, da discricionariedade no Legislativo e no Judiciário, que escapam ao objeto deste trabalho.

Logo, somente haverá discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos. Se houver alternativas ou opções válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial, passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta.

Robert E. Goodin⁴⁰ tem outra denominação para a discricionariedade potencial, ao chamá-la discricionariedade provisional, de provisória. Segundo o autor, os agentes cujas decisões estão sujeitas à revisão e possível substituição de critérios por outros agentes possuem apenas uma *provisional discreción*, enquanto que aqueles cujas decisões não estão sujeitas à revisão têm *ultimate discretion*. Tal consideração não se encaixa perfeitamente com o que se pretende denominar discricionariedade potencial, mas possui uma conotação relacionada.

Denis J. Galligan⁴¹ parece estar de acordo com a ideia de discricionariedade potencial ao afirmar que a discricionariedade se caracteriza pelo fato de que a autoridade possui alternativas na tomada de alguma decisão. Logo, o paradigma da discricionariedade é que quem detém o poder está diante de alternativas de ações, X, Y ou Z. Sua discricionariedade se configura como a liberdade de opções entre quaisquer dessas ações. Conforme o autor,

this is true but oversimplified if the [...] requirements of rational decision-making are accepted: on the assumption that one's choices must be reasoned, discretion consists not in the authority to choose amongst different actions, but to choose amongst different courses of actions for good reasons.

Portanto, como as alternativas existentes podem ser reduzidas, subentende-se que o autor se refere à discricionariedade potencial ostentadora de alternativas não necessariamente válidas.

Desse modo, existirão situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma, denominada discricionariedade potencial, poderá deixar de existir por completo quando sejam analisadas as peculiaridades do caso concreto, pois nele poderá ocorrer somente uma ação possível para se alcançar satisfatoriamente

Segue: o conceito, explicando que essa opção de criação, aberta pela lei ao administrador público, é um elemento necessário para integrar a definição de todos os elementos essenciais à prática de um ato de execução, aludindo-se, implicitamente, ao motivo e ao objeto.

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatiza-se que esse dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei”.

⁴⁰ GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986. p. 236.

⁴¹ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 7.

a finalidade da norma. Portanto, a liberdade discricional fixada na norma abstrata não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² ressalta o aspecto da redução ou desaparecimento da discricionariedade frente ao caso concreto da seguinte maneira:

o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal.

E, também, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³ coloca que “[...], ocorre que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto”.

Denota-se, assim, uma concepção da existência entre discricionariedade potencial e efetiva.

Por certo que a atribuição e o exercício da discricionariedade se submetem a uma fiscalização por parte dos Tribunais e de outros órgãos não jurisdicionais de controle.⁴⁴ Mas deixa-se claro que dito controle é feito apenas dessa discricionariedade potencial; a efetiva jamais poderá ser objeto de controle. Uma das características da discricionariedade efetiva, portanto, é sua impossibilidade de ser controlada.

Por sua vez, Alejandro Nieto⁴⁵ discorda dessa posição. Segundo o autor, somente no momento em que se tem o que se chama discricionariedade efetiva é que se começa o tema de seu controle. Até chegar a esta discricionariedade, apenas se precisou ou delimitou seu campo. Aduz que não pode haver controle no caso da discricionariedade potencial, pois não se trata de uma verdadeira discricionariedade. Assim, o autor se pergunta: “¿será posible un control de la auténtica discrecionalidad?”. E responde:

A primera vista puede parecer que no, ya que, como acaba de verse, la norma, al prever expresamente el arbitrio administrativo, indica que da

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983. p. 33.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 231.

⁴⁴ César David Ciriano Vela (CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 80) distingue o controle da atribuição da discricionariedade e o de seu correto exercício por parte da Administração. A mesma diferença também é exposta por Mariano Bacigalupo (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 219 e ss.).

⁴⁵ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, ano 14, n. 44, p. 147-162, maio/ago. 1964. p. 157.

por buena cualquier solución que adopte la Administración: jurídicamente es indiferente el trazado de una carretera o la designación de un cargo de libre nombramiento. Ciertamente es que puede parecer extraño – y aun escandaloso – que una carretera vaya a terminar precisamente en un coto de caza del Ingeniero constructor, o que se provean los cargos con familiares de aquel a quien corresponde hacer los nombramientos. Pero aquí no cabe un control jurídico, y tales anomalías se corrigen en una sociedad sana mediante controles sociales y políticos.

O autor deseja demonstrar que no controle material da discricionariedade há um controle material lícito – exercido ordinariamente mediante a aplicação dos princípios gerais de direito – e um controle material não lícito – exercido ordinariamente mediante a aplicação de normas valorativas não estritamente jurídicas (ética, justiça, intuição etc.). Defende, assim, como controle da discricionariedade a razão, a ética e a moral. Para ele, a última variedade, em efeito, não supõe um verdadeiro controle material da discricionariedade, mas sim uma substituição da discricionariedade administrativa pela judicial.

No entanto, autores como Massimo Severo Giannini⁴⁶ afirmam que a discricionariedade propriamente dita dá lugar a uma valoração de tipo político. É a aplicação de valores políticos concretos. Isto é totalmente certo, mas, na continuidade de seu estudo, recorda que a discricionariedade surge do direito e é controlada pelo direito, e, com tal enunciação, já parece que o autor se refere à discricionariedade potencial. Os textos doutrinários citados e outros mais propiciam certa confusão quando se trata da discricionariedade. Quiçá a concepção de discricionariedade potencial e efetiva sirva para limitar tal problema.

Celso Antônio Bandeira De Mello⁴⁷ afirma que a lei somente admite uma solução ótima e conclui parte de seu trabalho esclarecendo que a atuação administrativa que não se ajusta de modo preciso e adequado à finalidade legal atua em desconformidade com a regra de direito, assim, sendo inválida. Por tal motivo, aponta que a discricionariedade administrativa não significa margem de liberdade para que o administrador, entre as várias hipóteses abstratamente configuradas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Segundo o autor,

o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricionariedade administrativa, maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas

⁴⁶ GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 42.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade.

Em outras palavras, quando a norma comporta soluções distintas conforme o caso concreto, determinada solução é a que melhor se configura, devendo sempre se adotar a solução que melhor se encaixe na situação concreta. Então, a variedade de soluções não significa que todas as soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de aplicação, mas ao contrário, apenas algumas delas e, em certas ocasiões, somente uma delas é adequada para determinados casos concretos, assim como outras delas e, às vezes, somente uma delas é adequada para outros casos concretos.⁴⁸

4 Distinção entre a discricionariiedade de atuação e a discricionariiedade de eleição

Há de se observar que a discricionariiedade administrativa é a margem que o administrador possui para optar entre diversas condutas, e isso implica que existam, necessariamente, diferentes alternativas ou opções as quais o legislador possa facultar ao agente competente para a possibilidade de atuar ou não atuar, isto é, aplicar ou não as alternativas ou opções ou alguma dessas previstas como possíveis pela norma habilitante (discricionariiedade de atuação – *Handlungsermessen*); ou eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração opta por atuar (ou está obrigada a isso), sendo várias as alternativas ou opções permitidas (discricionariiedade de eleição – *Entscheidungsermessen*).

Existem outras denominações para este tema. Há quem diferencie, nestes casos, entre discricionariiedade de decisão (*Entscheidungsermessen*), que permite à Administração adotar ou não uma certa conduta, e discricionariiedade de eleição (*Auswahlermessen*), pela qual se deixa a Administração escolher entre várias condutas.⁴⁹ É como ressalta José Manuel Sérvulo Correia,⁵⁰ segundo o qual existe discricionariiedade de decisão quando o órgão apenas precisa ponderar sobre se há ou não que adotar uma conduta que a lei lhe permite sem estar obrigado a atuar.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36-37.

⁴⁹ ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979. p. 164-165; MAURER, Hartmut. *Manuel de droit administratif allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht)*. 2. ed. Traducción de Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994. p. 89-90; 92.

⁵⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 314.

Nesses casos, os efeitos do ato administrativo estão descritos na parte preceptiva da norma. O mesmo sucede no caso da discricionariedade de eleição, que existe quando a Administração deve escolher entre alternativas ou opções enunciadas no preceito atributivo de competência.⁵¹

Em sentido similar, Bernardo Diniz de Ayala⁵² discorre sobre discricionariedade de ação (ou de decisão *lato sensu*) e de discricionariedade de eleição. Segundo esse autor, a discricionariedade de ação consiste em deixar ao órgão titular da competência a decisão sobre determinados efeitos que não estão impostos pela norma. A Administração tem a faculdade de optar entre atuar ou não. Tal discricionariedade possui subespécies: discricionariedade de pronunciar-se, quando a lei confere ao órgão administrativo qualquer possibilidade de opção entre omitir ou pronunciar-se; discricionariedade de decisão *stricto sensu*, quando a Administração, esteja ou não vinculada a pronunciar-se, pode optar entre decidir e não decidir; e, discricionariedade de intervenção material, quando o órgão administrativo, independentemente de existir ou não dever de pronunciar-se ou dever de decidir *stricto sensu*, tiver a possibilidade de optar entre realizar ou não determinada operação material. Já na discricionariedade de eleição, o órgão pode optar por uma entre várias condutas positivas possíveis. Aqui, também, há distintas subespécies: discricionariedade optativa, nos casos em que as opções surgem em termos alternativos; e, discricionariedade criativa, quando a possibilidade de eleição surge porque o legislador se limita a estabelecer um núcleo mínimo identificador do gênero de medida, deixando ao órgão administrativo a invenção do conteúdo completo do ato.

⁵¹ Afirma José Manuel Sérvulo Correia (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 323): “Em algumas modalidades de discricionariedade, é patente a natureza indispensável de tal faculdade. Pense-se com efeito na discricionariedade «de decisão» (Entschliessungsermessen): a lei enuncia um conjunto de pressupostos, especifica uma determinada consequência jurídica a produzir pelo acto administrativo e deixa ao órgão a escolha entre agir e não agir, entre, no caso concreto em que ocorram os pressupostos da previsão normativa, constituir ou não o efeito de direito legalmente enunciado. [...]”

Esses critérios ou razões não podem extrair-se apenas do esquema normativo, uma vez que este deixa em aberto com inteira igualdade a hipótese positiva e a negativa. Logo, alguns deles têm de vir de fora, isto é, têm de ser configurados pelo órgão e adicionados aos pressupostos resultantes da norma. Obviamente, é semelhante a situação na discricionariedade «de escolha» (Auswahlermessen), quando as condutas optativas são fixadas por lei: também aí o quadro legal possui a virtualidade de fundamentar uma qualquer de entre essas condutas; só elementos adicionais poderão justificar a preferência por uma delas”.

Mais adiante, na mesma obra, afirma o autor (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 479): “A «discricionariedade de decisão» consiste em deixar ao órgão titular do poder a decisão sobre se determinados efeitos preditos mas não impostos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto. A «discricionariedade de escolha» permite optar por uma entre várias condutas positivas possíveis, quer elas se encontrem preditas em alternativa na norma («discricionariedade optativa»), quer o legislador se limite a estabelecer um núcleo mínimo identificador do gênero de medida, deixando ao executor a invenção do conteúdo completo do acto («discricionariedade criativa»). A «discricionariedade optativa» pode consistir, designadamente, na faculdade de escolher uma entre várias pessoas a partida concebíveis como destinatárias do acto.

A «discricionariedade de decisão» e a «discricionariedade de escolha» formam, em conjunto, aquilo que habitualmente se designa na doutrina germânica por «discricionariedade de efeitos jurídicos» (Rechtsfolgeermessen)”.

⁵² AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 134.

Alfredo Gallego Anabitate⁵³ faz a distinção entre a discricionariedade de atuação e a discricionariedade de juízo no sentido de que somente a primeira é uma verdadeira discricionariedade, como liberdade de ação, que opera no campo do volitivo, enquanto que a segunda não é uma verdadeira discricionariedade, mas sim uma função de interpretação e de entendimento de conceitos e princípios que, conquanto concedam certa liberdade, é fundamentalmente um processo intelectual submetido ao rigor lógico e sujeito às regras da sana crítica. Entende o autor que não há discricionariedade quando o administrador tem de valorar ponderadamente as circunstâncias, ou seja, de forma racional e lógica, respeitando a igualdade. Para ele, apenas existe discricionariedade quando há liberdade de eleição sem estar vinculada ou regrada à lógica, ao razoável, à sana crítica etc. O autor propõe as expressões “discricionariedade de decisão” e “discricionariedade de eleição”.

Para não se prolongar por demais, termina-se citando Cecilio Gómez Cabrera,⁵⁴ para o qual apenas a discricionariedade de atuação é verdadeiramente discricionariedade; e que a denominada discricionariedade de eleição ou de juízo não é uma autêntica discricionariedade. Afirma que esta possui um trabalho de apreciação intelectual que, em última instância, corresponde sempre ao juiz, e não à Administração. Ademais, infere que a discricionariedade se manifesta nas consequências jurídicas da norma, nunca na hipótese, porque aquelas se integram sempre por conceitos, cuja interpretação e aplicação é um processo lógico, pelo qual sua fiscalização compete sempre, como ocorre com qualquer aplicação das normas, ao Poder Judicial.

Não é tal distinção, no entanto, unânime na doutrina. António Francisco de Sousa,⁵⁵ por exemplo, ensina que o emprego da expressão “discricionariedade administrativa” para se referir a dois fenômenos ou tipos de discricionariedade parece impróprio. Para o autor, ou o conceito discricionariedade é reservado ao livre, mas necessariamente limitado, espaço de decisão, ou à livre opção entre várias condutas (juridicamente) igualmente possíveis. E recusa-se a aceitar tal separação, a qual enfatiza ser majoritariamente aceita. Prefere indicar *apreciação e liberdade de escolha*, cuja primeira está vinculada e a segunda é livre.

5 Tipos de decisões discricionais

Como já mencionado, Ronald Dworkin⁵⁶ sustenta que a discricionariedade é um espaço livre no qual as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente

⁵³ GALLEGO ANABITRATE, Alfredo. *Derecho general de organización*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971. p. 259.

⁵⁴ GÓMEZ CABRERA, Cecilio. *La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 11-12.

⁵⁵ SOUSA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 273.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999. p. 31-39; 84-85.

superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto e, nessa perspectiva, distingue três sentidos de discricionariedade, dois fracos e um forte.⁵⁷ O primeiro sentido fraco faz referência a que os critérios que guiem a conduta do aplicador não sejam suscetíveis de uma aplicação mecânica, mas sim que exijam uma operação de discernimento. Isso significa que, quando o superior hierárquico determina a realização de determinada tarefa expressando critérios orientadores (cautela, atenção etc.), tal ordem não permitirá uma aplicação mecânica, mas obrigará o inferior hierárquico a realizar a tarefa com base nos critérios previamente definidos. Essa margem de ajuizamento ou discernimento para a aplicação da ordem que não admite colocar em prática algo de tipo mecânico é o que caracteriza essa discricionariedade fraca. Outro sentido da discricionariedade fraca faz referência ao aplicador da ordem, o qual tem de tomar uma decisão definitiva em atinência a determinado assunto, de tal forma que essa decisão não possa ser revisada nem anulada, posteriormente, por outra. A decisão não é revisável nem suscetível de controle sucessivamente. A discricionariedade é, nesse sentido, a margem de decisão com caráter concluinte.⁵⁸ E, finalmente, trata da discricionariedade forte, utilizada pelo autor para se referir aos casos em que a autoridade ou a norma atribua ao aplicador da ordem uma margem de decisão sem estabelecer nenhum tipo de critério que guie sua conduta, de tal modo que o aplicador não estará vinculado a nenhuma ordem ou pauta de conduta. É o caso do superior que solicita algo do inferior sob a preferência deste.⁵⁹ Ou seja, enquanto na discricionariedade forte, o aplicador cria seus próprios critérios de atuação; na fraca, este está vinculado a *standards* fixados pela fonte da ordem (norma ou autoridade), contando tão apenas com uma margem de discernimento para a aplicação de dito critério.⁶⁰

⁵⁷ Eva Desdentado Daroca (DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 52) adota a terminologia de discricionariedade forte, mas prefere outra terminologia para a discricionariedade fraca, denominando-a discricionariedade instrumental.

⁵⁸ Segundo Roger Shiner (SHINER, Roger. *Norm and nature: the movements of legal thought*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 32), a discricionariedade fraca depende da relação estrutural entre *standards* autorizativos preexistentes e a decisão que deve ser tomada no caso concreto. Além de depender das dificuldades para compreender o curso de ação requerido por estes *standards*. Essa se diferencia por um certo aspecto da discricionariedade mecânica ou discricionariedade de rotina. Esta, a diferença da anterior, produz-se naqueles casos em que não existe nenhum problema epistêmico relevante para determinar a solução jurídica prevista.

⁵⁹ Robert E. Goodin (GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986. p. 235), ao falar da concepção de Ronald Dworkin sobre discricionariedade forte, revela que, mesmo que muitas vezes seja definida pela ausência de qualquer norma, para o autor, essa concepção é incorreta e explica: “discretionary power is power exercised under some rule”.

⁶⁰ A análise de Ronald Dworkin sobre a discricionariedade foi feita a partir de um debate sobre como os juízes decidem ou deveriam decidir os casos difíceis. O que ele desejava demonstrar é que, em certas situações, os juízes não possuem discricionariedade, que sempre haverá uma norma jurídica aplicável ao caso. Denis J. Galligan (GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 32) argumenta que a metáfora de Ronald Dworkin, enganosamente, pode dar a impressão de uma clara divisão entre a discricionariedade e as normas que a envolvem, pois é difícil discernir se estas últimas possuem vazios ou são vagas, abstratas ou em conflito.

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

É importante, todavia, ter em conta que, ao optar-se por critérios, far-se-ão também operações de estabelecimento de subcritérios, de ponderação de interesses e fatores em conflito, assim como de atribuição de pesos relativos. Isso significa que, na discricionariedade forte, o aplicador deve estabelecer uma série de critérios de decisão segundo uma margem ampla de liberdade; e, na discricionariedade fraca, o aplicador tem um âmbito de decisão muito mais restrito pela presença de um critério vago ou não que há de reger sua atuação; mas para a aplicação desse critério vago precisará realizar uma operação de estabelecimento de subcritérios que responderão ao primeiro critério, o amplo, estabelecido pela ordem ou comando. Por isso, afirma-se que, na discricionariedade forte, o aplicador, além de operar discricionariamente, tem a discricionariedade; e, na discricionariedade fraca, o aplicador, ainda que opere discricionariamente, não tem discricionariedade. Isto é, em ambos os casos (discricionariedade forte ou fraca), seja estabelecendo critérios de decisão dentro de uma margem ampla de liberdade ou subcritérios que responderão aos critérios previamente estabelecidos, estar-se-á operando com apreciatividade.

Alternativamente à tipologia de Ronald Dworkin (discricionariedade forte e fraca), Keith Hawkins,⁶¹ tomando como ponto de partida a forma da tomada de decisão, fala de discricionariedade por adjudicação e discricionariedade por negociação. Para o autor, as primeiras são aquelas em que quem toma a decisão estará em uma posição de decidir acerca de um assunto qualquer. Já as segundas são tomadas pelas pessoas que decidem as que se veem afetadas pela decisão, inclusive depois de ser homologada ou adjudicada por outra pessoa.

Robert E. Goodin⁶² sugeriu dois pares mais de definições que contrastam, ainda, com sua própria variante da distinção entre forte-fraca. Primeiro, pode-se definir que os agentes possuem discricionariedade formal quando as opções estão explicitamente escritas em uma norma. Quando a linguagem é vaga e as opções estão mais que implícitas na declaração de uma norma, salienta o autor, que a

⁶¹ HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁶² GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986. p. 234-235.

discrição será informal. Em segundo lugar, agentes cujas decisões estão sujeitas à revisão e possível revogação por outro agente possuem *provisional discretion*, enquanto que aqueles cujas decisões não estão sujeitas à revisão, pode-se dizer que detêm *ultimate discretion*. O autor ainda aduz que quando um oficial possui “formal, strong ultimate discretion as being a situation in which he has ‘complete’ discretion in the matter”.

Michael K. Brown⁶³ exprime-se quanto a dois outros tipos de decisões discricionais, a processual e a material (*procedural and substantive*). As decisões processuais são aquelas que estruturam o contexto administrativo da discricionariedade. Incluem-se as decisões para criar unidades de especialização para implementação de programas, as formulações de normas e procedimentos para guiar a discricionariedade administrativa, as decisões orçamentárias e inclusive decisões sobre os procedimentos de formação e treinamentos. Ou seja, são as decisões de organização estrutural e de regras dos programas. As decisões materiais podem ser categorizadas como de asignação de recursos (*allocative*) ou de regulamentação (*regulatory*). As decisões alocativas imprimem consequências nas distribuições e determinam o nível de serviços entre os grupos, classes e áreas geográficas. As decisões reguladoras referem-se à aplicação de uma regra ou lei e consistem em duas opções principais: a decisão de intervir em um conjunto particular de circunstâncias e a decisão de que ação tomar, ou seja, se, para resolver o assunto, precisar-se-á de uma maneira formal, fazê-lo por meio de uma ação judicial ou por meio de uma resolução informal.

Nesse mesmo sentido, Aitor Orena Domínguez⁶⁴ trata de uma discricionariedade de decisão e de trâmite, sendo a primeira “aquellos supuestos de actos definitivos que resuelven” e as segundas “aquellos actos no definitivos que se encuentran en los procedimientos [...] y que, a diferencia de los anteriores, no resuelven”, e Salvatore Piraino⁶⁵ distingue a discricionariedade do procedimento da discricionariedade do iter:

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

⁶³ BROWN, Michael K. *Working the street: police discretion and the dilemmas of reform*. New York: Russell Sage Foundation, 1988. p. 25.

⁶⁴ ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. *Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006. p. 38.

⁶⁵ PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 154.

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

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

6 Modalidades discricionais

Há quem classifique a discricionariedade em uma série de hipóteses-tipo. A modo de exemplificação, pois são muitas as classificações, podem-se citar alguns autores, como Miguel Sánchez Morón,⁶⁶ que fala em discricionariedade regulamentadora, discricionariedade de planejamento, discricionariedade de iniciativa, discricionariedade política *stricto sensu*, discricionariedade técnica, discricionariedade tática e discricionariedade de gestão. César David Ciriano Vela,⁶⁷ tratando especificamente sobre a Administração econômica, individua a discricionariedade política, discricionariedade normativa, discricionariedade de planificação, discricionariedade promocional, discricionariedade na iniciativa econômica, discricionariedade de privatização, discricionariedade autorizadora, discricionariedade inspetora e sancionadora, discricionariedade organizativa e discricionariedade convencional. Por fim, para não se estender muito, vale a pena indicar Mario Sinopoli,⁶⁸ o qual afirma ser lícito tratar “di discrezionalità pura, di discrezionalità funzionale, di discrezionalità tecnica, persino di discrezionalità ‘positiva’ o ‘negativa’ [...]”.

⁶⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 121-131.

⁶⁷ CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 258 e ss.

⁶⁸ SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. *Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 69.

É certo que tais tipos de classificações são necessários, mas quiçá seja mais correto asseverar que é exatamente essa quantidade de hipóteses-tipo que traz problemas à já complicada noção de discricionariedade. A discricionariedade sem um adjetivo indica conceitos similares. Assim, a utilização do substantivo *discricionariedade* apresenta a necessidade de referir-se a algo específico e deve ir acompanhada de um adjetivo.⁶⁹ Sobre tal problemática, Hans Julius Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober⁷⁰ afirmam que: “dada a abertura e a polissemia do conceito de discricionariedade, não existe um tipo único de discricionariedade. Pelo contrário, existem diferentes formas de discricionariedade, que exigem um tratamento diferenciado”.

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

Conclusões

Encarando parte da doutrina aceita quanto ao assunto, e tendo em conta seu argumento *ab auctoritate*, defende-se que a discricionariedade administrativa possui diferentes pontos de vistas na doutrina, sendo caracterizada, portanto, por uma grande equivocidade e por possuir plurissignificações.

Toda a doutrina coincide ao afirmar a existência de uma margem de manobra, de um âmbito de eleição entre indiferentes jurídicos, no qual a Administração pode escolher entre diversas alternativas ou opções, elegendo a que lhe pareça mais conveniente em função de um critério ou princípio chamado de conveniência e oportunidade, bem como realizando, por conseguinte, dita eleição mediante uma apreciação de valores singulares. O que se altera entre cada um dos grupos são suas concepções. A corrente maximalista defende o alargamento do conceito de discricionariedade e o aproveitamento de seu regime para figuras que, tradicionalmente, estão excluídas de seu âmbito. A corrente minimalista defende que a decisão discricional é aquela

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

⁷⁰ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 463. v. 1.

que se adota entre várias igualmente válidas para o direito, mas só verdadeiramente tem discricionariedade quando os critérios são políticos e não jurídicos. E, por fim, a corrente intermediária, que, como a minimalista, entende que a discricionariedade deriva da eleição em conteúdos alternativos válidos e concebe que tal opção deve ser realizada através da apreciação e ponderação dos fatos e interesses, além de fazer uma harmonização de diversos interesses públicos e privados subjacentes à situação concreta.

Com a finalidade de aproximar-se do que é uma proposta de definição eclética, acolhedora das diferentes concepções em circulação, desenvolveu-se uma definição de discricionariedade tentando dar-lhe uma abordagem mais conceitual, mas sem ouvir outros elementos como sua localização dentro dos componentes lógico-estruturais.

Desse modo, entende-se que a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Assim, dessa conceitualização, podem-se extrair três elementos essenciais – próprios do instituto: volitivo, já que é a margem de liberdade, autonomia ou volição para eleger entre atuar ou não e, elegendo por atuar, qual consequência da norma adotar entre disposições oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente; subjetivo, pois somente à Administração Pública (ente, órgão ou agente) se confere tal margem; e formal, derivado de uma atribuição voluntária, intencional e expressa do legislador, resultado consciente de uma concessão, remissão ou delegação que o legislador faz em favor de uma autoridade determinada por meio unicamente da norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito. Além desses elementos essenciais, tem também um elemento que se poderia chamar de objetivo, onipresente em toda Administração Pública, que é o dever de atenção aos interesses públicos que podem ser gerais, derivados da intersecção da ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e licitude), entendido como aquele que é canalizado por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceitos e por uma moral; ou específicos, encontrados na intersecção da ordem juspolítica-moral (interesses públicos gerais), definidos pela Constituição e objeto de concretização pelas normas jurídicas e, no marco destas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos.

Visiting the definition of administrative discretion

Abstract: The performance of Public Administration from the classical doctrine has always found limitations in its performance because of the Legality Principle corollary today much more evolved. In order to explain the various ways in which the administration can express their will, it is revealed productive distinguish and classify the different orders issued because of the state administrative activity. This is because all form of

subjectivity, included here administrative discretion, produces effects that can be questioned in different spheres of activity due to the unilateral exercise of command. Furthermore, it is a matter of recognizing the historical construction conducted by other scholars over time because of the difficulty to sit a broad conception of the subject.

Keywords: Administrative discretion. Public administration. Subjectivity. State action.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. O ordenamento jurídico administrativo português. In: ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DE BRAGA. *Contencioso administrativo: breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga*. Braga: Livraria Cruz, 1986.
- AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.
- BENVENUTI, Luigi. *La discrezionalità amministrativa*. Padova: Cedam, 1986.
- BIX, Brian. *Law, language, and legal determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- BRAIBANT, Guy. *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (colloque du 05 mars 1977)*. Paris: Cujas, 1978.
- BROWN, Michael K. *Working the street: police discretion and the dilemmas of reform*. New York: Russell Sage Foundation, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Madrid: Lex Nova, 2000.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Hardcover: Greenwood Pub Group, 1969.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Traducción de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. Das Verwaltungshandeln. In: ERICHSEN, Hans Uwe; MARTENS, Wolfgang. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1979.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad y jurisdicción revisora. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 2, p. 285-289, jul./sep. 1974.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad. In: MONTOYA MELGAS, Alfredo. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995.
- FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München: Beck, 1954.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GALLEGO ANABITRATE, Alfredo. *Derecho general de organización*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.
- GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- GASPARRI, Pietro. *Corso di diritto amministrativo*. Bologna: C. Zuffi, 1953.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939.
- GÓMEZ CABRERA, Cecilio. *La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, summer, 1986.
- GREENAWALT, Kent. Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind judges. *Columbia Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 359-399, mar. 1975.
- GUILLIEN, Raymond; VICENT, Jean. *Termes juridiques*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1995.
- HANDLER, Joel F. Discretion: power, quiescence, and trust. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- HART, Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. Westbury: Foundation Press, 1994.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.
- HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

- HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates. In: KIRCHHEIMER, Otto. *Demokratie und Rechtsstaat (Festgabe für Zaccaria Giacometti)*. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1953.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre)*. Granada: Comares, 2002.
- LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1974.
- LÓPEZ MENUDO, F. El control judicial de la Administración en la Constitución española. In: HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo; GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (Coord.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas, 1996.
- MAURER, Hartmut. *Manuel de droit administratif allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht)*. 2. ed. Traducción de Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NAGEL, M. V.; ROURKE, F. Bureaucracies. In: GREENSTEIN, F. I.; POLSBY, N. W. (Ed.). *Handbook of political science*. Reading: Addison-Wesley, 1975.
- NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 14, n. 44, p. 147-162, maio/ago. 1964.
- ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. *Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1960.
- PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990.
- PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- RUIZ OJEDA, Alberto Luis. Hermenéutica y narrativismo jurídico: Una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos. *Thémata: Revista de filosofía*, Sevilla, año 18, n. 27, p. 101-121, jul./dez. 2001.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.
- SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991.
- SCOTTO, Ignazio. *Diritto amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- SHINER, Roger. *Norm and nature: the movements of legal thought*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- SINOPOLI, Mario. I limiti della discrezionalità amministrativa. In: TARANTINO, Antonio. *Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali*. Milano: Giuffrè, 1981.
- SMITH, G. Discretionary decision-making in social work. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (Ed.). *Discretion and welfare*. London: Heinemann, 1981.

- SOUSA, António Francisco de. *A discricionariiedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.
- STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariiedade positiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006.
- VENEZIA, Jean-Claude. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris: LGDJ, 1959.
- VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: atti e ricorsi*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 2.
- WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Sirey, 1956.
- WILKINS, J. T. The political economy of administrative discretion. In: ADLER, M.; ASQUITH, S. (Ed.). *Discretion and welfare*. London: Heinemann, 1981.
- WILSON, J. Q. *Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André. Visitando a definição de discricionariiedade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016.

Recebido em: 03.02.2015

Aprovado em: 06.06.2016