

Alguns delineamentos dogmáticos contemporâneos da discricionariedade administrativa: possíveis contribuições do direito português à experiência brasileira

Thiago Lins Monteiro

Doutorando em Direito Público (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Regulação Pública pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Cedipre) da Universidade de Coimbra. Certificado em Metodologia Jurídica pela Universidade de Cambridge. Visiting Researcher na King's College London (Universidade de Londres). Visiting Fellow no British Institute of International and Comparative Law. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

Resumo: Num cenário de avanço da não contenção judicial nas decisões administrativas discricionárias tomadas pelos representantes democráticos, faz-se mister um retorno à análise do instituto da discricionariedade administrativa, em especial a partir de teorias que, embora desenvolvidas na dogmática portuguesa contemporânea, apresentam-se plenamente aplicáveis e extremamente proveitosas à realidade brasileira.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Estrutura da norma. Possibilidades ao administrador público.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo na maior parte dos estados democráticos de direito se fundamenta, entre outros pilares, no princípio da separação de poderes, cujas origens mais robustas remontam às obras de John Locke e Montesquieu. A partir desta baliza, há o reconhecimento de que se faz mister a cisão do poder estatal, não apenas por um aspecto organizacional, mas especialmente como forma de tutela dos direitos fundamentais.

Dentro desse quadro de otimização relacional entre os poderes, o princípio da separação de poderes também orientará as relações entre o Poder Executivo, que visa à prossecução dos interesses públicos, e o Poder Judiciário, cuja atividade tipicamente jurisdicional assegura que a realização dos fins públicos pela administração pública¹ se desenvolva em harmonia com a pauta de valores constitucionalmente consagrada.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988 havia um processo de ascensão constitucional, cujos benefícios se apresentam inegáveis tanto para o aperfeiçoamento das instituições democráticas como para a promoção e tutela dos direitos fundamentais.

Ocorre que, mais recentemente, o Poder Judiciário brasileiro parece caminhar, cada vez mais, para uma postura assumida de não contenção judicial (*non judicial self restraint*) face às decisões democráticas do Poder Executivo². E, assim, episódios até então esporádicos de ingerência judicial nas deliberações públicas, sob a bandeira da proteção dos direitos fundamentais, já se tornam parte da rotina forense.³

Essa constante incisão na substância das decisões administrativas produz fraturas na harmonia institucional propugnada pelo princípio da separação de poderes, notadamente influenciando em institutos caros à administração pública, como a discricionariedade administrativa, compreendida como espaço de alternativas conferido normativamente ao administrador público.

Assim, visando retomar os principais delineamentos do instituto da discricionariedade administrativa, é que o presente estudo procede a uma abordagem de linha doutrinária mais recente — desenvolvida no direito português — que busca identificar as diversas formas de manifestação da discricionariedade administrativa a partir da análise da estrutura da norma.

Tal perspectiva se apresenta assaz interessante e plenamente aplicável à realidade brasileira, na medida em que amplia a percepção do operador do direito — especialmente julgadores — acerca da identificação de espaços normativos de decisão exclusivamente administrativa, bem como efetivamente demonstra que a discricionariedade administrativa não decorre de arbítrios administrativos, mas se fundamenta na própria Constituição e em normas outras aprovadas pelas maiorias democraticamente eleitas.

2 A DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a despeito de apresentar-se como um dos institutos de maior relevância na seara do direito público, ainda se conforma assaz controversa a conceituação da discricionariedade administrativa, que não encontra aceção unânime na doutrina ou na jurisprudência.⁴

¹ No presente estudo, utilizar-se-á o termo “Administração Pública” no sentido subjetivo, consubstanciando as pessoas jurídicas, órgãos e agentes que exercem a função administrativa, e o termo “administração pública” no sentido objetivo, identificando o conjunto de atividades que conformam a própria função administrativa. Partindo de mesma distinção dogmática, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54.

² Evidenciando que no final do século XX e início do século XXI se constata no Brasil o alargamento do controle jurisdicional da atividade administrativa mediante a ampliação dos limites à discricionariedade, sob o fundamento constitucional de promoção dos direitos fundamentais, cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 200-201. Para quem a tendência garantística acerca do instituto da discricionariedade domina a elaboração científica no direito administrativo europeu, fenômeno este relacionado à construção jurisdicional do direito administrativo (v.g., na França), à aversão a sistemas políticos autoritários passados (e.g., na Alemanha) e a própria “compreensão colectiva” que se cultiva numa comunidade científica (v.g., a experiência espanhola da denominada “geração da RAP”), cf. 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. 459.

³ Evidenciando este fenômeno a partir de perspectiva mais ampla, como um movimento comum às Constituições do século XX e conformado pela constitucionalização do direito administrativo, que acena — entre outros aspectos — para a progressiva preocupação no desenvolvimento das “garantias dos particulares perante a administração”, cf. MOREIRA, Vital. *Constituição e direito administrativo (a “Constituição administrativa” portuguesa)*. In: *Ab vno ad omnes — 75 anos da Coimbra editora: 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1.142-1.143.

⁴ Nesse contexto, evidenciando a dificuldade doutrinária em encontrar um conceito unívoco de discricionariedade administrativa, bem como a

Nada obstante, é possível assentar que tradicionalmente a doutrina portuguesa identifica na discricionariedade a faculdade de escolha da Administração Pública, conferida pelo legislador, com vistas à satisfação de necessidades públicas. Trata-se, portanto, de espaço de liberdade administrativa decisional, baseado no ordenamento jurídico, que admite diversas soluções diante do caso concreto.⁵

Em lições mais recentes, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008) adotam a acepção de “margem de livre decisão”, para consubstanciar o espaço de liberdade atribuído pelo legislador ao administrador público e, portanto, fundado no princípio da juridicidade ou no bloco de legalidade.⁶

A margem de livre decisão sempre se fundamenta em lei e apresenta, por consequência, a impossibilidade de substituição do juízo administrativo pela via jurisdicional. É que, embora o crivo judicial, sob o parâmetro do bloco de legalidade, possa adentrar o exame das vinculações normativas, há de respeitar-se o denominado mérito administrativo, consubstanciado pela oportunidade (a atuação administrativa é útil ao interesse público definido na lei) e conveniência da decisão administrativa (a atuação administrativa é útil ao interesse público definido na lei face aos demais interesses envolvidos no caso concreto).⁷

Ainda segundo os referidos doutrinadores, esse instituto da margem de livre decisão cinge-se nas espécies da “discricionariedade” e “margem de livre apreciação”.⁸

A discricionariedade se apresenta como liberdade de ação administrativa atribuída pela lei, que confere diversas alternativas admissíveis juridicamente, notadamente ligadas (i) à decisão de agir ou não agir (também denominada “discricionariedade de ação”), (ii) à decisão entre diversas possibilidades de atuação predefinidas na lei (“discricionariedade de escolha”), ou (iii) à criação da medida administrativa dentro dos critérios jurídicos aplicáveis (“discricionariedade criativa”).⁹

Já a **margem de livre apreciação** se conforma nos casos em que o legislador confere à Administração Pública uma liberdade de agir, que decorre da apreciação de situações de fato que subjazem às decisões. Trata-se de situação intimamente relacionada ao manejo de conceitos indeterminados¹⁰ na previsão da norma habilitante da atuação administrativa. Assim, conforme a maior ou menor determinação conceitual, apresenta-se possível que reste presente a margem de livre apreciação administrativa, notadamente nos casos em que não haja uma única solução juridicamente possível no caso concreto, ou ao menos haja dúvidas acerca da solução mais adequada.¹¹

ausência de delineamento do instituto em previsão legal que, por vezes, cinge-se a expor os limites de exercício da discricionariedade, cf. SOUSA, António Francisco de. *Direito administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009. p. 372.

⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra Ed., 1944. p. 263. Também, cf. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 214-215. Ainda, cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 157. Na mesma linha de entendimento, inclusive evidenciando que a discricionariedade administrativa não se apresenta como exceção ao princípio da legalidade, cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 312-313. Em posição semelhante, todavia, concebendo a discricionariedade como um “poder-dever jurídico”, não como um exercício de liberdade, cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, p. 82.

⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*. 3. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008. t. 1, p. 180.

⁷ SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 182.

⁸ *Ibidem*, p. 184.

⁹ Evidenciando que estas diferentes manifestações de discricionariedade pressupõem sempre um exercício de interpretação da norma que habilita o administrador público a agir, a fim de aferir se há efetivamente uma liberdade para agir ou, ao revés, uma vinculatividade, cf. SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 184-185.

¹⁰ É certo que a margem de livre apreciação pode decorrer não de “conceitos indeterminados”, mas do estabelecimento de “tipos” na norma habilitante da atuação administrativa. Entretanto, tendo em vista o uso arraigado da noção de conceito indeterminado para representar tal fenômeno, não se aprofundará o debate. No mesmo sentido, cf. SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 187.

¹¹ Com este mesmo entendimento, ressaltando que a margem de livre apreciação administrativa pode decorrer, outrossim, de situações em que há “liberdade probatória” ou “liberdade avaliativa”, como concursos de provimento de função pública, avaliação de aptidão de funcionários, entre outros, cf. SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 187-193. Em posição semelhante, superando entendimento manifestado anteriormente e aderindo à

Em posição semelhante, Correia (1987, p. 480) parte da acepção tradicional de discricionariedade administrativa como atribuição legislativa de espaço decisório ao administrador público, acrescentando, todavia, o mister de ponderação de interesses à luz do caso concreto como inerente a todo exercício de discricionariedade administrativa. É que a norma habilitante da competência administrativa discricionária impõe ao administrador público comparar e valorar todos os interesses públicos e privados subjacentes à decisão, hierarquizando-os à luz do interesse público específico em jogo.¹²

Nesse contexto, Correia (1987, p. 480) apresenta as seguintes categorias: (i) a discricionariedade quanto aos pressupostos, (ii) a discricionariedade de decisão, (iii) a discricionariedade de escolha optativa e (iv) a discricionariedade de escolha criativa.

A **discricionariedade quanto aos pressupostos** se conforma com abertura da norma, que faculta ao administrador crescer aos pressupostos legalmente delineados outros, que se apresentem indispensáveis para formar um conjunto de pressupostos aptos a conferir um sentido à decisão.¹³

A **discricionariedade de decisão** se apresenta nos casos em que o administrador público tem a faculdade de produzir, ou não, os efeitos estabelecidos pela norma no caso concreto, ou seja, há a liberdade de escolha entre atuar visando à produção de efeitos delineados na norma, ou não atuar evitando a produção de tais efeitos.¹⁴

A **discricionariedade de escolha** se divide na “discricionariedade de escolha optativa” e “discricionariedade de escolha criativa”.¹⁵ No que tange à discricionariedade de escolha optativa, conforma-se quando o legislador confere ao administrador público a possibilidade de optar por uma entre várias alternativas positivas possíveis e preestabelecidas na norma. Por outro lado, na discricionariedade de escolha criativa há a liberdade de opção entre várias alternativas positivas possíveis, mas essa alternatividade decorre de um “núcleo mínimo identificador do gênero da medida”, que viabiliza ao administrador o exercício de parcela criativa na conformação do conteúdo do ato.¹⁶

Sem embargo da relevância dogmática da identificação de diferentes categorias de discricionariedade administrativa, mais recentemente o direito português apresenta construção teórica que se propõe à conformação de parâmetros mais seguros e aptos a identificar os espaços de livre decisão do administrador público, notadamente a partir da análise da própria estrutura das normas.¹⁷

linha doutrinária que sustenta a possibilidade de os conceitos indeterminados poderem ensejar, ou não, atribuição legislativa de discricionariedade ao administrador público, cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, p. 107-108.

¹² CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 480. Em posição semelhante, identificando a ponderação como operação intelectual própria dos casos em que o administrador público decide discricionariamente, cf. 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. 587. Na doutrina italiana, compreendendo como um dos elementos da discricionariedade administrativa a ponderação comparativa entre interesses secundários à luz do interesse primário, cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 48-51. No mesmo sentido, assenta que a discricionariedade administrativa importa sempre uma valorização e ponderação de interesses, cf. SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989. v. 1, p. 593. Na doutrina alemã, em posição semelhante, cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Principes de base d'une réforme du droit administratif (partie 1). *Revue Française de Droit Administratif*, v. 24, n. 3, p. 427-448, 466, maio/jun. 2008. No mesmo sentido, cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Tradução de Javier Barnés Vázquez et al. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 224.

¹³ Ressalte-se que esta categoria não se confunde com a identificação de conceitos indeterminados como pressupostos de atos administrativos, cf. CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 322-323.

¹⁴ CORREIA, 1987, *op. cit.*, p. 479.

¹⁵ Evidenciando que as categorias ínsitas à discricionariedade de escolha conformam o instituto denominado tradicionalmente pela doutrina germânica de “discricionariedade de efeitos jurídicos”, cf. CORREIA, 1987, *op. cit.*, p. 480.

¹⁶ CORREIA, 1987, *op. cit.*, p. 479.

¹⁷ É de ressaltar-se que o reconhecimento da discricionariedade administrativa como fenômeno normativo que justifica sua análise a partir da estrutura da norma pode ser encontrado em certas passagens da doutrina brasileira. Entretanto, a despeito de algumas referências, não se encontram

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS NORMAS JURÍDICAS EM ABSTRATO

3.1 A noção de discricionariedade administrativa a partir da estrutura da norma

Inicialmente, cumpre salientar que a análise da discricionariedade administrativa sob o ângulo da estrutura das normas assume importância na medida em que, como referido, desde as influências kelsenianas o fenômeno discricional se fundamenta e decorre de uma norma que estabelece um espaço de liberdade decisória ao administrador público¹⁸. Assim, como instituto que se conforma baseado na norma, nada mais adequado que partir da análise da própria norma.¹⁹

Para esta análise, cumpre delinear a noção de discricionariedade que assume aqui o sentido mais amplo, como toda situação jurídico-administrativa decorrente da norma que confira à Administração Pública a possibilidade de escolha entre várias alternativas.²⁰

Assim, compreendida a acepção adotada de discricionariedade administrativa, há de notar-se que esta situação de atribuição de escolha entre alternativas ao administrador público pode decorrer direta e explicitamente do texto da norma, uma vez já superados os problemas de linguagem e interpretação, ou mesmo resultar da própria incerteza da linguagem, que venha a conferir diversas opções ao decisor. Exsurgem, pois, diferentes categorias de discricionariedade administrativa que hão de ser adequadamente identificadas e delineadas, conforme se passa a expor.

3.2 As normas atributivas de discricionariedade administrativa: uma categorização possível

Como referido, é possível distinguir a discricionariedade administrativa em dois grandes grupos, quais sejam, a discricionariedade decorrente de alternativas normativas e a discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas.

A discricionariedade decorrente de alternativas normativas se apresenta como a atribuição de escolha entre alternativas apresentadas ao administrador público que decorre diretamente da própria norma, já interpretada e despida de problemas de linguagem.

estudos mais aprofundados sobre o assunto. Apenas referindo-se genericamente à existência de abordagem dogmática da discricionariedade a partir da estrutura da norma jurídica, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 78-79.

¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, p. 87. Ainda, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 377. Neste sentido, entendendo superada a concepção de discricionariedade como resquício do Estado de Polícia, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Lisboa: Danúbio, 1982. p. 176.

¹⁹ DUARTE, David. A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça. In: PORTUGAL. *Provedoria de Justiça. O Provedor de Justiça – novos estudos*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2008. p. 36.

²⁰ Na doutrina francesa, identificando a discricionariedade como o poder de escolher entre dois ou mais comportamentos “igualmente conformes à legalidade”, cf. CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 1.056. Na doutrina portuguesa, cf. DUARTE, David, 2008, *op. cit.*, p. 36. Na doutrina britânica, na mesma linha de entendimento, cf. ENDYCOTT, Timothy. *Administrative law*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 230. Na doutrina brasileira, para quem se o manejo da fórmula ampla insculpida pelo legislador à luz da situação fática conduz ao mister de escolha entre soluções igualmente válidas, há discricionariedade, cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 114. Em posição semelhante, evidenciando a discricionariedade como fenômeno decorrente de disciplina legislativa que impõe ao administrador público a busca pela solução ponderada à luz das circunstâncias do caso concreto, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

Trata-se de situações em que o enunciado normativo²¹ estabelece expressamente e de forma direta as alternativas possíveis, *v.g.*, quando a norma apresenta efeitos alternativos disjuntivos na estatuição²². Assim, uma norma que estabeleça que, verificando-se certas condições, a Administração Pública deve escolher entre as alternativas “A” ou “B”, conforma um caso de **discricionariedade decorrente de alternativas normativas**.²³

De outra banda, é possível também que haja uma situação de escolha entre alternativas ao administrador público que decorra, não de disposição expressa da norma, mas sim da forma como a linguagem é utilizada no texto da norma, conformando-se a denominada **discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas**.

Trata-se de situações em que as alternativas resultam da incerteza da linguagem utilizada na redação do texto normativo, é dizer, as alternativas decorrentes da norma resultam de uma incerteza semântica.²⁴

Assim, *v.g.*, uma norma urbanística que veda a aposição de *outdoors* em determinados espaços públicos confere à Administração Pública um espaço de liberdade na definição do que se compreenda por *outdoor*, ensejando opções no concernente à aplicação, ou não, da norma.

Tendo em vista a complexidade da temática, passa-se a expor as nuances de cada uma destas categorias de discricionariedade administrativa.

3.3 A discricionariedade decorrente de alternativas normativas

3.3.1 Premissas necessárias à análise da estrutura das normas

Antes de adentrar a análise das categorias inerentes à discricionariedade administrativa, faz-se mister inculpir certas noções básicas à compreensão da estrutura das normas. A estrutura das normas compreende três elementos, quais sejam, a previsão, o operador deôntico e a estatuição.

Na **previsão** se estabelece a hipótese de aplicação da norma, ou seja, definem-se as condições que hão de estar presentes para que a norma incida e seus efeitos se produzam. Já a **estatuição** representa os efeitos jurídicos advindos da incidência da norma, é dizer, do preenchimento da previsão normativa. E, por fim, o chamado **operador deôntico** consagra um tipo de “dever ser”, que atrela a previsão à estatuição da norma, estabelecendo que caso haja a previsão, produzem-se os efeitos da estatuição.²⁵

Assim, a estrutura da norma compreendida por estes três elementos pode, *v.g.*, apresentar-se da seguinte forma: “nos procedimentos administrativos disciplinares (a) deve (I) a autoridade superior intimar o interessado para audiência antes da decisão final (b)”.

²¹ É de ressaltar-se que o enunciado normativo não se confunde com a norma. Assim, as normas são os sentidos construídos a partir dos textos ou enunciados normativos, sendo possível assentar que os enunciados normativos se apresentam como o objeto da interpretação, enquanto as normas, o seu resultado. Neste sentido, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 22.

²² A estatuição pode ser compreendida, basicamente, como a consequência jurídica decorrente do enquadramento do pressuposto fático ao tipo legal, é dizer, à previsão normativa. Cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 152.

²³ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 43.

²⁴ aprofundamento dessas categorias será desenvolvido ao longo do estudo.

²⁵ 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. 76-86. No mesmo sentido, evidenciando que as normas jurídicas se estruturam por dois “membros”, o tipo e a consequência jurídica, que se relacionam no “esquema se-então”, de sorte que “se” uma situação da realidade fenomênica se enquadra no tipo, “então” se produz a consequência jurídica, cf. MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 45-46.

Nesse comando normativo, há a previsão da norma (*a*), que determina os casos de sua aplicação, quais sejam as situações de instauração de procedimentos administrativos disciplinares, bem como o operador deôntico (*I*) “deve” e, por fim, a estatuição (*b*) determinando à autoridade superior que intime o interessado para a audiência antes da decisão administrativa final.

Com efeito, a referida norma pode ser apresentada da seguinte forma: *a I b*.

Como se pode notar, o operador deôntico se apresenta essencial na determinação da natureza da norma, que poderá ser permissiva (operador deôntico “pode”: *a P b*), impositiva (operador deôntico “deve”: *a I b*) ou proibitiva (operador deôntico “não pode”: *a Pr b*).²⁶

Portanto, diante das possibilidades demonstradas pelos diferentes operadores deônticos, apresenta-se possível cindir a categoria da discricionariedade decorrente de alternativas normativas em (i) discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta permissiva, (ii) discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta impositiva e (iii) discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta proibitiva.

2.3.2 A discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta permissiva

As normas permissivas se apresentam naturalmente vocacionadas à atribuição de discricionariedade, uma vez que estabelecem o “pode” logo no operador deôntico, insculpindo a estrutura normativa da seguinte forma: *a P b*.

Nessas situações, a discricionariedade já se encontra no próprio operador deôntico, apresentando-se irrelevante, para fins de caracterização da situação de discricionariedade, o estabelecimento de alternativas na estatuição.

Assim, *v.g.*, no enunciado normativo que estabeleça ao administrador público que, “cumpridos determinados requisitos (*a*), a autorização para início da obra pode (*P*) ser concedida (*b*)”, a partir do operador deôntico “pode” (*P*), surge ao administrador a opção de escolha entre a alternativa de conceder a autorização (*b*) ou não concedê-la ($\sim b$).

Note-se, portanto, que as normas permissivas sempre atribuem discricionariedade, pois no mínimo há a opção entre a realização e a não realização do efeito estabelecido na sua estatuição.²⁷

2.3.3 A discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta impositiva

As normas impositivas, se comparadas às normas permissivas, apresentam-se menos vocacionadas à atribuição da discricionariedade. É que as normas impositivas, para gerar situações de discricionariedade, dependem de que a estatuição (i) estabeleça diretamente alternativas ou (ii) utilize um conceito que viabilize a construção de alternativas.

Dessa forma, há discricionariedade no enunciado normativo que estabeleça ao administrador público que “cumpridos certos requisitos (*a*), a autorização para início das obras deve (*I*) ser concedida por 2 (*b*) ou 5

²⁶ Para fins do presente estudo, e consideradas suas limitações, enfatizar-se-á o estudo da categoria das normas de conduta, também denominadas normas primárias, evitando o aprofundamento acerca das normas secundárias ou normas de competência, cuja aplicação, embora relevante, cinge-se à subsidiariedade, incidindo em situações de ausência de normas de conduta aplicáveis e, ainda assim, apenas caso a questão de fundo não se sujeite à reserva de lei. Para o aprofundamento da distinção entre normas primárias e secundárias, cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 103-104.

²⁷ No mesmo sentido, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 44.

anos (*c*)”. Assim, a estrutura da norma impositiva *a I b* ou *c*, gera a situação de discricionariedade a partir do estabelecimento direto de alternativas na estatuição.

Nada obstante, haverá também discricionariedade no enunciado normativo que disponha da seguinte forma: “concedida a autorização (*a*), deve (*I*) o administrador público tomar as medidas fiscalizatórias necessárias para assegurar a observância das condições autorizativas (*b*)”.

Nessa situação, a discricionariedade não decorre de alternativas dispostas diretamente na norma, mas sim de um conceito aberto insculpido na estatuição que imporá ao administrador público (i) a identificação de alternativas possíveis diante da situação concreta e (ii) a escolha daquela alternativa que substanciará a decisão administrativa. Assim, embora a estrutura normativa se apresente como *a I b*, há de reconhecer-se em *b* a possibilidade de eleição entre alternativas diversas, como *b1*, *b2*, *b3* ou *b4*...²⁸

2.3.4 A discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de conduta proibitiva

As normas proibitivas são as menos comuns para fins de atribuição de discricionariedade, mas ainda assim é possível identificar situações de discricionariedade, quando na estatuição (i) há proibição de alternativas ou (ii) o efeito proibido apresenta “vários contrários elegíveis”.²⁹

Na primeira hipótese, a norma proibitiva veda várias alternativas, de sorte que compete ao administrador público não eleger um ou outro efeito; disso também se extraem ao cabo alternativas conformadoras de uma situação de discricionariedade.

Assim, *v.g.*, no dispositivo normativo que estabeleça ao administrador público que “presentes certas condições (*a*), é proibido (*Pr*) suspender a atividade autorizada (*b*) ou revogar a autorização concedida (*c*)”, há discricionariedade que decorrerá da opção conferida ao decisor administrativo em não adotar uma (*b*) ou outra conduta (*c*). Nesse caso, portanto, infere-se a seguinte estrutura normativa: *a Pr b* ou *c*.

Sem embargo, a norma proibitiva também pode ensejar situação de discricionariedade, quando a proibição estabelecida viabiliza ao administrador público identificar diversas alternativas contrárias que ensejam a eleição entre diversas condutas permitidas, os denominados “contrários elegíveis”.

No enunciado normativo que estabeleça ao administrador que “diante de certas condições (*a*), a autorização não pode (*Pr*) ser concedida por prazo superior a 20 anos (*b*)”, exsurtem diversas alternativas contrárias à estatuição, que conformarão a situação de discricionariedade a partir da possibilidade de conceder a autorização por períodos de 1 (*~b1*), 2 (*~b2*), 3 (*~b3*), 6 (*~b6*), 10 (*~b10*), 14 (*~b14*) ou 18 anos (*~b18*), enfim, diversos períodos iguais ou inferiores a 20 anos.

Assim, a norma proibitiva se estrutura como *a Pr b*, viabilizando ao administrador público a opção entre os diversos contrários elegíveis (*~b1*, *~b2*, *~b3*, *~b4*, ...) face à situação concreta.

2.3.5 A discricionariedade decorrente de alternativas normativas fundamentadas em normas de competência

É certo que as situações apresentadas envolvem normas relativas a condutas voltadas diretamente à aplicação na realidade fenomênica, as denominadas normas de conduta. Entretanto, existem casos em que não há norma de conduta aplicável, mas há normas que, voltando-se diretamente à aplicação no mundo do direito — e não diretamente à realidade —, habilitam o administrador público à criação de “sentidos de dever ser”.³⁰

²⁸ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 45.

²⁹ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 45-46.

³⁰ DUARTE, 2006, *op. cit.*, p. 107.

Essas normas, denominadas normas de competência, aplicam-se subsidiariamente na falta de normas de conduta, podendo estabelecer ao administrador público (i) o poder para dispor sobre uma determinada matéria, (ii) as diretrizes procedimentais que estabelecem o modo de exercício dos poderes que lhe foram conferidos, (iii) as matérias suscetíveis de disposição administrativa, (iv) a reserva de disposição de certas matérias sob determinada forma jurídica e, por fim, (v) o conteúdo das normas administrativas a serem criadas.³¹

As normas de competência, tal como as normas de conduta, podem ensejar a atribuição de discricionariedade ao administrador público, desde que (i) não haja norma de conduta disciplinando a matéria, e (ii) a matéria objeto da decisão administrativa não se sujeite à reserva de lei, pois careceria de legalidade substancial.³²

Assim, v.g., na norma de competência que estabeleça ao administrador público que, “no concernente à outorga de autorizações (a), deve-se (I) expedir normas instrutórias (b) ou decisões (c)”³³, exsurge um espaço decisional conformado pelo mister de eleição entre alternativas ao administrador público.

De toda sorte, é certo que as normas de competência conferem uma discricionariedade extremamente ampla, habilitando o administrador, a rigor, à criação de qualquer efeito sobre a matéria, desde que não existam normas dispondo em contrário no ordenamento jurídico.³⁴

2.4 A discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas

Ao lado da discricionariedade decorrente de alternativas normativas se identifica outro gênero de discricionariedade, que recebe a denominação de **discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas**. Trata-se de categoria que abarca situações em que há alternativas atribuídas ao administrador pela norma, mas que decorrem da indefinição da linguagem.

Como efeito, na discricionariedade decorrente de alternativas normativas afirma-se que as opções dispostas à eleição do administrador público derivam direta ou expressamente da norma, no sentido de que essas opções se apresentam ao administrador já despidas de problemas e insuficiências de linguagem, bastando que opte por uma delas.

Ao revés, na discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas as palavras ou frases utilizadas no enunciado normativo apresentam um grau de incerteza tal que possibilita ao administrador público a opção entre várias alternativas no momento de aplicação da norma. Essas incertezas linguísticas das palavras ou frases dispostas nos enunciados normativos podem ser sintáticas ou semânticas.³⁵

Na **discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas fundada em incerteza sintática** há situação em que, não as palavras em si, mas a combinação das mesmas numa oração gera a indefinição quanto ao sentido da frase, de forma que surgem alternativas a serem eleitas pelo administrador público.

³¹ GUASTINI, Riccardo. Fragments of a theory of legal sources. *Ratio Juris*, v. 9, n. 4, p. 375, Dec. 1996.

³² Evidenciando na reserva de lei o mister de, previamente à atuação administrativa, existir lei disciplinando suficientemente a matéria, cf. CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 11. Para o aprofundamento das noções de reserva de lei absoluta e relativa, bem como legalidade formal e substancial, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 309-311.

³³ Abordando exemplo semelhante, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ No mesmo sentido, inclusive evidenciando que pragmaticamente o exercício da discricionariedade decorrente das normas de competência se apresenta deveras restrito, na medida em que parte considerável de seus efeitos resta obstada por normas do ordenamento jurídico que dispõem em contrário, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 47.

³⁵ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 48. Na mesma linha, para quem o significado das orações linguísticas — que se aplica às orações de enunciados normativos — depende do significado das palavras que as integram e da ordem sintática das mesmas, cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003. p. 259. Embora tratando exclusivamente da seara da interpretação constitucional, mas evidenciando que os conceitos indeterminados estabelecidos em dispositivos constitucionais não de ser compreendidos à luz dos demais dispositivos e de sua colocação sistemática na Constituição, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. 2, p. 310.

Assim, *v.g.*, no enunciado normativo que estabeleça ao administrador público que “presentes certas condições (a), o administrador público deve (I) aplicar a sanção (b) ou a multa pecuniária (c)”, não é possível afirmar sob uma primeira leitura se o adjetivo “pecuniária” se refere apenas à multa ou também à sanção.

Ocorre que nas situações de incerteza sintática, não raro, as próprias regras gramaticais se apresentam suficientes para solucionar os problemas de incerteza. Com efeito, no exemplo referido, o termo “pecuniária” se aplica apenas à multa, uma vez que as regras gramaticais determinam que o adjetivo “pecuniária” apenas refere-se a ambos os substantivos “sanção” e “multa”, caso estivesse no plural “pecuniárias”.

Embora seja exato que a maioria dos casos de incerteza sintática na norma não conduza à atribuição de discricionariedade ao administrador público, vis-à-vis as soluções fornecidas pelas regras gramaticais, é certo que em alguns casos há a conformação da discricionariedade como decorrência desse tipo de incerteza, a justifica a manutenção da referida categoria dogmática.

De outra banda, a **discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas fundada em incerteza semântica** se apresenta quando a situação de incerteza decorre do significado das palavras em si — individualmente consideradas —, e não da relação entre as palavras no enunciado normativo.

As incertezas semânticas podem ser dispostas nas diferentes categorias da **vagueza, polissemia e textura aberta**, que por sua vez conformarão três diversas categorias de discricionariedade, quais sejam, (i) a discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos vagos, (ii) a discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos polissêmicos e, por fim, (iii) a discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos com textura aberta. Passa-se a expor cada uma dessas subcategorias de discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas fundada em incerteza semântica.

2.4.1 A discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos vagos

Os conceitos vagos se apresentam como aqueles providos de vagueza, compreendida como a incerteza semântica ligada à palavra que não tem definida de forma precisa as fronteiras de sua denotação, de sorte que, ao incidir sobre a realidade, gera uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona de incerteza.³⁶ Pode-se citar como exemplo o uso em enunciados normativos de palavras como alto, rico, pesado, idôneo, próximo, longe, bom, arbitrário.

Se é certo que na zona de certeza positiva há a aplicação do conceito à realidade fenomênica, e na zona de certeza negativa não há tal incidência, não é menos exato que na zona de incerteza da palavra vaga há a indefinição acerca de sua aplicabilidade.

Assim, no enunciado normativo que estabeleça, *v.g.*, ao administrador público que, “identificado determinado bem como patrimônio histórico, (a), deve (I) proceder ao tombamento do mesmo (b)”, há inegável zona de certeza de aplicação da norma para os casos em que o bem se apresente de manifesto valor histórico nacional, tal como a estátua do Cristo Redentor (a1) ou o Complexo do Pão-de-Açúcar (a2) na cidade do Rio de Janeiro, ou mesmo a Torre de Belém (a3) e o Castelo de São Jorge (a4) na cidade lusitana de Lisboa.

³⁶ Em posição semelhante, reconhecendo a existência de diferentes graus de vagueza, que conformam as zonas de clareza, obscuridade e penumbra, cf. NINO, 2003, *op. cit.*, p. 264. No mesmo sentido, assentando que as palavras vagas apresentam uma zona de certeza e outra de incerteza acerca da aplicação do conceito à realidade, cf. DUARTE, 2006, *op. cit.*, p. 505-506.

Entretanto, a vagueza do termo “patrimônio histórico” poderá ensejar situações — *e.g.* (a5) a (a8) —, em que há dúvidas acerca da importância histórica de determinado bem³⁷, de sorte que se conformem alternativas ao administrador público sobre a aplicação ou não da norma.³⁸

Assim, é na zona de incerteza que o administrador público se depara com a dúvida acerca da incidência da palavra vaga à realidade fenomênica, de forma que exsurtem, ao menos, duas alternativas conformadoras dessa espécie de discricionariedade, quais sejam, a aplicação, ou não, da norma.³⁹

2.4.2 A discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos polissêmicos

Os conceitos polissêmicos se conformam com palavras que têm mais de um significado, e há dúvida sobre qual é o significado utilizado no texto normativo.

Ocorre que a incerteza decorrente da polissemia não está ligada à subsunção da realidade ao âmbito de significância da palavra, mas sim à escolha do significado a ser utilizado entre os possíveis. Essa situação de incerteza encontra solução a partir do contexto em que a palavra polissêmica se insere na frase, é dizer, trata-se de incerteza resolvida por interpretação sistemática.⁴⁰

Assim, o enunciado normativo que se utilize da palavra “banco” poderá estar se referindo à instituição financeira, ao banco de dados informático, ou mesmo a um mero assento para pessoas, tudo a depender do contexto global assumido na frase.⁴¹

Dessa forma, o dispositivo normativo que estabeleça ao bibliotecário público que “os arquivos bibliotecários (a) devem (I) ser revisados anualmente (b)”, atribui discricionariedade ao bibliotecário público. É que o termo polissêmico “arquivo” pode referir-se tanto a informações administrativas organizacionais da biblioteca (a1) como todos os demais documentos, *e.g.*, livros, periódicos e outros, em papel ou em formato digital (a2).

Com efeito, neste caso a estrutura normativa *a I b* atribui discricionariedade ao bibliotecário público, uma vez que por *a* pode compreender-se (a1) ou (a2).⁴²

³⁷ É possível citar, *e.g.*, o longo debate na jurisprudência brasileira acerca da juridicidade do tombamento da casa de espetáculos Canecão, no Rio de Janeiro, em que se entendeu inválida a medida protetiva do patrimônio histórico-cultural, tendo em vista que, no entendimento da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2.^a região, o “simples fato de a referida casa de espetáculos ter servido de palco para apresentação de grandes e valorosos nomes da música popular brasileira não tem o condão de torná-la, de plano, patrimônio cultural. O bem, tombado em si, é que deve ser portador de algum valor cultural, nunca as atividades que possivelmente foram, estejam e venham a ser nele desenvolvidas” (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2.^a região. Segunda Turma. *Apelação Cível* n. 319217 1999.51.01.062105-7, relator: desembargador federal Sergio Feltrin Corrêa, *D.J.U.*, 15 jun. 2004. Disponível em: <<http://trf2.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2010).

³⁸ DUARTE, 2006, *op. cit.*, p. 506-507. Em posição semelhante, criticando acórdão do Tribunal Supremo espanhol, para quem o caso de norma impositiva que estabeleça ao administrador público a escolha do candidato “mais adequado”, pode conformar-se como situação de discricionariedade administrativa, cf. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad y motivación* (alguns aspectos teórico-generales). In: *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la administración*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003. p. 139-140. Em posição contrária, entendendo que enquanto a valoração acerca do provimento de cargos de confiança se fundamenta na discricionariedade, a valoração de mérito de concursos públicos se apresenta sempre de forma regrada, cf. BACIGALUPO SAGUESE, Mariano. *Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas*. In: *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la administración*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003. p. 33.

³⁹ Em mesma linha de entendimento, na doutrina britânica, apresentando este instituto como “discricionariedade resultante”, em que a vagueza do enunciado normativo confere ao administrador público uma escolha, cf. ENDYCOTT, 2009, *op. cit.*, p. 233. No mesmo contexto, para quem nos casos de discricionariedade resultante de incertezas decorrentes de palavras vagas, a norma que efetivamente exsurge do enunciado é a que confere ao administrador público as alternativas de aplicar ou não a norma, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 50, nota 5. Em posição semelhante, evidenciando que em alguns casos os conceitos indeterminados conduzem à existência de mais de uma solução correta ao caso concreto ou, ao menos, ensejam dúvidas acerca da solução correta aplicável, de sorte que conforme a situação de margem de livre decisão, cf. SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 190-191.

⁴⁰ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 50-51.

⁴¹ *Ibid.*, p. 51, nota 30.

⁴² Para um maior aprofundamento, apresentando exemplificação semelhante, cf. DUARTE, 2006, *op. cit.*, p. 504-505.

2.4.3 A discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos com textura aberta

A incerteza semântica decorrente de palavras com textura aberta é categoria residual, inerente a qualquer palavra de uma língua natural⁴³. Portanto, não se trata de uma indefinição manifesta da palavra utilizada — como se depreende da vagueza —, mas sim de imprevisibilidade que pode surgir da evolução do campo de significação de qualquer palavra ou da realidade com que se relaciona.⁴⁴

A fim de melhor explicar tal categoria de incerteza semântica, alude-se à palavra “caneta”, cujos contornos se apresentam perfeitamente delineados como um objeto que se presta à escrita utilizando-se de tinta sobre uma superfície adequada. Entretanto, suponha o surgimento de um objeto com essas mesmas propriedades, mas que escreva em alemão aquilo que se pretendia escrever em português, ou mesmo que simplesmente impeça o escritor de utilizar-se de palavras vulgares. Diante dessas circunstâncias certamente este objeto receberia uma nomenclatura diversa de “caneta”, assumindo um outro nome *ad hoc*.⁴⁵

Com efeito, a categoria da textura aberta abarca mesmo a afirmação de que nenhuma palavra é absolutamente certa quanto ao seu âmbito de aplicação, de forma que mesmo a palavra provida de manifesta certeza quanto ao seu significado, em certos casos, pode ensejar situações de incerteza.

É nessas situações que, como decorrência da evolução de seu campo de significação ou da realidade subjacente, a incerteza exsurge mesmo de palavras com contornos assaz certos, impondo ao administrador público o mister de eleger uma entre várias alternativas decorrentes da norma, há a discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos com textura aberta.

3 AS INCERTEZAS SEMÂNTICAS E SUA RELAÇÃO COM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: A QUESTÃO DA TOPOGRAFIA DA INDETERMINAÇÃO NA ESTRUTURA DA NORMA

Como referido, as normas permissivas são naturalmente sempre atributivas de discricionariedade, na medida em que apresentam, já no operador deôntico, um “dever ser” assecuratório de faculdade ao administrador. É o operador deôntico “pode” que torna menos relevante, para fins de caracterização de situação de discricionariedade, a existência de incertezas semânticas no enunciado normativo.

Entretanto, no concernente às normas proibitivas ou impositivas, parte da doutrina sustenta que apenas quando as incertezas semânticas se localizem na estatuição do enunciado normativo haveria verdadeira situação de discricionariedade, e não quando se encontrem na previsão, situação a qual se aplicaria a denominada teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, admitindo-se um controle jurisdicional amplo.⁴⁶

⁴³ NINO, 2003, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁴ Em posição semelhante, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 52-53. Reconhecendo na categoria da textura aberta uma situação de vagueza em potencial, cf. NINO, 2003, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁵ NINO, 2003, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁶ Na doutrina alemã, sustentando que, enquanto a discricionariedade administrativa se encontra na consequência jurídica — *rectius*: estatuição normativa —, os conceitos jurídicos indeterminados se apresentam no tipo legal, é dizer, na previsão normativa, cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 152. Indicando ser esse o posicionamento da maioria da doutrina alemã, cf. CORREIA, 1987, *op. cit.*, p. 109, 117, 133-134. Em posição pouco diversa, para quem dentre os conceitos indeterminados situados na previsão normativa, apenas aqueles que impliquem juízos de prognose conformariam situação de discricionariedade, de sorte que nos demais casos — *v.g.*, alternativas decorrentes de incertezas semânticas — restaria sempre ao administrador público uma única solução possível, e plenamente justificável, cf. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 76. Na mesma linha de entendimento, na doutrina portuguesa, partindo de lições de Walter Schmidt, cf. CORREIA, 1987, *op. cit.*, p. 128-136.

Como demonstrado, partindo da análise da estrutura da norma, não se identifica distinção substancial, para fins de caracterização da situação normativa de discricionariedade, o posicionamento topográfico da incerteza semântica na previsão ou na estatuição do enunciado normativo.⁴⁷

É que, diante de incerteza semântica na estatuição, é possível identificar situação de discricionariedade, e.g., no concernente à alternativa de efeitos, que decorre das alternativas extraíveis da palavra dotada de incerteza.

Assim, no enunciado normativo que estabeleça ao administrador público que, “verificada a situação de perigo (a), devem (I) adotar-se as medidas adequadas (b)”, há discricionariedade decorrente de alternativas linguísticas ligadas à incerteza semântica de conceitos vagos, uma vez que podem apresentar-se diante da situação concreta diversas medidas adequadas (b1), (b2), (b3), (b4)...

Não por outra feita, quando a incerteza semântica se situar na previsão, é possível conformar-se a discricionariedade, v.g. quando a indefinição semântica de um termo gera incerteza sobre a incidência da realidade à norma, fornecendo a específica alternativa de aplicá-la, ou não.

Dessa forma, no enunciado normativo que estabeleça ao administrador público que, “verificada a idoneidade do requerente (a), deve (I) a autorização ser concedida (b)”, a alternativa entre conceder e não conceder a licença decorre da incerteza do juízo conclusivo acerca da idoneidade do requerente, é dizer, da dúvida que exsurge sobre a aplicação, ou não, da norma à realidade subjacente.⁴⁸

Assim, a identificação da discricionariedade não deve partir da contraposição à categoria dos conceitos indeterminados, mas sim da identificação de alternativas fornecidas ao administrador público, com base na norma que fundamenta a decisão e à luz do quadro fático subjacente a ela.

É de ressaltar-se, por fim, que a atribuição de alternativas variadas pela norma ao administrador público — de sorte que conforme a situação de discricionariedade — importa que todas as alternativas disponíveis à luz da norma em abstrato se apresentem juridicamente adequadas e válidas.

Entretanto, não se pode confundir esse leque de alternativas conferidas exclusivamente e *a priori* pela norma atributiva de discricionariedade — a denominada discricionariedade *prima facie* — com o rol de alternativas efetivamente aplicáveis e disponíveis ao administrador público no caso concreto, após a incidência de normas outras que possam convergir no momento da aplicação do direito, em especial os princípios da igualdade, moralidade, eficiência, boa-fé e proporcionalidade.⁴⁹

⁴⁷ DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 54. Na mesma linha de entendimento, na doutrina brasileira, cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114.

⁴⁸ Neste sentido, partindo de exemplo semelhante para evidenciar que caso o requerente seja manifestamente inidôneo não há dúvida acerca da não concessão da autorização e, pois, inexistente discricionariedade administrativa, de forma que mesmo palavras vagas presentes em enunciados normativos podem conduzir à situação de inexistência de discricionariedade administrativa, bastando que se esteja na zona de certeza da aplicação da palavra, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 56, nota 37.

⁴⁹ No mesmo sentido, se após a incidência dos princípios limitadores da atividade administrativa restar escolha ao administrador público acerca da decisão a ser tomada, há situação de discricionariedade administrativa, cf. ENDYCOTT, 2009, *op. cit.*, p. 235. A despeito da elevada importância da incidência destas normas principiológicas limitadoras da atividade administrativa, tendo em vista o escopo do presente estudo, não se pretende fazer maiores incursões dogmáticas acerca das mesmas, o que por si só demandaria um escrito em separado. Para o aprofundamento do tema, cf. DUARTE, 2008, *op. cit.*, p. 58 *et seq.* Ainda, cf. DUARTE, 2006, *op. cit.*, p. 621-656. Cf. SOUSA; MATOS, 2008, *op. cit.*, p. 133-229. Cf. CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 7. ed. Lisboa: Âncora, 2003, p. 77 *et seq.* Para uma análise de diversos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública ao longo da história constitucional portuguesa, cf. MIRANDA, Jorge. A administração pública na constituição portuguesa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, n. 2, p. 964 *et seq.*, 2002. Na doutrina italiana, cf., por todos, CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 9 *et seq.* Na doutrina espanhola, por todos, cf. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de derecho administrativo*. Pamplona: Arazandi, 2007. p. 139-140. Na dogmática alemã, evidenciando os direitos fundamentais e os princípios gerais da atuação administrativa como “barreiras objetivas” do poder discricionário, cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht* (título original). Traduzido para o português por Luís Afonso Heck sob o título de *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006. p. 151. Na doutrina brasileira, cf. MORAES, 2004, *op. cit.*, p. 111-159. Cf., ainda, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 166-208. Cf. MEDAUAR, 2008, *op. cit.*, p. 122-131.

Assim, identificadas as alternativas conferidas *prima facie* pela norma ao administrador público e, superado o exame de eventuais normas limitadoras da atividade administrativa, não parece que, à luz do princípio da separação de poderes, se permita ao julgador “melhorar em geral a maneira de administrar”.⁵⁰

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da separação de poderes se apresenta como um dos pilares do constitucionalismo moderno. Esse princípio há de ser compreendido contemporaneamente, por um lado, como uma norma que impõe a alocação de funções e poderes de forma que possam ser manejados com a máxima eficiência possível e, por outro, como uma imposição normativa para que se criem mecanismos de prevenção de abuso de poder, o denominado sistema de freios e contrapesos.

A despeito das peculiaridades que o princípio da separação de poderes possa assumir em cada ordenamento jurídico, a doutrina aponta como pontos comuns o mister de assegurar a especialização funcional dos Poderes da República e a independência orgânica e recíproca entre eles. Exalta-se aqui o colorido especial da especialização funcional, cuja substância acena para o mister de delineamento adequado da relação entre o exercício da discricionariedade pela Administração Pública e o eventual controle desta atividade pelo Poder Judiciário, como forma de garantir o exercício legítimo daquela, mas também impedir os excessos deste.

Com o advento do estado de direito, o princípio da legalidade parametriza toda forma de atuação da Administração Pública, operando não apenas como limite externo à discricionariedade administrativa, mas também como verdadeira condição ou fundamento legitimador da mesma.

Para além disso, o desenvolvimento do estado de direito e a evolução do princípio da legalidade na contemporaneidade consagram o instituto da discricionariedade administrativa como uma inexpugnável necessidade fática e jurídica decorrente do mister de habilitar adequadamente a Administração Pública ao atendimento eficiente dos fins consagrados no ordenamento jurídico.

A dogmática brasileira desenvolve diversas teorias visando a possibilitar o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, notadamente a partir do controle do desvio de poder, dos motivos determinantes e da razoabilidade. Nada obstante, é certo que o mérito administrativo, como espaço de liberdade decisória do administrador público, há de remanescer não passível de substituição pelo crivo judicial.

Alguns autores já reconhecem inclusive que a doutrina administrativista brasileira revela uma tendência para o ativismo judicial⁵¹, desenvolvendo argumentos para estabelecer um controle total da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, seja mediante uma maior densificação das normas, seja pelo incremento dos parâmetros de controle jurisdicional.

Nada obstante, constata-se que os fundamentos da ampliação da ingerência judicial em searas administrativas discricionárias se ancoram mais em “fatores emocionais” do que jurídicos e advém do sentimento geral de insatisfação social diante da incapacidade estatal para suprir as necessidades da sociedade contemporânea.

Mais relevante que desenvolver dogmaticamente os lindes do controle jurisdicional, parece interessante aprofundar o exame da estrutura das normas que conferem discricionariedade ao administrador público como forma de afastar pré-compreensões inadequadas, bem como de ampliar a percepção judicial acerca dos casos em que há uma opção legítima do administrador a ser respeitada pelo órgão jurisdicional.

⁵⁰ No mesmo sentido, para quem o verdadeiro desafio da deferência judicial reside no manejo das categorias da decisão administrativa arbitrária (“arbitrary decision”), que há de ser remediada pelo juiz, e a má decisão administrativa (“bad decision”), a qual pode nada ter de ver com o papel dos juizes (“may be none of the judge’s business”), sendo certo que “nenhuma decisão administrativa deve ser injusta, mas nem sempre é papel do juiz decidir o que é justo”, cf. ENDYCOTT, 2009, *op. cit.*, p. 215, 260.

⁵¹ Cf. MORAES, 2004, *op. cit.*, p. 59.

A análise da estrutura das normas que conformam as diferentes situações de discricionariedade administrativa, tal como desenvolvida no direito administrativo português, permite uma adequada identificação das alternativas disponíveis *prima facie* ao administrador público, apresentando-se plenamente aplicável à realidade brasileira, de forma que superado o exame de eventuais normas limitadoras da atividade administrativa, não parece que, à luz do princípio da separação de poderes, se permita ao julgador substituir o crivo legítimo do administrador público.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas. In: *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra, Almedina, 1984. v. 1.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 7. ed. Lisboa: Âncora, 2003.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1 (Domat droit public).
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Lisboa: Danúbio, 1982. (Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-políticas).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DUARTE, David. A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do provedor de justiça. In: PORTUGAL. Provedoria de Justiça. *O provedor de justiça; novos estudos*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2008. p. 33-77.
- DUARTE, David. *A norma de legalidade administrativa procedimental: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ENDYCOTT, Timothy. *Administrative law*. New York: Oxford University Press, 2009.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1
- GUASTINI, Riccardo. Fragments of a theory of legal sources. *Ratio Juris*, v. 9, n. 4, p. 364-386, Dec. 1996.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad y motivación (alguns aspectos teórico-generales). In: *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la administración*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003. p. 127-155.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de derecho administrativo*. Pamplona: Arazandi, 2007.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. Título original: Allgemeines Verwaltungsrecht.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Jorge. A administração pública na constituição portuguesa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, n. 2, p. 963-986, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 2.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, Vital. Constituição e direito administrativo (a “Constituição administrativa” portuguesa). In: ANTUNES VARELA, João de Matos *et al.* (Org.). *Ab vno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora: 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1.141-1.166.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Principes de base d’une réforme du droit administratif (partie 1). *Revue Française de Droit Administratif*, v. 24, n. 3, p. 427-448, 466, maio/jun. 2008.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema; objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Tradução de Javier Barnés Vázquez *et al.* Madrid/Barcelona: INAP/Marcial Pons, 2003.
- SOUSA, António Francisco de. *Direito administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*. 3. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008. t. 1: Introdução e princípios fundamentais. (O espírito das leis).

Abstract: In the context of non judicial self restraint to advance on discretionary administrative decisions taken by democratic representatives, it is necessary to return the analysis of the institute of administrative discretion, in particular from theories that, although developed in contemporary Portuguese dogmatics, are fully applicable and beneficial to the Brazilian reality.

Keywords: Administrative discretion. Structure of legal norm. Possibilities to the public manager.

Data de recebimento: 22 ago. 2013

Data de aceite para publicação: 8 out. 2013