

Dois conceitos de discricionariedade jurídica

Two concepts of legal discretion

Isabel Lifante Vidal

Universidad de Alicante, Alicante, Espanha.

E-mail: isabel.lifante@ua.es | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3348-2299>

Roberta Simões Nascimento

Tradutora. Universidade de Brasília (UNB), Brasília, DF, Brasil.

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-26, Janeiro-Abril, 2020 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Janeiro 26, 2020; Accepted/Aceito: Setembro 23, 2020;

Publicado/Published: Dezembro 22, 2020]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.3851>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

O trabalho apresenta a noção de discricionariedade jurídica a partir de dois fenômenos diferentes, ambos normais e necessários para o Direito contemporâneo. Para isso, toma-se a discricionariedade em geral como margem de liberdade na tomada de decisões, que surge como consequência da indeterminação do Direito ou da delegação de um poder. Por outro lado, tem-se de uma liberdade positiva (permissão para optar entre as distintas alternativas conforme com o Direito). Por outro lado, tem-se de uma liberdade negativa (responsabilidade do órgão decisório de concretizar os *standards* que vão guiar a tomada de decisão). Assim apresentada, a discricionariedade é forma essencial para a promoção ativa de certos fins ou valores, a partir dos poderes conferidos aos órgãos jurídicos para que adotem decisões atendendo às avaliações que eles mesmos realizem à luz das circunstâncias dos casos concretos; avaliações que podem e devem estar sujeitas a controle.

Palavras-chave: Discricionariedade jurídica. Poder discricionário. Indeterminação do direito. Liberdade positiva e negativa. Responsabilidade.

Abstract

The paper presents the notion of legal discretion based on two different phenomena, both normal and necessary for contemporary law. For this, discretion in general is taken as a margin of freedom in decision-making, which arises as a consequence of the indeterminacy of the Law or the delegation of power. On the one hand, there is a positive freedom (permission to choose between the different alternatives in accordance with the law). On the other hand, there is a negative freedom (responsibility of the decision-making body to implement the standards that will guide decision-making). Thus presented, discretion is an essential form for the active promotion of certain purposes and values, based on the powers conferred on legal bodies to adopt decisions taking into account the evaluations that they themselves carry out in the light of the circumstances of the specific cases; assessments that can and should be subject to control.

Keywords: Discretion. Discretionary power. Indetermination of Law. Positive and negative freedom. Responsibility.

1 A complexidade do fenômeno “discricionariedade jurídica”

Acredito que não seria exagerado afirmar que a discricionariedade jurídica é um dos conceitos que mais atenção e interesse despertam entre os juristas, apesar de ser, ou exatamente por isso, um conceito especialmente complexo, obscuro e impreciso. Essa complexidade foi assinalada em inumeráveis ocasiões; do mesmo modo que foram inumeráveis as tentativas de lançar alguma luz sobre ele¹. Mas essas análises foram desenvolvidas de um modo que poderíamos qualificar como “unilateral”: ou desde a perspectiva da discricionariedade judicial, ou desde a perspectiva da discricionariedade administrativa, e isso ainda em muitos casos parece tomar como certo que se trata de um fenômeno unitário. Convém notar que os interesses perseguidos a partir de cada uma dessas perspectivas são claramente distintos. No âmbito da atividade administrativa, as discussões surgiram com respeito à questão de se cabe ou não no controle jurisdicional dos atos discricionários da administração (ou em que consiste e como deveria ser exercido esse controle). Nada obstante, no âmbito da função jurisdicional, as discussões são em algum sentido mais elementares ou básicas, pois se trata de determinar se existe ou não discricionariedade judicial, discussão que pressupõe explicar em que consiste a discricionariedade. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é duplo. Em primeiro lugar pretende conectar as análises levadas a cabo nessas duas esferas, com o objetivo de determinar se é possível seguir considerando que a partir de ambas perspectivas está-se falando de um mesmo conceito de discricionariedade. Uma vez respondida essa questão no sentido negativo – tal e como se anuncia no título do artigo –, o trabalho pretende, em segundo lugar, oferecer algumas notas para a caracterização de um desses conceitos de discricionariedade.

Por agora, e para começar a trabalhar, vou partir de uma aproximação um pouco grosseira ao fenômeno da discricionariedade jurídica, que me permitirá localizar as polêmicas que giram ao redor dela, valendo-me para isso dos dois elementos seguintes que aparecem constantes nas diferentes análises da discricionariedade jurídica: por um lado, a liberdade que tem um órgão jurídico na tomada de decisões para escolher entre diferentes opções; y, por outro lado, o de que essa liberdade não é absoluta, mas sim que se encontra delimitada por uma certa *moldura normativa*.

Tomando como ponto de partida essa aproximação ao conceito de discricionariedade, acredito que é fácil explicar o fato de que o âmbito clássico das discussões a propósito deste fenômeno foi o da esfera do Direito administrativo. Dentro do paradigma formalista, a discricionariedade se encontra restrita a determinados atos da Administração. O Poder Legislativo e o Poder Judiciário desempenhariam

1 Cf., entre outros, Galligan (1986), Davis (1969), Barak (1989), Bayles (1990), Bell (1992), Desdentado Daroca (1997), Iglesias Vila (1999), Hawkins (1992), Igartua Salaverría (1996 y 1998), Sáinz Moreno (1976), Waluchow (1983).

papeis mais definidos e excludentes entre si: o Poder Legislativo cria o Direito, e o Judiciário se limita a aplicá-lo. Sob essa perspectiva, com relação aos atos do legislador não caberia falar de discricionariedade porque se trata de um órgão “soberano” e que gozaria, portanto, de uma completa liberdade. Faltaria, então, o elemento de certos limites normativos que, junto à margem de liberdade, costuma caracterizar a discricionariedade. Enquanto isso, no que diz respeito aos atos dos órgãos jurisdicionais a situação seria completamente a oposta. A atividade jurisdicional se limita, para essa concepção, a reproduzir o conteúdo da lei (o juiz seria a boca da lei), e o que faltaria aqui para falar de discricionariedade seria precisamente qualquer margem de liberdade. Nada obstante, e como era de esperar, no momento em que esses pressupostos são questionados, as discussões em torno à discricionariedade se expandem e surgem as polêmicas a propósito de se se pode falar de discricionariedade também nesses outros âmbitos. Nesse sentido, talvez possamos tomar as teses de Kelsen como ponto de partida para ilustrar a extensão do âmbito relevante da discussão sobre o fenômeno da discricionariedade.

Como é amplamente conhecido, para Kelsen o sistema jurídico se estrutura em forma de pirâmide: cada norma extrai sua validade da norma hierarquicamente superior; e isso porque a norma de grau superior regula o procedimento pelo qual deve ser produzida a norma de grau inferior e, em maior ou menor medida, também seu conteúdo. A relação entre o grau superior e o inferior do ordenamento jurídico é, para este autor, uma relação de determinação. Mas esta determinação nunca vai ser – em sua opinião – completa (ou porque intencionalmente se quis facultar aos órgãos inferiores preencher a indeterminação, ou devido a defeitos não intencionais, como a ambiguidade, as contradições, etc.). Desse modo, em nenhum caso o Direito positivo vai permitir, para Kelsen, individualizar uma punica solução correta. A interpretação necessária para levar a cabo a aplicação do direito há de ser, então, necessariamente um ato de vontade e não só um ato de conhecimento. A determinação do sentido de uma norma para sua aplicação ao caso será, portanto, fruto de uma decisão livre, de uma decisão não vinculada pelo ordenamento, em definitivo, de uma decisão discricionária. A discricionariedade é assim, na construção de Kelsen, um fenômeno inerente a todo processo de concreção e aplicação do Direito e que, portanto, se apresenta em todos os escalões do ordenamento. Nesse sentido, para Kelsen não existirá diferença qualitativa, mas meramente quantitativa, entre a discricionariedade que se exerce na elaboração de uma lei conforme a Constituição e a que se exerce ao prolatar uma sentença judicial ou um ato administrativo. Esse autor considera, assim, que os conceitos de aplicação e de criação do Direito são sempre correspondentes².

A partir de Kelsen, a discussão jusfilosófica a propósito da discricionariedade se centrou durante muito tempo quase exclusivamente no âmbito judicial. Desse

2 Cf. KELSEN, 1986, pp. 153 ss.

modo, um dos traços fundamentais que se levam em consideração para caracterizar e classificar as distintas teorias do Direito é precisamente sua postura a respeito do problema de se existe ou não discricionariedade judicial. Teríamos teorias radicais, como as dos realistas, para as quais os juízes gozam de discricionariedade em todos os casos (sendo eles os verdadeiros criadores do Direito); posições moderadas, como a de Hart, segundo as quais os juízes gozariam de discricionariedade só em alguns casos: os “difíceis”; y posições absolutistas segundo as quais os juízes não gozariam de discricionariedade em nenhum – ou praticamente nenhum – caso, cujo exemplo mais perfeito seria a teoria de Dworkin com sua tese da única resposta correta. No âmbito legislativo, a revitalização das discussões a propósito da discricionariedade foi, entretanto, muito mais recente. Poderíamos dizer que o tema ganhou interesse teórico devido à reconsideração dos papéis que desempenham o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no atual Estado constitucional. Se se aceita que a Constituição é fonte de Direito e que, portanto, penetra no raciocínio jurídico ordinário, então haverá que se aceitar a existência de limites ao poder legislativo; limites que vêm estabelecidos pelas normas constitucionais, de modo que a atividade legislativa já não pode seguir sendo considerada como completamente soberana.

Convém assinalar que, tanto as discussões a propósito de se existe discricionariedade judicial, como as relativas a se resulta adequado falar de discricionariedade do legislador parecem operar com o pressuposto de que existe um conceito claro de discricionariedade, cujo paradigma viria dado pela discricionariedade no âmbito administrativo. Nada obstante, acredito que o pressuposto com que parece aqui operar de que o conceito de discricionariedade que é usado no âmbito administrativo é claro, ou ao menos unívoco, é errôneo (para dar-se conta disso, basta dar uma olhada nas distintas discussões que a dogmática administrativa mantém a respeito).

2 Algumas aproximações à discricionariedade jurídica

Vejamos algumas das aproximações mais frequentes que é possível encontrar, tanto entre filósofos do Direito quanto entre os dogmáticos – fundamentalmente administrativistas – a propósito da discricionariedade jurídica, com o objetivo de extrair daí os elementos que usualmente se utilizam para sua definição e sobre os quais mais adiante me deterei. Nos trabalhos a propósito da discricionariedade podemos encontrar fundamentalmente duas perspectivas de análise (ou dito de outro modo, duas questões recorrentes) que costumam adotar as diferentes análises desse fenômeno. A primeira perspectiva é a que se ocupa do que é ou em que consiste a discricionariedade, é dizer, o que faz um órgão quando atua discricionariamente. E a segunda é a que aborda a questão de como surge ou quando podemos dizer que um órgão possui discricionariedade, é dizer, a origem ou as fontes da discricionariedade. Obviamente,

essa “clara” diferença entre ambas perspectivas é aqui utilizada simplesmente com fins expositivos; há que se ter em conta que poder-se-ia considerar que, por um lado, essas duas questões não são as únicas relevantes na hora de falar de discricionariedade (estariam também as de como se deve exercer a discricionariedade, ou a possibilidade de controle dos atos discricionários); e, por outro lado, que tampouco parece que possam, ao menos em princípio, tratar-se como questões independentes, embora haja alguns autores que sim as consideram desse modo, no sentido de que consideram possível, por exemplo, que alguém que não “tenha discricionariedade” “exerça discricionariedade”³.

2.1 Em que consiste a discricionariedade

A respeito da primeira perspectiva, e como já assinaléi antes, resulta praticamente unânime a ideia de que a discricionariedade é uma certa margem de liberdade na tomada de decisões. Nada obstante, e como não podia ser de outro modo, essa unanimidade começa a desaparecer na hora de especificar um pouco mais em que consiste essa liberdade. Vou agrupar as diferentes respostas que se dão a essa questão em três seções, conforme qual seja o traço que se considere definidor ou central para a caracterização da discricionariedade.

2.1.1 A escolha entre várias alternativas

Uma das respostas mais frequentes à pergunta sobre em que consiste a discricionariedade é a que sustenta que esta vem dada pela existência de várias soluções igualmente válidas para o Direito, entre as quais o órgão decisório teria que escolher⁴. A discricionariedade é assim concebida como o *poder* ou a *faculdade* de escolher entre dois ou mais cursos de ação, cada um dos quais é concebido como permitido pelo sistema de referência de que se trate; no nosso caso, o Direito⁵.

Se a discricionariedade é a liberdade de escolher entre várias alternativas conformes com o Direito, então, para que esta exista, terá que haver mais de uma, mas o número de alternativas disponíveis pode ser muito diferente e a discricionariedade é vista, portanto, para muitos dos autores que optam por essa caracterização, como

3 Esta é, por exemplo, a opinião de Waluchow, para quem, enquanto que na expressão “S tem discricionariedade” a noção de discricionariedade é usada para descrever uma relação normativa do sujeito com os padrões autoritativos; na expressão “Se exerce discricionariedade”, tal noção descreve uma decisão ou juízo atual que é feito por S. É dizer, tais tipos de expressões são usadas para descrever que o sujeito realizou o tipo de decisão para o qual se autoriza o ter discricionariedade (WALUCHOW, 1983, p. 338 ss).

4 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1995, p. 447; e SÁINZ MORENO, 1976, p. 304.

5 Definições ou aproximações desse tipo podem ser encontradas, por exemplo, em BARAK, 1989, p. 7; BELL, 1992, p. 92; H. HART; A. SACKS, “The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law”, 1958, p. 162 (apud LEMPert, 1992, p. 185).

um fenômeno gradual em função do número de alternativas disponíveis. Assim, por exemplo, Barak (1989, p. 8-9) leva a cabo uma distinção que ele mesmo considera relativa entre o que chama “discricionariedade estreita” que se daria quando o número de opções entre as que pode escolher o órgão decisório são poucas e “discricionariedade ampla”, quando há muitas opções disponíveis.

2.1.2 A ausência de padrões jurídicos aplicáveis

Outra das caracterizações frequentes da discricionariedade é a que a define como a ausência de padrões jurídicos que guiem a tomada de decisão. Dworkin, por exemplo, diz que a “discricionariedade em sentido forte”⁶ se daria quando um funcionário, no que diz respeito a algum problema, simplesmente não está vinculado por padrões impostos pela autoridade em questão. E, em um sentido similar, em ocasiões se traça um conceito geral de discricionariedade em termos de escolha entre diferentes alternativas *com base em critérios extrajurídicos* (DESDENTADO DAROCA, 1997). A discricionariedade faria referência, pois, à adoção de decisões de forma desvinculada do ordenamento jurídico. Esse tipo de aproximação se baseia em afirmações do tipo “onde termina o direito, começa a discricionariedade” (DAVIS, 1969, p. 3). Essa parece ser também, ao menos em princípio⁷, a ideia que subjaz à clássica contraposição dos administrativistas entre poderes regulados e discricionários: a discricionariedade parece surgir, portanto, como uma ausência de regulação para o exercício de certos poderes.

A partir dessa caracterização surge a pergunta de como deve atuar então o sujeito que goza de discricionariedade; em que deve se basear sua decisão. As respostas que encontramos aqui são muito variadas. Alguns autores destacaram a ideia de que, ao não existir padrões jurídicos que guiem a decisão, o órgão haverá de atuar com base em razões que pense acertadas. Outros assinalam que o fato de que não existam tais padrões jurídicos não implica que o órgão seja completamente livre, mas sim que tal liberdade é “relativa” a um determinado sistema, nesse caso, o sistema jurídico, mas tal órgão pode estar vinculado por outro tipo de padrões, por exemplo, de racionalidade prática.

6 Dworkin diferencia três sentidos do termo discricionariedade. Um sentido fraco, que faz referência meramente a que as normas que devem ser aplicadas pelo funcionário não podem ser aplicadas mecanicamente, mas sim que exigem discernimento (o funcionário há de se valer de seu juízo para aplicar os padrões que lhe impõe a autoridade). Um sentido também fraco, mas diferente do anterior, segundo o qual, algum funcionário tem a autoridade final para tomar uma decisão que não pode ser revisada nem anulada por outro funcionário. E, por último, o sentido forte que aqui estamos comentando. O sargento ao qual se ordena que escolha os cinco homens mais experientes não teria, na opinião de Dworkin, discricionariedade forte nesse sentido porque a ordem pretende reger sua decisão, mas sim a teria se o que lhe foi ordenado fosse escolher os cinco homens que preferisse (DWORKIN, 1989, p. 83-87). Essa diferença foi muito criticada; cfr., entre outros, BELL, 1992, p. 94 ss; GALLIGAN, 1986; NINO, 1985, p. 150 ss; DESDENTADO DAROCA, 1997, p. 48-51; e LEMPERT, 1992, p. 185 ss.

7 Mais adiante abordarei com mais detalhes esta primeira caracterização dos poderes “discricionários”, e chegarei à conclusão de que não é adequada.

2.1.3 A ausência de jurisdicionalidade e o caráter último da decisão

Um terceiro traço que aparece nos trabalhos sobre discricionariedade é o da ausência de jurisdicionalidade ou o caráter último de uma decisão. Embora poucos autores definam a discricionariedade diretamente a partir desse elemento, é frequente encontrar classificações que o consideram. Assim, por exemplo, alguns propõem falar de discricionariedade “provisória” quando um funcionário público é livre para fazer uma escolha entre possíveis cursos de ação, mas essa decisão está sujeita a revisão e possível anulação por outro órgão; y de discricionariedade “absoluta” ou “última” quando nenhuma outra autoridade pode revisar a escolha feita, inclusive se é arbitrária ou desarrazoada⁸.

Por vezes, esse traço de ausência de jurisdicionalidade é visto como consequência, se não necessário, ao menos bastante plausível, dos anteriores traços da discricionariedade. Assim, considera-se que se um órgão decisório pode exercer juízos entre alternativas permitidas, então “normalmente” outros não estarão autorizados ou serão capazes de revisar ou anular as decisões. Essa é também a opinião de muitos administrativistas, para os quais, se o poder discricionário pressupõe a atribuição à Administração de uma certa liberdade de decisão à vista das circunstâncias concorrentes em cada caso, então um poder tal parece rejeitar, hipoteticamente, qualquer outro tipo de controle de, se admitido, negaria a liberdade que o termo “discricionário” proclama.

Por último, há autores para os que não existiria tal conexão entre os traços antes recolhidos e esse que estamos analisando agora. Tratar-se-ia de questões independentes e que configurariam diversos “sentidos” do termo discricionariedade. Dessa opinião seria, por exemplo, Dworkin (1989), para quem um dos sentidos fracos que adota o termo discricionariedade é precisamente aquele que faz referência a que a decisão de alguém é definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior pode revisá-la e anulá-la, como a decisão de um árbitro sobre se um jogador está fora do jogo.

2.2 A origem da discricionariedade

A segunda perspectiva desde a qual a discricionariedade é abordada é a de sua origem: quando ou por que se pode dizer que um órgão possui discricionariedade. Nesse sentido, Bell, por exemplo, assinala que uma caracterização adequada da discricionariedade deve contar, junto ao elemento de certa liberdade de escolha, uma referência ao modo em que essa liberdade é gerada; não basta que se dê uma escolha, mas sim é necessário que se trate de uma decisão legítima e considera que essa legitimação se pode dar de duas maneiras: ou pode aparecer como consequência de se conferir um poder, ou como resultado de alguma ausência ou indeterminação dos

8 Cf. DAVIS, 1969 e GOODIN, 1986.

materiais jurídicos (BELL, 1992, p. 92-97). E, com efeito, a maioria das aproximações à discricionariedade costuma mencionar essas duas fontes, mas enquanto algumas análises as utilizam como modos indistintos em que pode surgir um mesmo fenômeno; outros estabelecem, a partir delas, distintos tipos de discricionariedade; e há também os que se ocupam desses expedientes, mas para mostrar que a autêntica discricionariedade se vincula só a um deles (como a delegação de um poder).

Entre os que consideram indistinta a discricionariedade originada por um ou outro expediente, encontramos, por exemplo, Kelsen e Hart. Como é sabido, para Kelsen (1986), a relação entre um escalão superior e um inferior do ordenamento é uma relação de determinação. Mas essa determinação nunca pode ser completa, existindo sempre uma margem de discricionariedade para o órgão aplicador. Kelsen considera que a indeterminação pode ser de dois tipos: intencional ou não intencional. A primeira faz referência aos casos em que as normas (por vontade de seus criadores) *facultam*, expressa ou implicitamente, aos órgãos aos que corresponde sua aplicação para preencher essa indeterminação, mas o mesmo efeito teriam, em sua opinião, os casos em que a indeterminação é gerada de maneira não intencional, devido aos defeitos que afetam as normas jurídicas. Por sua parte, para Hart (1990) a indeterminação é o preço que há de ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais; não seria possível (e nem sequer desejável) uma situação em que as regras fossem tão detalhadas que, de antemão, estivesse sempre resolvido se são ou não aplicáveis a cada caso particular, de modo que nunca se fizesse necessário, no momento de sua aplicação efetiva, uma nova escolha entre distintas alternativas. Na sua opinião, podem-se distinguir – entre outros – dois tipos de indeterminação: a inevitável indeterminação semântica, e uma indeterminação “mais radical”, que seria aquela na qual *se quer deixar* uma margem de discricionariedade aos órgãos inferiores, porque se considera impossível prever, sequer aproximadamente, as circunstâncias que poderiam afetar o caso concreto e que deveriam ser consideradas na hora de adotar a decisão.

Como dissemos, há também autores que partem da dualidade antes assinalada para estabelecer classificações da discricionariedade, considerando que há um tipo de discricionariedade que seria a que se origina pela delegação explícita de um poder de decisão (à qual chamam de discricionariedade formal ou forte); e outro tipo, que seria o que surge das imprecisões ou indeterminações do Direito (a discricionariedade informal ou instrumental). As diferenças costumam se apresentar como meramente quantitativas; diz-se que nos casos de discricionariedade implícita, os padrões que resultam aplicáveis na tomada de decisão são geralmente mais altos e, portanto, o grau de discricionariedade é menor do que nos casos de discricionariedade explícita⁹.

Por últimos, encontramos autores, fundamentalmente administrativistas, para os quais a discricionariedade somente surgiria na presença de uma atribuição ou

9 Cfr., entre otros, Kelsen (1986), Luzzati (1990, p. 132 ss), Atienza (1995) e Desdentado Daroca (1997).

delegação prévia por parte do Direito de um poder. Exclui-se, assim, a possibilidade de que apareça como consequência de meras imprecisões normativas. Nesse sentido, resulta já clássica – embora não unânime – a contraposição entre, por um lado, a mera margem de apreciação provocada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e, por outro lado, a autêntica discricionariedade (SÁINZ MORENO, 1976).

3 Algumas precisões conceituais

A partir da análise das distintas aproximações que apresentei, pode-se extrair uma série de clichês a respeito da discricionariedade jurídica que poderiam ser condensados em sua caracterização como uma certa margem de liberdade na tomada de decisões, que surge como consequência da indeterminação do Direito ou da delegação de um poder; de modo que as noções subjacentes à maioria das caracterizações desse fenômeno são a noção de liberdade, a da indeterminação do Direito e a de poder. Dado que nenhuma delas se caracteriza precisamente por uma simplicidade, não se há que sentir falta da univocidade das definições da discricionariedade construídas a partir delas e as inumeráveis e intermináveis disputas que se geram em torno deste fenômeno. Por isso, acredito que é necessário parar para analisar esses três conceitos.

3.1 A discricionariedade como “liberdade”

O elemento de liberdade na tomada de decisões provavelmente se apresenta como o traço central na maioria das análises da discricionariedade. É também uma ideia unânime compartilhada a que se trata de uma liberdade que não é absoluta, mas com certos limites, que viriam impostos por um “perímetro normativo” que delimita a liberdade. Essa é precisamente a ideia a que Dworkin aludiu com a famosa metáfora do buraco da rosca: só faz sentido referir-se ao buraco (que seria a margem de liberdade) na presença da rosca (que seria o perímetro normativo). Entretanto, além da imagem sugerida por essa metáfora, não fica absolutamente claro o que significa que a discricionariedade consiste em uma margem de “liberdade”; e, nesse sentido, é fácil perceber que a unanimidade desaparece quando se trata de especificar um pouco mais a ideia.

Pois bem, essa falta de unanimidade não é de se estranhar se consideramos que o conceito de liberdade está longe de ser unívoco ou claro, nem mesmo quando pregado por indivíduos que constituiriam, por assim dizer, seu escopo de referência primário; com isso, muito menos pode ser claro quando o que é pregado é, como no caso da discricionariedade, de órgãos jurídicos. Mas vamos primeiro revisar os diversos sentidos que atribuídos à liberdade pessoal.

Aqui é inevitável fazer referência à distinção de Berlin (1988) entre os sentidos negativo e positivo de liberdade. Em sua concepção negativa, a liberdade é simplesmente é o âmbito em que um homem pode atuar sem ser obstaculizado por outros. Esse sentido faz referência a um conceito relacional, de modo que um sujeito é livre ou não, em relação a um determinado sujeito e uma determinada ação¹⁰. O segundo sentido, o de “liberdade positiva”, está ligado à ideia de autonomia; trata-se de poder ordenar as ações de acordo com as normas que o sujeito dita para si mesmo.

Parece que as duas primeiras maneiras de caracterizar a discricionariedade a que fizemos referência antes (como possibilidade de escolha entre várias alternativas ou como ausência de padrões jurídicos) geralmente são entendidas como aplicações da ideia de liberdade negativa: como permissão ou ausência de obstáculos para decidir em um ou outro sentido. Nada obstante, penso que seria possível interpretar a discricionariedade de um modo mais próximo à ideia de liberdade positiva, destacando não a ideia de que o órgão decisório pode fazer o que quiser, mas sim que a ele corresponde determinar qual curso de ação empreender (concretizando para isso os padrões que guiam a tomada de decisão). Essa maneira de entender a liberdade não nos remete à ideia de permissão, mas sim à de responsabilidade. E, como vou tentar mostrar, a discricionariedade assim entendida não implica necessariamente nem a existência de diversas opções conforme o Direito, nem a ausência de padrões jurídicos que guiem a tomada de decisão.

Se partimos de uma concepção da discricionariedade vinculada à ideia de liberdade *negativa*, haveria que considerar que, do mesmo modo que esse conceito faz referência a uma determinada ação, a discricionariedade assim entendida será a liberdade de adotar cada uma das decisões que se consideram conforme o Direito. Mas, se isso é assim, para falar em discricionariedade será necessário descobrir previamente as opções entre as que o juiz ou o funcionário deve escolher e, nesse sentido, a discricionariedade surgirá após uma atividade reconstitutiva do Direito que leve à constatação dessa pluralidade de opções. No entanto, se falamos de liberdade no outro sentido, mais próximo ao de liberdade positiva, ou seja, destacando que é o órgão decisório quem há de especificar as diretrizes de sua conduta, o que é qualificado como “livre” – nesse outro sentido – não é uma ação específica, mas sim algo que poderíamos considerar como prévio: a adoção dos padrões que levarão à determinação da(s) alternativa(s) disponíveis. A discricionariedade entendida desse modo é detectável antes da identificação das alternativas que – finalmente – são consideradas conforme o Direito.

Dos traços que costumam ser vinculados à discricionariedade, falta-nos analisar as conexões da “liberdade” com o terceiro (o carácter último ou não jurisdicionável de uma decisão). Essa conexão pode ser entendida de duas maneiras diferentes. A primeira é a que considera que a liberdade consistente na discricionariedade está exatamente na falta

10 Cf. OPPENHEIM, 1961.

de controle ou jurisdicionalização da decisão discricionária. Poderíamos dizer que, nesse sentido, a ausência de controle é que gera ou implica discricionariedade (ou liberdade) da decisão. Para o outro tipo de conexão, as relações funcionam no sentido contrário; trata-se de considerar que, se uma decisão é juridicamente discricionária (e portanto, em alguma sentido, “livre”), então esta não pode submeter-se a controle ou revisão por algum órgão jurídico, dado que não haveria nada para controlar ou revisar do ponto de vista do Direito. Mas vejamos com mais detalhe se essas conexões funcionam.

No primeiro caso, a “liberdade” consistente na discricionariedade é entendida como ausência de jurisdicionalidade. Mas essa ideia me parece rejeitável: que uma decisão não esteja sujeita a controle ou seja última não significa que seja “livre” (em qualquer dos sentidos usuais desse termo); do contrário, não faria sentido afirmar que uma decisão desse tipo está equivocada. Como aponta Hart, que uma decisão ser definitiva, ou que dela não caiba controle de algum outro órgão jurídico, não significa dizer que seja infalível, e isso, embora seja possível afirmar que um órgão se equivocou ao tomar uma decisão não tenha consequências práticas dentro do sistema. Por isso, acredito que seria preferível não falar em “discricionariedade” nesses casos; trata-se de um uso que não é homogêneo com nenhum dos outros e refere-se às competências atribuídas a quem corresponde declarar, em última instância, o que diz o Direito.

Vejamos agora o que acontece se entendemos a relação da maneira contrária: se uma decisão é juridicamente discricionária (e, portanto, em algum sentido, “livre”), então sobre ela – ou sobre o aspecto discricionário da mesma – não se pode levar a cabo controle jurídico, pois a “liberdade” implicaria que não há nada que resulte juridicamente controlável. Como vimos, é nesse tipo de conexão que pensam os administrativistas quando discutem sobre se cabe ou não controle jurisdicional sobre os atos discricionários da Administração. Acredito que se trata de uma observação séria, mas somente está correta – na minha opinião – se a discricionariedade é entendida como uma margem de liberdade negativa. Se se considera que quando um órgão tem discricionariedade goza de liberdade para tomar uma decisão concreta, no sentido de que o ordenamento concede uma “permissão” para optar entre distintas opções, então, seja qual for a decisão, se está dentro da margem permitida, não haverá nada censurável desde o ponto de vista jurídico. No entanto, acredito que essa consequência não se segue se nos afastamentos dessa caracterização da discricionariedade, e optamos por uma mais próxima da ideia de liberdade positiva, e que nos remete mais à ideia de responsabilidade do que à ideia de permissão.

Por último, convém chamar a atenção sobre um risco envolvido em falar em termos de “liberdade” para caracterizar certos atos de órgãos públicos. Devemos estar cientes de que, quando a liberdade é pregada pelos indivíduos, ela está conectada aos ideais pessoais. Mas se é possível que a referência à liberdade pessoal, como realização da sua própria vontade ou desenvolvimento da autonomia, é suficiente para justificar

uma ação individual que se enquadre no quadro da liberdade reconhecida; nos casos em que a “liberdade” é pregada por órgãos públicos, parece que essa justificativa é insuficiente. Não há nenhuma razão para pensar que o fato de que os órgãos públicos tenham uma margem de atuação “livre” ou discricionária seja, por isso mesmo, algo valioso, mas sim que deverá ser avaliado e justificado sempre de maneira instrumental.

3.2 A indeterminação do Direito

As referências à indeterminação do Direito em relação à discricionariedade apareceriam ao abordar a questão de sua origem. Antes, vimos que alguns consideram que toda discricionariedade é fruto da indeterminação; enquanto que, para outros, a indeterminação do Direito seria – em todo caso – só uma de suas possíveis fontes. Parece claro que, ao menos nesse contexto, trata-se de um conceito – o de indeterminação do Direito – que pode ser usado em dois sentidos.

O primeiro é o sentido vinculado à aplicação do Direito. Hart chamava a atenção para o fato de que, na operação de subsunção de fatos particulares sob rótulos classificatórios gerais, produz-se inevitavelmente a dualidade entre um núcleo de certeza e uma zona de penumbra, na qual a aplicação da norma é indeterminada. Esse fenômeno da indeterminação do Direito por vezes é analisado a partir da falta de um valor de verdade de certas posições jurídicas; nas palavras de Moreso (1997), um sistema normativo será indeterminado quando as proposições jurídicas sobre um estado de coisas careçam de valor de verdade.

O problema se apresenta, portanto, na hora de estabelecer a aplicabilidade de uma norma a um caso, seja individual ou geral. Aqui costumam ser incluídos todos os problemas semânticos que afetam as normas, e também os ocasionados por contradições, lacunas, etc. Usando de novo a análise de Hart, deveria ser dito que se trata de uma indeterminação “relativa”: não se produzirá em todos os casos nos quais a norma é aplicável, mas sim unicamente àqueles que caíam na zona de penumbra; e, além disso, a classificação de que um caso é fácil ou difícil é uma tarefa que só possa realizar-se à luz das circunstâncias do próprio caso e, nesse sentido, também se pode dizer que essa indeterminação será sempre “relativa a um caso”.

Acredito que esse primeiro sentido de “indeterminação” é o que se encaixa com os casos que antes denominados denominamos indeterminação como imprecisão, mas, no entanto, não parece ser o sentido subjacente aos outros casos que Kelsen se referiu como “indeterminação intencional” e alguns dos que Hart considerava como “indeterminação radical” e que podiam ser vistos como a delegação de um poder de decisão. Kelsen dá o seguinte exemplo: uma lei sanitária estabelece que, ao se alastrar uma epidemia, o órgão administrativo tem que determinar as medidas a serem adotadas para evitar a propagação da doença. Aqui a indeterminação predicada não é a da aplicabilidade de uma determinada norma a um caso; não se trata de uma proposição sobre o Direito

que careça de valor de verdade, mas sim a própria norma que não determina a conduta a ser executada nos casos a que se refere. Essa conduta não pretende estar, portanto, determinada de antemão na norma, mas sim o destinatário que, à luz das circunstâncias do caso, terá que estabelecer qual é a conduta mais adequada para conseguir a finalidade perseguida pela norma; e penso que é nesse sentido que se diz que a indeterminação opera como uma delegação de poder. Exatamente por isso, esse sentido de indeterminação não se relaciona com um problema de subsunção: não se trata de que o valor de verdade da proposição que descreve a aplicabilidade da norma a um caso seja indeterminado, mas que o que é indeterminado é o que a norma exige para os casos em que é aplicável. Essa indeterminação existirá, portanto, independentemente de sua configuração em relação aos casos.

Para os autores que usam o conceito estrito de indeterminação, que corresponderia ao primeiro dos sentidos aqui assinalados, a indeterminação é vista como uma das fontes de discricionariedade ou como não geradora, em absoluto, de discricionariedade. Pelo contrário, aqueles autores que sustentam um conceito amplo de indeterminação (como Hart e Kelsen) e que consideravam que a discricionariedade surgia sempre como consequência da indeterminação do Direito, o que faziam era unificar os sentidos que aqui diferenciamos. Interessa-me destacar agora que esses sentidos de indeterminação do Direito são baseados em coisas diferentes e que acho que pode ser inadequado tratá-los conjuntamente.

No primeiro caso, e dado que a indeterminação é sempre relativa a um caso, pode-se considerar que a discricionariedade a ela vinculada aparecerá sempre em relação com os casos; é dizer, não tem sentido falar em discricionariedade se não é frente a um caso. Esse tipo de indeterminação surge nos chamados casos difíceis ou as lacunas do sistema jurídico. Trata-se de qualificar estados de coisas de acordo com o Direito existente, e esta tarefa estará, portanto, orientada ao passado, no sentido de que a atividade que se exige aqui será uma atividade interpretativa do Direito, que implica – na minha opinião – uma tarefa reconstrutiva do Direito pré-existente¹¹.

O segundo sentido de indeterminação, no entanto, não se baseia no *status* normativo de um determinado caso, mas sim em que o que é indeterminado (no sentido de não fixado) é a conduta que a norma exigirá em todos os casos em que for aplicável. Para saber se a norma origina discricionariedade nesse sentido não se deverá esperar que se apresentem (real ou hipoteticamente) os casos referidos na norma. Por outro lado, para superar essa indeterminação, não bastará levar a cabo uma atividade interpretativa. Pensemos no exemplo anterior de Kelsen. A norma pode ter indicado, sem deixar margem de dúvidas, que o órgão administrativo tem o dever de adotar as medidas para evitar a propagação da epidemia, e é possível que nos encontremos com um caso claro de epidemia em que não haja dúvida sobre a aplicação da norma. O que

11 Em outras ocasiões analisei o conceito de interpretação e defendi, em particular, uma caracterização desses termos. Veja-se, por exemplo, Lifante Vidal (1999).

será necessário nesses casos é uma atividade de especificação ou desenvolvimento do Direito existente, mas não seria adequado qualificar como interpretação. A justificativa desse tipo de decisão estará orientada – diferentemente do que ocorre com as interpretações – em direção ao futuro, às consequências.

3.3 A noção de poder

Passemos agora à noção de poder. Pode-se diferenciar dois contextos em que aparece relacionada à discricionariedade. O primeiro era o relativo à questão de em que consiste a discricionariedade, e nele se considerava que a discricionariedade vinha dada pelo fato de se poder decidir entre várias alternativas. O segundo era o da origem da discricionariedade; alguns autores consideravam aqui que o modo de gerar discricionariedade (ou ao menos, um dos modos) era, exatamente, a delegação de um determinado *poder* de decisão. É fácil observar que o sentido com que se usa o termo “poder” em um ou outro contexto é diferente. Antes de tentar especificar esses significados, reunirei algumas observações gerais sobre esse conceito.

Podemos partir de que a expressão “poder”¹² indica, em geral, a possibilidade ou capacidade de fazer algo (como quando digo “posso saltar dois metros”). Por sua vez, e como especificação desse significado geral, quando o termo se utiliza como substantivo, costuma indicar a possibilidade ou capacidade de atuar interferindo em condutas alheias (como quando se diz “Fulano tem muito poder”).

Com relação ao primeiro desses sentidos, nota-se que a possibilidade ou capacidade de fazer algo pode ser muito diferente, dependendo do tipo de constrangimento ou impedimento a partir do qual a ausência é pregada. Para o que interessa aqui, pode-se distinguir entre uma possibilidade ou capacidade “material”, que existiria quando um indivíduo carece de impedimentos ou constrangimentos físicos para realizar uma ação; e uma possibilidade ou capacidade “normativa”, que faria referência à ausência de impedimentos ou constrangimentos provenientes de normas. Chamarei ao primeiro “poder fático” e ao segundo “poder deôntico”.

Pois bem, essa dualidade entre o sentido fático e deôntico do “pode” exige algumas nuances se o que nos interessa – como é o nosso caso – não são ações naturais, mas sim institucionais. Nelas, o equivalente à possibilidade “material” (que alguns denominaram como possibilidade “anankástica” ou “thética”¹³) de execução depende da existência de um certo tipo de normas, as chamadas normas constitutivas. Assim, por exemplo, eu não “poderia” hipotecar minha casa, se não existissem regras que constituíssem a hipoteca e que me conferissem tal poder. Mas a dualidade entre os sentidos do “pode” se mantém. E assim é possível que uma ação que “posso” fazer nesse sentido (anankástico) não “possa” fazê-la no sentido deôntico (é possível que o ordenamento jurídico proíba hipotecar a casa em certas circunstâncias nas quais me encontro).

12 Nesse ponto sigo a exposição de Ruiz Miguel (1983).

13 Cf. AZZONI, 1994, p. 465.

Voltemos agora aos contextos em que apareceria a noção de poder relacionada à discricionariedade. No primeiro se dizia que a discricionariedade consiste em “poder” escolher entre mais de uma alternativa. Parece que aqui se está fazendo referência ao “poder” no sentido deontico: estar-se-ia dizendo que o sistema jurídico não obriga nem proíbe o órgão decisório de levar a cabo a ação a que nos referimos. Muitos autores que falar de “poder” nesse primeiro contexto o consideram sinônimo de “permissão” ou “liberdade”. Esse sentido de “poder” nos remete, portanto, ao sentido de liberdade negativa antes analisado.

O segundo contexto era o relativo à origem da discricionariedade, em que se considerava a delegação de um “poder” como uma das fontes de discricionariedade. Partirei de que no Direito encontramos, junto às normas deonticas ou regulativas, normas não-deonticas ou constitutivas, que são as que determinam como se constituem ou produzem resultados institucionais ou mudanças normativas¹⁴. Dentro dessas últimas, interessam-nos as “regras que conferem **poderes**”, cuja forma canônica seria: “Se se dá o estado de coisas X, e o sujeito Z realização a ação ou atividade Y, então se produz o resultado institucional R”. O âmbito da discricionariedade jurídica é exatamente o de ações que são descritas a partir do resultado institucional ou mudança normativa produzida pelo exercício de um poder; assim, por exemplo, discute-se se os juízes gozam de discricionariedade ao prolatar uma sentença, ou se fala da discricionariedade da administração ao traçar um plano urbanístico, ou ao editar um regulamento... Portanto, seria necessária a presença de regras que conferem **poder**. Mas essas regras não podem explicar, por si só, o surgimento da discricionariedade. Todos os atos dos órgãos públicos são exercício de poderes nesse sentido. Essa noção de “poder” como competência não nos serve para distinguir os atos discricionários dos que não o são. Precisamos determinar que tipo de poder é o “poder discricionário”.

Voltemos ao sentido de “poder” que consideramos como especificação do sentido geral: a capacidade de atuar *interferindo nas condutas alheias*. Partirei da seguinte definição de poder nesse sentido: “A tem poder sobre B quando A tem capacidade de afetar os interesses de B” (ATIENZA; RUIZ MANERO, 1996, p. 15). Trata-se, obviamente, de um tipo de relação assimétrica, pois se produz uma situação de desigualdade entre os sujeitos, mas isso não implica que o exercício do poder suponha sempre uma janela legítima a favor de quem o possui (pensemos no poder familiar, que deve ser exercido em benefício dos filhos; ou no poder dos órgãos públicos, que deve se dirigir ao alcance do interesse geral).

O fato de que um sujeito ter poder nesse sentido pode dever-se a fatores muito diferentes (força, carisma, recursos econômicos...) e, entre eles, a existência de regras que confirmam ao sujeito o poder de produzir um resultado normativo, modificando assim o *status* normativo de certos indivíduos e, dessa forma, afetando seus interesses.

14 Sigo aqui Atienza e Ruiz Manero (1996).

Mas qualquer regra que confere poder outorga a capacidade de produzir um resultado normativo e, conseqüentemente, de afetar interesses. Ainda temos a questão de que tipo de poder é qualificado como discricionário. A resposta que tradicionalmente é dada é a que contrapõe os poderes discricionários aos poderes regulados. Os poderes discricionários, diz-se, são poderes “não regulamentados”. A tese que defenderei é que os poderes discricionários são poderes “não regulamentados” somente no sentido de que não estão regulados por um determinado tipo de normas: as regras de ação; mas não no sentido de que não estejam regulados juridicamente. Para defender essa tese sustentarei que, sim, existe um tipo de “poder” diferente no caso dos “poderes discricionários” face aos “poderes regulados” e a diferença entre ambos reside – como exporei com mais detalhes na seção 4 deste trabalho – no modo como os interesses em jogo são afetados, no caso de poderes de um e outro tipo em exercício. Os poderes discricionários implicam que os titulares podem afetar unilateralmente interesses de outros, não simplesmente fazendo valer as avaliações ou ponderações de interesses previstas em normas pré-existentes, mas sim introduzindo novas avaliações de interesses; trata-se, portanto, de um sentido de poder “mais material” que a mera competência formal de produzir um resultado normativo.

3.4 Recapitulação: dois fenômenos distintos sob o rótulo de “discricionariedade”

Para cada uma das noções analisadas, eu diferenciei basicamente dois sentidos que podem ser vinculados ao fenômeno da discricionariedade. Ao falar da discricionariedade como liberdade, diferenciei um sentido relacionado à ideia de liberdade negativa (como permissão para optar entre as distintas alternativas conforme com o Direito) e um sentido relacionado com a ideia de liberdade positiva (destacando que é o órgão decisório o responsável de concretizar os *standards* que vão guiar a tomada de decisão). Respeito à noção de indeterminação, diferenciei entre a indeterminação como fenômeno ligado à aplicação do Direito aos casos concretos e que se referiria a um problema de subsunção; e a indeterminação como qualidade de certas normas que não fixam de antemão a conduta a ser concretizada (que operava como uma delegação de um poder decisório). Por último, sobre a noção de poder, e deixando de lado o sentido de possibilidade deontica (que remete à ideia de liberdade negativa), diferenciei entre um poder em sentido formal, como competência ou possibilidade de produzir um resultado normativo, e o poder em um sentido “mais material”, que implicava, além do sentido anterior, a possibilidade de introduzir no sistema novas avaliações de interesses.

A partir daqui, acredito que há certa conexão entre, por um lado, os primeiros sentidos diferenciados para cada um desses três conceitos e, por outro lado, os segundos sentidos. Acredito que cada uma dessas combinações se refere a um

fenômeno de natureza distinta e que se configuraria como um sentido diferente do termo “discricionariedade”. O primeiro (que chamarei discricionariedade-1) se vincula à ideia de liberdade entendida como permissão ou ausência de impedimentos para escolher entre distintas alternativas; a origem dessa discricionariedade vem dado pela indeterminação do Direito, entendida como um problema na subsunção de um caso ao caso concreto de uma norma e, por último, as referências à ideia de poder assinalariam aqui unicamente que o órgão que atua “discricionariamente” é o que tem a capacidade ou competência formal para dotar a decisão. Por outro lado, o segundo fenômeno (que chamarei discricionariedade-2) se vincula com um sentido de liberdade mais próximo à ideia de liberdade positiva (destacando que é o sujeito decisor o responsável por determinar qual curso de ação seguir), com a indeterminação do Direito entendida como a qualidade de não ter sido fixada na norma de conduta a ser cumprida e como poder no sentido que inclui a possibilidade de introduzir novas avaliações de interesses.

O quadro seguinte sintetiza as características desses sentidos de discricionariedade:

	Discrecionalidade (1)	Discrecionalidade (2)
Liberdade	Liberdade negativa (permissão)	Liberdade positiva (responsabilidade)
Indeterminação	Problema de subsunção	Qualidade de no ter sido fixada (delegação)
Poder	Competência formal	Introdução novas avaliações de interesses

Convém notar que são dois sentidos de discricionariedade muito heterogêneos entre si, que sequer são aplicáveis aos mesmos objetos, nem detectáveis desde a mesma perspectiva. Na “discricionariedade-1” tanto o sentido de liberdade, como o de indeterminação são necessariamente relativos a um caso, de modo que esta “discricionariedade” terá como objeto decisões concretas (e não um poder geral); a discricionariedade é vista aqui como um resultado. Nada obstante, a “discricionariedade-2” faz referência a um fenômeno que se baseia em certos poderes jurídicos. Aqui, podemos saber que um determinado órgão jurídico possui um poder discricionário antes de que surjam as circunstâncias concretas dos diversos atos no exercício de tal poder.

Esses dois sentidos de discricionariedade podem ser úteis para esclarecer a diferença a que alguns autores fazem referência entre “ter discricionariedade” e “exercitar discricionariedade”¹⁵ a que antes me referi. De acordo com essa diferença, um órgão pode exercer discricionariedade ainda que não a possua, o que pode soar paradoxal. Na minha opinião, o que acontece é que o termo discricionariedade não significa o mesmo em cada uma dessas expressões. Quando se diz que um órgão pode exercer discricionariedade sem tê-la, o que realmente se quer dizer é que um órgão

15 Por exemplo, Waluchow (1983) ou Desdentado Daroca (1997).

pode exercer “discricionariedade-1”, embora não possua “discricionariedade-2”. E de fato a “discricionariedade-1” não se pode possuir, mas sempre exercitar; não se pode ver como a característica de um poder de decisão, mas sim como uma propriedade de uma decisão concreta, na qual um órgão, em sua tarefa aplicativa do Direito a um determinado caso, ao se encontrar com uma regulação jurídica imprecisa, “pode” justificar mais de uma solução¹⁶.

Dada essa heterogeneidade, considero que manejar um único conceito de discricionariedade que englobe ambos fenômenos teria como consequência apresentar a ambos uma maneira muito confusa e distorcida e que, portanto, convém mantê-los claramente separados. Desses sentidos, o que mais interesse tem despertado do ponto de vista teórico é o primeiro deles. Ao redor do mesmo se discutem questões tais como a indeterminação da linguagem, a derrotabilidade das normas, etc. O segundo fenômeno englobado sob o rótulo discricionariedade não foi, no entanto, objeto de muitas digressões teóricas, mas penso que essa reflexão é necessária, e a ela vou dedicar o restante o artigo. Devo alertar, entretanto, que o tratamento que se dá neste trabalho a esses dois sentidos de discricionariedade é assimétrico. Enquanto no caso do segundo sentido de discricionariedade minha estratégia vai ser reconstrutiva e pretendo levar a cabo uma análise desse conceito, comprometendo-me com ele, no caso da “discricionariedade-1” me limitei a dar conta da que penso que poderia ser considerada como a caracterização usual desse fenômeno, mas sem avaliá-la.

4 Elementos para uma reconstrução da discricionariedade jurídica

Na sequência vou tentar expor alguns dos traços que caracterizam o segundo sentido de discricionariedade, que é – como veremos – o que está implícito ao que costumamos considerar “poderes discricionários”.

16 Não entro no mérito de determinar se essa é uma caracterização adequada da atividade aplicativa do Direito. Só assinalo que o problema de optar por uma caracterização desse tipo para os casos em que haja várias soluções “igualmente conforme o Direito” reside, na minha opinião, em que recorrer à ideia de liberdade negativa nos remete à ideia de “permissão”. E se costuma considerar que quando o Direito outorga uma permissão é porque leva a cabo um juízo de valor positivo sobre a possibilidade de escolha que tem o sujeito destinatário da norma, nesse caso, o órgão jurídico encarregado de aplicar o Direito. Mas, no entanto, nesses casos, penso que essa descrição é inadequada: não há nenhuma avaliação positiva por parte do Direito quanto a essa “possibilidade de escolha” de um órgão jurídico. Em todo caso, esses casos poderiam ser descritos como fazendo referência à noção de “permissões fracas” de Alchourrón e Bulygin, com a qual esses autores querem indicar simplesmente que uma conduta não está proibida em um sistema normativo (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975, p. 176); mas não unicamente no sentido de que o ordenamento não contém expressamente uma regra que permita adotar uma ou outra solução, mas sim que sequer uma reconstrução interpretativa do Direito ao modo, por exemplo, dworkiniano, poderia levar à formulação de tal regra permissiva.

4.1 O âmbito da discricionariedade

Começemos pelo âmbito de incidência deste conceito. Se partimos da ideia de que a discricionariedade, em geral, é um conceito que requer um âmbito de referência normativa, parece óbvio que o quadro normativo de referência no caso da discricionariedade jurídica é o Direito. Mas acredito que o requisito de se estar na presença de um contexto normativo não resulta suficiente para delimitar o âmbito da discricionariedade. Assim, por exemplo, eu posso decidir casar-me ou não, e, no caso de decidir fazê-lo, posso escolher com quem casar-me, mas ainda que haja uma série de restrições normativas que limitam minha decisão (não posso casar-me, por exemplo, se já estou casada, ou não posso me casar com o meu irmão), não pareceria muito apropriado para descrever essa situação como dizendo que tenho “discricionariedade” para decidir a respeito. Acredito que só faz sentido falar em discricionariedade quando alguém **está encarregado** de tomar decisões sujeitas às normas e que, por sua vez, geram efeitos normativos no sistema de referência; é dizer, quando alguém tem um poder conferido pelo sistema normativo em questão para tomar decisões “dotadas de autoridade” normativa. E nesse sentido poder-se-ia afirmar que o âmbito da discricionariedade vem dado pelo “funcionamento de toda organização que atue por intermédio de uma estrutura hierárquica de tomada de decisões”.

Isso implica, por um lado, que usamos o termo discricionário para qualificar aos poderes heterônomos (aqueles cujo exercício afeta unilateralmente a outros), mas não aos poderes autônomos, que seriam aqueles cujo exercício afeta aos seus próprios titulares (como meu poder para contrair matrimônio ou assinar contratos de compra e venda). E, por outro lado, que os sujeitos que possuem esse tipo de poder devem operar na estrutura hierárquica de tomada de decisões, o que no caso da discricionariedade jurídica implica que se trate de sujeitos aos que podemos qualificar como autoridades ou órgãos jurídicos.

4.2 Discricionariedade e tipos de regulação normativa

A questão a ser respondida agora é a do que nos leva a caracterizar poderes desse tipo como poderes “discricionários” frente ao resto de poderes que podem possuir as autoridades jurídicas (e aos que se costuma chamar de poderes “regulados”) não seria o não estar regulados juridicamente, mas sim que sua regulação viria dada por um tipo específico de normas jurídicas: as normas de fim.

Para caracterizar esse tipo de normas tomarei como ponto de partida a análise dos diferentes tipos de normas regulativas de Atienza e Ruiz Manero (1996), os quais dentro dessa categoria contrapõem as normas de fim e as normas de ação. Enquanto essas últimas qualificam deonticamente uma ação, as “normas de fim” não estabelecem de antemão a conduta exigida, mas sim unicamente o fim a ser perseguido ou a

maximizar¹⁷. Mas acredito que para estar-se diante de uma norma de fim, não basta que existam diversos meios casualmente idôneos para produzir um determinado resultado entre os que o destinatário tenha que escolher¹⁸, mas sim que a escolha desses meios, o modo pelo qual se dá lugar a um determinado estado de coisas ou que se maximiza um fim, deve ser considerado como “juridicamente relevante”. Para dizer de outra forma, acredito que as normas de fim operam como “*mandatos de otimização*”, no sentido de que obrigam a adotar um meio considerado ótimo à luz das circunstâncias do caso para criar ou maximizar o fim previsto. Não se trata meramente de conseguir o máximo de algo, mas sim de otimizar os recursos disponíveis para a realização ou maximização de algo. A norma não determina de antemão qual é a ação (ou as ações) a serem realizadas, mas sim que tal determinação deve ser levada a cabo pelo sujeito destinatário da norma, o qual, à luz das circunstâncias do caso, deverá adotar a decisão que considere mais eficiente aos efeitos de conseguir ou maximizar o fim perseguido. Portanto, essas normas não podem ser interpretadas como aquelas que dotam seus destinatários de liberdade, no sentido de *permissão*, para escolher um dos diferentes meios; na verdade, o que fazem é tornar o destinatário da norma *responsável* da escolha dos meios para alcançar o fim. Essas normas não delimitam *ex ante* a articulação dos diferentes interesses em conflito, mas sim exigem em cada caso uma ponderação desses interesses que leva à determinação do peso relativo de cada um deles, e serão esses pesos que determinam as ações a serem seguidas em cada caso. Isso implica que é o órgão que goza do poder discricionário quem deve determinar, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, qual é o meio ótimo para ensejar ou maximizar o fim perseguido, afetando o menos possível outros fins ou valores reconhecidos ou promovidos pelo próprio Direito.

A específica regulação que pesa sobre esse tipo de poder não implica que o exercício deles não possa – ou não deva – ser submetido a controle jurídico, mas é certo que apresentará certas particularidades, dado que a justificação dos atos discricionários será diferente da dos atos em exercício dos chamados “poderes regulados” (os

17 A caracterização de Atienza e Manero contrapõe as normas de ação e as normas de fim, considerando que, enquanto nas normas de ação a solução normativa está configurada por uma ação, nas normas de fim, o está por um estado de coisas. No entanto, essa caracterização parece exigir uma matização. É comum considerar que uma ação consiste em produzir ou evitar uma mudança no mundo, e uma das maneiras mais usuais de individualizar as ações consiste justamente em levar em consideração o estado de coisas resultante dessa mudança (Cf. GONZÁLEZ LAGIER, 1997); de modo que poder-se-ia pensar que resulta indiferente optar por formular as normas em termos de ações ou de estados de coisas a gerar ou evitar.

18 Se fosse assim, praticamente todas as normas que estabelecem deveres positivos cumpririam esse requisito, dado que se pode pensar que sempre há diversas formas – ou meios – de levar a cabo uma ação (por exemplo, uma norma que nos obriga a pagar um imposto pode ser cumprida com uma transferência bancária, ou depositando o dinheiro “físico” nas agências da administração correspondente...).

regulados mediante regras de ação). Para a justificação dos atos discricionários, não basta construir um silogismo subsuntivo que contenha, como premissa maior, uma norma do sistema. De um raciocínio dedutivo, não se pode extrair mais informações do que a contida nas premissas e, se as normas aqui aplicáveis são normas de fim, então nossas premissas não nos dizem qual é a concreta atuação exigida. Parece claro que, somente no caso de que na premissa normativa apareça uma regra de ação, a conclusão do raciocínio subsuntivo indicará qual é a ação que deve ser empreendida. Por isso, para considerar que uma determinada atuação no exercício de um poder discricionário está justificada, deverão ser acrescentadas algumas premissas para esse raciocínio subsuntivo. Em especial, deverão ser adicionadas as premissas fáticas sobre as circunstâncias concretas do caso e sobre a adequação, dadas essas circunstâncias, dos meios apropriados para conseguir os fins prescritos; mas também devem ser adicionadas premissas valorativas que levem a considerar que a decisão adotada é a que opta pelo que deve ser considerado o “melhor” dos meios disponíveis (no sentido não só de que maximiza o resultado, mas sim que o faz afetando o menos possível os interesses em questão). Por isso, pode-se dizer que aqui já não estamos diante de uma atividade meramente aplicativa do Direito, mas sim que, conjuntamente a ela, aparece uma atividade de desenvolvimento e concretização do Direito (que poderia ser vista como intermediária entre a criação do Direito e sua aplicação).

4.3 Tipos de discricionariedade

Até agora falamos da discricionariedade em geral, sem introduzir maiores qualificações, mas acredito que se pode estabelecer uma diferença entre duas categorias, as que chamarei, respectivamente, discricionariedade “técnica” (embora em um sentido diferente do uso mais generalizado dessa expressão) e discricionariedade “política”. Para traçar essa distinção, valho-me das duas possibilidades de normas que, seguindo de novo Atienza e Ruiz Manero (1996), podem ser diferenciadas dentro das normas de fim: as regras de fim e as diretrizes. A diferença entre ambas categorias vem dada por como se configuram em cada uma delas as condições de aplicação. No caso das regras de fim, o suporte fático ou as condições de aplicação da norma estão configurados de maneira “fechada”, enquanto que no caso das diretrizes, as condições de aplicação estariam configuradas de maneira “aberta”. A partir daqui, acredito que é possível fazer uma distinção entre os dois tipos de discricionariedade, dependendo de que a regulação sobre o exercício desses poderes se realize mediante regras de fim ou mediante diretrizes; e aos que proponho chamar “discricionariedade técnica” e “discricionariedade política” respectivamente. No primeiro caso, e dado que a determinação das condições nas quais se deve perseguir um fim vem realizada pela norma, o órgão decisório é que deve fixar, em cada ocasião em que exerce seu poder, qual é o fim concreto a ser alcançado, o que implica fazer também juízos políticos,

no sentido de que podem ser vistos legitimamente como a decisão de promover os interesses de certos grupos sociais¹⁹.

Tradicionalmente se considerou que o que caracteriza a atividade política é exatamente ser definidora de novos objetivos sociais ou promotora de valores ainda não incorporados no ordenamento jurídico. Desse modo, o órgão legislativo, como paradigma de órgão político, não seria subordinado ao Direito existente, mas sim sua função seria exatamente a de inovar o ordenamento, incorporando a ele esses novos objetivos ou valores. No entanto, parece que essa concepção da atividade política já não encaixa completamente no novo paradigma jurídico ao que está dando lugar o constitucionalismo contemporâneo²⁰, e que viria desbotar a diferença nítida entre órgãos jurídicos e órgãos políticos. Se se leva a sério a Constituição como fonte do Direito, e se considera que sua finalidade é a de configurar um ordenamento jurídico que seja uma concretização e garantia dos direitos e valores constitucionais, então o Poder Legislativo já não pode ser visto como um órgão meramente político, ao qual somente seria limitados os meios e que se deixariam completamente abertos os fins. Nesse sentido, pode-se dizer que o raciocínio político-legislativo se juridifica, dado que alguns fins da ação política vêm ordenados pelas Constituições (exatamente por intermédio das diretrizes). E é nesse sentido que penso que se pode considerar que o conceito de “discricionariedade” passa a operar também no âmbito do Legislativo.

4.4 Os sujeitos da discricionariedade

Até aqui não introduzi nenhuma observação sobre os sujeitos que possuem esse tipo de discricionariedade que estou tentando caracterizar. No entanto, e a partir do que foi dito até agora, poder-se-ia pensar que, enquanto os órgãos administrativos possuiriam discricionariedade que chamamos técnica e os órgãos legislativos, discricionariedade política, no âmbito judicial somente encontraríamos a “discricionariedade-1”. Mas acredito que esta observação não é correta. Como já disse, uma das diferenças fundamentais que existe entre, de um lado, a discricionariedade que aqui estou pretendendo caracterizar e, de outro lado, os casos que seriam encaixados no fenômeno da “discricionariedade-1” reside em que esse último se apresenta no âmbito de uma função meramente aplicativa do Direito, na qual nos encontramos com o resultado do processo interpretativo/reconstrutivo dos materiais jurídicos preexistentes deve ser necessariamente uma regra de ação. Nada obstante, nos casos que aqui consideramos como “discricionariedade-2”, para considerar justificada uma decisão concreta não basta apresentá-la como o resultado de um silogismo subsuntivo cuja premissa normativa vem dada previamente pelo Direito. Não se está, portanto, ante uma atividade meramente aplicativa do Direito e, portanto, nesses casos esses órgãos

19 Cf. AGUILÓ REGLA, 2000, p. 86.

20 Cf. AGUILÓ REGLA, 2001.

não gozariam de uma discricionariedade em sentido estrito (é dizer, do fenômeno que denominei “discricionariedade-2”). E, ao contrário, há casos – acredito que, nos Direitos contemporâneos, em maior número do que podemos imaginar²¹ – nos quais os órgãos judiciais gozam de poderes discricionários no sentido estrito porque se encontram regulados por normas de fim²². A chave da diferença estará, portanto, no modo como está regulado o exercício do poder e não no tipo de órgão que possui o poder.

5 Uma conclusão

À guisa de conclusão, acredito que poderia dizer-se – seguindo Galligan (1986) – que a discricionariedade jurídica ou, melhor dito, um dos fenômenos que se conglobam sob esse rótulo e que coincidiria com o que aqui denominei “discricionariedade-2”, não pode continuar sendo concebido como um efeito colateral da existência de normas gerais, nem como um fenômeno meramente periférico ao exercício da autoridade como durante muito tempo foi concebida pelos teóricos do Direito, em parte – acredito – pelo fato de tratar conjuntamente os dois fenômenos que aqui tratei de diferenciar. A discricionariedade jurídica deve ser vista, pelo contrário, como um fenômeno central e necessário para levar a cabo umas das funções essenciais dos Direitos contemporâneos: a de promover ativamente certos fins ou valores. A discricionariedade assim entendida deve ser concebida como uma forma normal de se conferir poderes aí onde se considera importante que os órgãos jurídicos tomem decisões atendendo às avaliações que eles mesmos realizem à luz das circunstâncias dos casos concretos; avaliações que podem – e acredito que devem – estar sujeitas a controle.

21 Sobre a complexidade das atividades encarregadas aos juízes contemporâneos, pode-se ver Ost (1993).

22 Servem para ilustrar esses casos as seguintes disposições do Direito espanhol:

- “Os juízes atuarão de ofício, ademais, nos casos de fuga notória ou de que tiverem notícia exata, à ocupação dos estabelecimentos do fugitivo, e *prescreverão as medidas que exija sua conservação*, enquanto os credores usam seus direitos sobre a declaração de falência” (art. 877 do Código de Comércio).
- “Admitida a demanda, o juiz, na falta de acordo entre ambos cônjuges aprovado judicialmente, adotará com audiência desses, as medidas seguintes: 3º Fixar a contribuição de cada cônjuge às responsabilidades do casamento [...]; estabelecer as bases para a atualização de valores e fornecer as garantias, depósitos, retenções ou *outras medidas cautelares convenientes, a fim de assegurar a eficácia do que um dos cônjuges deve pagar ao outro por esses conceitos*” (art. 103.3 del Código Civil).

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000.
- AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa*, n. 24, p. 429-457, 2001.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- ATIENZA, Manuel. *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa*. Comentarios a una polémica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 85, p. 5-25, 1995.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho*. Una teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.
- AZZONI, Giampaolo M. Interpretazioni di Hohfeld. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XXIV-2, p. 443-488, 1994.
- BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. Trad. Yadin Kaufmann. Yale University Press, New Haven y London (original hebreo de 1987). 1989.
- BAYLES, Michael D. *Procedural Justice*. Allocating to Individual, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990.
- BELL, John. *Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View*. In: HAWKINS, Keith (ed.). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press, p. 89-111, 1992.
- BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad”, trad. Julio Bayón, en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, pp. 187-243, (original inglés de 1958) 1988.
- DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary Justice*. A Preliminary Inquiry. Louisiana State University Press, 1969.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, (original inglés de 1977) 1989.
- GALLIGAN, D. *Discretionary Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª edición. Madrid: Civitas, 1995.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin). *Doxa*, n. 20, p. 157-175, 1997.
- HART, Herbert L.A. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (original inglés de 1961) 1990.
- HAWKINS, Keith. The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science. *The Uses of Discretion*, p. 11-46, 1992.

- HOFFMASTER, B. Understanding Judicial Discretion. *Law and Philosophy*, v. 1, p. 21-55, 1982.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 46, p. 95-118, 1996.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Cívitas, 1998.
- IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Trad. Roberto J. Vernengo de la segunda edición alemana (1960). México: UNAM, 1986.
- LEMPERT, Richard. Discretion in a Behavioral Perspective: The case of a Public Housing Eviction Board. *The Uses of Discretion*, p. 185-230, 1992.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica. *Doxa*, n. 22, p. 171-193, 1999.
- LUZZATI, Claudio. Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.). *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*. Torino: G. Giappichelli editore, p. 123-137, 1990.
- MORESO, José Juan. La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- NINO, Carlos S. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- OPPENHEIM, Felix. *Dimensions of Freedom. An analysis*. New York: St. Martin's Press, 1961.
- OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante. *DOXA*, n. 14, 169-194, 1993.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. Sobre los conceptos de la libertad. *Anuario de derechos humanos*, n. 2, p. 513-549, 1983.
- SÁINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Discrecionalidad y Derecho procesal. *Justicia*, n. III-IV, p. 51-61, 1995.
- WALUCHOW, Wilfrid J. Strong Discretion. *The Philosophical Quarterly*, v. 33, n. 133, p. 321-339, 1983.