

Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um

Autor(a): Andre Saddy

Publicado em: 25 de janeiro de 2017

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um#ep-1eb8a6ac

Resumo

Entende-se discricionariedade administrativa como a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas...

Texto integral

Entende-se discricionariedade administrativa como a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos (SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 132 e 133). Tal margem implica que existam, necessariamente, diferentes alternativas ou opções que o legislador possa facultar ao agente competente para a possibilidade de atuar ou não atuar, isto é, aplicar ou não as alternativas ou opções ou alguma dessas previstas como possíveis pela norma habilitante (discricionariedade de atuação – Handlungsermessen); ou eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração opta por atuar (ou está obrigada a isso), sendo várias as alternativas ou opções permitidas (discricionariedade de eleição – Entscheidungsermessen) (ibidem , p 141). Iniciando por um improvável, porém didático, enunciado hipotético que dispõe: “quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura deve a Administração conceder um guarda-chuva pequeno, médio ou grande” , encontra-se a norma a l b v c v d , em que: a = quando a intensidade da chuva possa molhar o administrado acima da cintura , l = deve (= impositiva), b = conceder guarda-chuva pequeno , v = disjunção , c= conceder guarda-chuva médio , v = disjunção , e d = conceder guarda-chuva grande . Ao analisar apenas a discricionariedade existente nesta norma jurídica, lembrando que existem outras formas de subjetividades ou autonomias públicas, e ressaltando que na situação a norma se confunde com o enunciado normativo, apesar de normalmente isto não ocorrer, ter-se-ia apenas uma discricionariedade de eleição, pois a norma é impositiva e não confere discricionariedade de atuação. Assim o é porque compreende na consequência da norma mais do que um efeito e porque esses efeitos são disjuntivos, ou seja, ou se aplica um ou o outro. Permite ao aplicador optar entre b , c ou d . Isso porque a consequência da norma é desdobrável em 3 (três), o

que significa que um único efeito, quando remete para uma configuração autônoma, é igual a uma norma que contenha alternativamente todos os efeitos concebíveis. Logo, confere discricionariedade, pois, além de possuir efeitos alternativos, tais efeitos também são disjuntivos na medida em que não são cumuláveis. Assim, como não existe discricionariedade de atuação, somente é permitido à Administração conceder um dos efeitos estipulados na consequência, não sendo-lhe permitido não o fazer, ou seja, não se terão alternativas dos seus contrários. Caso a norma fosse permissiva, ter-se-iam 4 (quatro) efeitos e não apenas 3 (três), pois, além de conceder um guarda-chuva pequeno, médio ou grande, poderia não conceder. Para ilustrar melhor a teoria, tome-se por base apenas a situação da norma impositiva, pois facilita a demonstração. Este número de alternativas ou opções existente para o administrador público ante uma situação hipotética é, em regra, maior em comparação ao caso concreto, disso não se tem dúvida. Na discricionariedade, o agente público, ante toda situação de fato, terá de optar por agir, depois, sendo o caso, por alguma das consequências das normas jurídicas oferecidas alternativa ou disjuntivamente, que podem deixar de existir perante peculiaridades de cada situação. DENIS J. GALLIGAN (GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers : a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 26) fala sobre técnicas de “constraining, reducing and even removing the discretionary element in decision-making”. Este campo de liberdade existente na norma em abstrato ou nas situações hipotéticas é, em regra, maior que o campo de liberdade existente perante situações concretas, pois a norma se desenha de forma ampla ou com certa liberdade, precisamente para que seja adequada ante o caso concreto e à luz de sua finalidade. Ademais, nenhuma situação hipotética é a mesma quando diante de casos concretos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39 e 40). A doutrina alemã se refere a essa diminuição do tamanho da discricionariedade administrativa como: atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um (*Ermessensreduzierung auf Null* ou *Ermessensschumpfung*). O zero na concepção liga-se à ideia de zero alternativa, pois esta é, literalmente, um de dois caminhos. Como deixa de existir alternativas e passa a existir uma única opção, o termo “zero” é correto. Porém o termo “um”, também, é correto, pois, ao final, subsiste somente uma opção e nenhuma alternativa. Depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo os Tribunais Administrativos Superiores começaram a aplicar tal técnica cujo âmbito de aplicação foi ampliando-se sucessivamente. Inicialmente, em conflitos de vizinhança, passando por temas relacionados com o direito de construção, a permissão de residência e a naturalização até chegar a temas relacionados com a concessão de subvenções e a intervenção da polícia. Na atualidade, os temas em que tal técnica é aplicada são os mais diversos. As primeiras sentenças dos Tribunais Administrativos Superiores sobre o assunto são as: OVG Hamburg 38/50, de 11.05.1950 e OVG Münster 1717/52, de 13.01.1955. A primeira sentença da Sala do Contencioso do Supremo alemão que expressamente acolhe tal técnica é a BVerwGE 11, 95/97, de 18.08.1960. Tal técnica foi, porém, consagrada como tal na sentença BVerwGE 78, 40/46, de 03.11.1986. Com relação à doutrina, a referência mais antiga que se pôde encontrar que utiliza o termo é: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz : Kommentar*. München: Beck, 1958, v. 1, p. 32; WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht Band 1 : ein Studienbuch*. München: Beck, 1961, parágrafo 31, II, p. 146. Ao se imaginar uma situação concreta de chuva, pode-se analisar como essa atrofia, míngua ou redução da discricionariedade ocorre. A ideia da norma é que a pessoa não fique “ensopada”, visto que, como se sabe, é impossível não se molhar com o guarda-chuva. Então, parte-se do entendimento de que o guarda-chuva só será eficaz se não molhar a pessoa da cintura para cima. Isso inclusive vem estabelecido na hipótese da norma. Caso a água da chuva esteja defletida em sua direção pelo

vento (posição parada) ou, por estar em movimento, a chuva pareça estar na sua direção. Em ambos os casos, a pessoa colocará o guarda-chuva num ângulo próprio para compensar o vento e/ou o seu movimento. Então, o que mudará no caso, são as características da pessoa. Para tanto, utilizar-se-á a imagem dos famosos comediantes Laurel and Hardy, conhecidos no Brasil como “o Gordo e o Magro”, para verificar como tal teoria funciona. Veja-se: No caso do Gordo, Laurel, apenas o guarda-chuva grande trará eficiência com relação à norma jurídica. Tanto os guarda-chuvas pequeno como o médio deixam o Gordo, Laurel, molhado. Os círculos vermelhos indicam que, no caso do guarda-chuva pequeno, ele molharia a cabeça e, no caso do guarda-chuva médio, o ombro. Percebe-se, aqui, que dos 3 (três) efeitos estipulados na consequência da norma jurídica em análise, apenas 1 (um) será considerado uma opção juridicamente válida, igualmente justa e idônea. Há, portanto, atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um. Já no caso do Magro, Hardy, tanto o guarda-chuva médio como o grande seriam eficientes na análise do caso concreto. Apenas o guarda-chuva pequeno molha o Magro e, por conseguinte, não seria uma opção juridicamente válida, justa e idônea. Os círculos vermelhos indicam que, no caso dos guarda-chuvas médio e grande, ele molharia as pernas e os pés. Percebe-se, aqui, que, dos 3 (três) efeitos estipulados na consequência das normas jurídicas em análise, 2 (dois) serão considerados opções juridicamente válidas, igualmente justas e idôneas. Percebe-se, aqui, que, mesmo depois da análise do caso concreto, manter-se-á uma margem de liberdade, neste caso, a discricionariedade. Não houve a atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um. Percebe-se que, de acordo com os princípios básicos do exercício da avaliação administrativa, no caso a eficiência, pode-se produzir, diante do caso concreto do Gordo (Laurel), uma vinculação do ente ou órgão administrativo de tal forma que somente resulte ajustada à natureza do assunto uma decisão determinada. No caso, a atrofia, míngua ou redução da liberdade de avaliação até o ponto de um único resultado ajustado ao Direito pode ter lugar quando, segundo a natureza do assunto, todas as demais alternativas ou opções possíveis suponham uma infração – contrária ao dever da Administração – de uma norma de maior categoria. Trata-se da ideia de que a norma jurídica em abstrato possui uma discricionariedade em potencial e que a discricionariedade administrativa somente existe, efetivamente, depois de feita a análise no caso concreto. Somente frente ao caso concreto é que se poderá dizer se existem várias alternativas ou opções válidas ou uma única hipótese válida, isso se constitui no ponto central desta teoria. Na situação analisada, apenas no caso do Magro (Hardy) existe discricionariedade efetiva. Isto porque existem duas alternativas ou opções válidas, ou seja, duas alternativas ou opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Esta é uma opção política, cuja definição é a opção entre as alternativas ou opções válidas feitas com critérios de política administrativa ou governamental, estes considerados como apropriados pelo administrador. Significa dizer que as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas. Ou seja, não há “melhor” ou “ótima” alternativa ou opção, essa, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada alternativa ou opção é a “melhor” ou “ótima”, esta será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação vinculada, e não de discricionariedade. Assim pensando, estar-se-á contra quem fundamenta o processo decisório das alternativas ou opções válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros, pois se existem alternativas ou opções mais razoáveis, mais proporcionais ou mais eficientes, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou ineficientes e,

portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no âmbito da interpretação, feito com o fim de delimitar quais são as alternativas ou opções válidas e, assim, delineando o universo de opções discricionais efetivas. A verdade é que a discricionariedade trabalha com a tentativa de definir o resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar uma determinada atuação. Logo, somente haverá discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos. Se houver alternativas ou opções válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial, passível de não ser confirmada a posteriori pela realidade concreta. Na atrofia, míngua ou redução da discricionariedade a zero ou a um, a decisão que, de partida, poderia ser tomada no âmbito da livre margem de decisão discricional, torna-se uma decisão vinculada na medida em que apenas na realidade é possível uma decisão. Esta “conversión” do discricional em vinculado pode resultar da aplicação dos limites, dos próprios deveres funcionais ou de normas de direito público que protegem diretamente particulares, especialmente no domínio dos direitos fundamentais. Sua concretização consiste, deste modo, na eliminação das possibilidades de opções existentes, até o ponto de subsistir uma única solução juridicamente possível. Consequência: possibilidade de controle judicial substitutivo, ou seja, a substituição da decisão administrativa por se estar diante de uma atuação vinculada. Tal substituição será não somente possível, como que necessária, pois é a única que se ajusta à regra da tutela judicial efetiva, que exige que o Judiciário vá tão longe quanto possa ser sua decisão. Desse modo, unicamente a desapareição da discricionariedade permite a substituição.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SADDY, Andre. Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um. Direito do Estado — Colunistas, 25 jan. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Saddy, A. (2017, January 25). Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SADDY, Andre. 2017. “Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um.” *Direito do Estado — Colunistas*, January 25. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>

BibTeX

```
@article{andre-saddy-atrofia-m-ngua-ou-redu-o-da-discricionar-2017,  
author = {Saddy, Andre},  
title = {Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um},  
journal = {Direito do Estado – Colunistas},  
year = {2017},  
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um},  
urldate = {2017-01-25}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/atrofia-mingua-ou-reducao-da-discricionariedade-administrativa-a-zero-ou-a-um>

PDF gerado em 2026-08-11 22:08 UTC