

Discrecionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção

Autor(a): André Saddy

Publicado em: s.d.

Publicação: professor_upload

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec#ep-dce87708

Texto integral

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS NORMAS JURÍDICAS EM ABSTRATO Limites e Técnicas de Contenção A. SADDY Doutorando em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência, pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Personal Docente e Investigador en Formación, no Departamento de Direito Administrativo da Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid Membro da Metholus Consultoría Jurídica Internacional DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS NORMAS JURÍDICAS EM ABSTRATO Limites e Técnicas de Contenção EDITORA LUMEN JURIS Rio de Janeiro 2010 www.lumenjuris.com.br EDITORES João de Almeida João Luiz da Silva Almeida Adriano Pilatti Alexandre Freitas Câmara Alexandre Moraes da Rosa Aury Lopes Jr. Cezar Roberto Bitencourt Cristiano Chaves de Farias Carlos Eduardo Adriano Japiassú Cláudio Carneiro Cristiano Rodrigues Elpídio Donizetti Emerson Garcia Fauzi Hassan Choukr Felipe Borring Rocha CONSELHO EDITORIAL Firly Nascimento Filho Frederico Price Grechi Geraldo L. M. Prado Gustavo Sénéchal de Goffredo Helena Elias Pinto Jean Carlos Fernandes João Carlos Souto João Marcelo de Lima Assafim José dos Santos Carvalho Filho Lúcio Antônio Chamon Junior Luis Carlos Alcoforado Manoel Messias Peixinho Marcellus Polastri Lima Marco Aurélio Bezerra de Melo Marcos Chut Marcos Juruena Villela Souto Mônica Gusmão Nelson Rosenvald Nilo Batista Paulo de Bessa Antunes Paulo Rangel Rodrigo Klippel Salo de Carvalho Sérgio André Rocha Sidney Guerra Rio de Janeiro Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H CEP 20011-000 – Centro Rio de Janeiro - RJ Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148 Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E Universidade Estácio de Sá Campus Tom Jobim – CEP 22630-011 Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980 São Paulo Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010 Vila Clementino - São Paulo - SP Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772 Brasília SCLS quadra, 402 bloco D - Loja 09 CEP 70236-540 - Asa Sul - Brasília - DF Tel. (61)3225-8569 Minas Gerais Rua Araguari, 359 - sala 53 CEP 30190-110 – Barro Preto Belo Horizonte - MG Tel. (31) 3292-6371 Bahia Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506 CEP 41770-235 - Costa Azul Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646 Rio Grande do Sul Rua Riachuelo, 1335 - Centro CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS Tel. (51) 3211-0700 Espírito

Santo Rua Constante Sodré, 322 – Térreo CEP: 29055-420 – Santa Lúcia Vitória - ES. Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659 Álvaro Mayrink da Costa Amilton Bueno de Carvalho Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro Antonio Carlos Martins Soares Artur de Brito Gueiros Souza Caio de Oliveira Lima CONSELHO CONSULTIVO Cesar Flores Firly Nascimento Filho Flávia Lages de Castro Francisco de Assis M. Tavares Gisele Cittadino Humberto Dalla Bernardina de Pinho João Theotônio Mendes de Almeida Jr. Ricardo Máximo Gomes Ferraz Sergio Demoro Hamilton Társis Nametala Sarlo Jorge Victor Gameiro Drummond Dedico este trabalho a paixão minha Daniella Reis Barbosa Saddy. Companheira para toda minha vida. A meus queridos familiares, em especial, minha mãe Leonidia Ferreira Arantes e meu pai Mario Jorge Saddy (in memoriam), a quem devo a vida e a formação moral. Copyright © 2010 by A. Saddy Categoria: Direito Administrativo Produção Editorial Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA. não se responsabiliza pela originalidade desta obra. É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei no 10.695, de 10/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei no 9.610/98). Todos os direitos desta edição reservados à Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. Impresso no Brasil Printed in Brazil	
Abreviaturas e Siglas	ix
Prólogo	
Autor.....	xvii
Introdução.....	1
Capítulo I – Estado Pós-Moderno, Administração e Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato.....	11
1.1. Estado, Política, Discricionariedade e Neoconstitucionalismo.....	11
1.2. Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato.....	26
1.2.1. Discricionariedade administrativa no âmbito das consequências jurídicas.....	27
1.2.2. Discricionariedade administrativa no âmbito das consequências jurídicas e do suposto de fato (indeterminado).....	29
1.2.3. Discricionariedade administrativa no âmbito do suposto de fato (imperfeito).....	30
1.3. Conceito de discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato e sua diferença perante a vinculação.....	33
1.3.1. Administração Pública como sujeito.....	39
1.3.2. Margem de liberdade/autonomia/volição	40
1.3.2.1. Margem parcial ou relativa.....	42
1.3.3. Dever de atender o interesse público.....	46
1.3.3.1. O dever discricional.....	56
1.3.4. O ordenamento como única fonte da discricionariedade administrativa.....	58
1.4. Localização da discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato.....	61
Abreviaturas e Siglas § - Parágrafo Art./Arts. - Artigo/Artigos Cap. - Capítulo CE -Comunidade Europeia / Tratado de Roma de 1947 com modificações COM - Comissão das Comunidades Europeias Coord. - Coordenador dir. - Diretor Dr. - Doutor ed. - Edição et al. - E outros Ex.: - Exemplo Ibidem ou ibid. - na mesma obra idem ou id. - igualmente a anterior In - Dentro de LGDJ - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence m. - Mês n.º - Número Op. cit. - Opus citatus (obra citada) apud citado - significando conforme, segundo Org. - Organizador p. - Página PUF - Presses Universitaires de France Sr. - Senhor ss. - Seguintes TCE - Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia UE - União Europeia UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina v. - Volume 1.4.1. Normas que conferem discricionariedade administrativa de atuação e de eleição.....	

61	1.4.1.1. A discricionariedade administrativa nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta	62
Capítulo II – Limites e Técnicas de Contenção da Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato.....		73
2.1. Limites à discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato		73
2.1.1. Determinação semântica da norma: interpretação e discricionariedade.....		80
2.1.1.1. Distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....		83
2.1.2. Resolução das concorrências e conflitos normativos..		94
2.1.2.1. Dever de observância ao interesse público, à boa administração, à eficiência e ao resultado.....		97
2.1.2.2. Dever de observância dos Direitos Humanos		98
2.1.2.3. Dever de observância das regras e princípios jurídicos.....		100
2.1.2.3.1. Princípios fundamentais.....		106
2.1.2.3.2. Princípios gerais.....		109
2.1.2.3.3. Princípios gerais do Direito Público		114
2.1.2.3.4. Princípios gerais do Direito Administrativo		124
2.1.2.3.5. Princípios setoriais do Direito Administrativo.....		132
2.1.3. Decisão propriamente dita.....		133
2.2. Limitações negativas e positivas da atuação administrativa ..		135
Conclusões		139
Referências Bibliográficas		159
ix viii Prólogo A discricionariedade administrativa tem sido e continuará a ser, certamente, um dos temas mais complexos da ciência jurídico-administrativa, no contexto do qual, como é sabido por todos os que mais próximo se encontram destas matérias, muitas páginas têm sido escritas e as mais diversas abordagens se têm sucedido. As razões de assim ser são conhecidas e justificam-no plenamente. Para além de tudo o mais, basta pensar que se trata do âmago da organização do Estado e das suas funções, especificamente na determinação da fronteira entre o poder que directamente afecta os particulares e o controlo jurisdicional desse poder, tal como se trata do espaço de actividade administrativa em que a lei já não dirige o respectivo conteúdo e onde, portanto, é a própria lei a fazer da decisão do órgão administrativo a expressão da vontade geral. Ao mesmo tempo, a discricionariedade administrativa convoca os mais apetecíveis problemas teóricos, constituindo um apetrechado laboratório para a análise de distintas questões científicas. Desde a avaliação da estrutura da norma para a percepção do ponto onde se encontra a sua abertura até a compreensão das relações entre o direito e a linguagem para o entendimento das palavras que, nos textos das normas, conferem uma zona de incerteza decisória, passando, ainda, pela forma de comportamento normativo dos princípios, e da sua distinção relativamente às regras, a propósito dos limites, tudo isto, e mais exemplos poderiam ser dados, aparece a propósito da discricionariedade administrativa e nela tem pertinência evidente. Não espanta, por tudo isto, que a discricionariedade administrativa esteja sempre na vanguarda da literatura científica jurídica incerteza administrativa, em razão de se tratar de uma incerteza semântica genericamente resolúvel, ou mesmo (iii) o problema mais genérico da relação entre as normas de interpretação jurídica e as próprias regras da língua, aspecto no qual muito há para compreender, nomeadamente quanto à subordinação do direito às regras da língua. Fora destes planos e no que concerne a aspectos comuns, a saliência é, evidentemente, para os limites internos da discricionariedade e, assim, para as normas que, a montante da que confere discricionariedade, estabelecem condicionamentos à escolha entre as alternativas ali previstas. É, porventura, o capítulo da discricionariedade administrativa que mais evoluiu nas últimas décadas – basta pensar nas técnicas que se têm elaborado a partir do princípio da proporcionalidade –, mas		

onde, simultaneamente, se colocam os problemas mais delicados. Quer em normas de princípio gerais da actividade administrativa, quer em normas de direitos fundamentais, muitas delas também normas de princípio, a questão acaba por se reconduzir quase sempre à determinação da fronteira da sindicabilidade: saber até que ponto é que o limite interno propicia um efectivo controlo de legalidade ou, dito de outro modo, saber qual é o ponto a partir do qual a invocação da norma limitadora já não é mais do que um arrimo desculpante de uma efectiva e ilegítima dupla administração. É isso que se vê, por exemplo, no princípio da igualdade, quando se trata de avaliar a analogia entre as situações que convocam a sua aplicação: a eleição dos critérios da analogia compreende orlas de subjectividade manifesta e, aí, o juiz deve estabelecer uma fronteira de sindicabilidade muito precisa, evitando a substituição das valorações administrativas pelas suas. O mesmo ocorre com o princípio da imparcialidade, quando se trata de saber o que são ou não, no contexto do procedimento conducente à decisão administrativa em causa, factos ou interesses relevantes, dado que a relevância ? irrelevância do que é considerado é factor decisivo para a legitimidade do controlo que por aqui se faz. A questão é particularmente sensível, e, porventura, publicista e que a evolução das percepções, primeiro, e das teorias, depois, seja contínua e célere. Os desafios teóricos que a discricionariedade administrativa coloca, apesar disso, não param de aparecer. Num certo sentido, pode até afirmar-se que, quanto mais barreiras se suplantam, maiores são os desafios que se colocam e maiores, também, os terrenos ainda por explorar. E a afirmação é aceitável, como se entende, em qualquer um dos dois quadrantes em que a discricionariedade administrativa tem sido equacionada: quer na abertura das normas, a discricionariedade pura e dura tradicional, quer nos problemas relativos à linguagem das normas, na compreensão das margens de livre apreciação que as frases e as palavras dos enunciados normativos conferem. No primeiro caso, e só por aqui, muitos são os campos de análise que a visão tripartida da norma (de previsão, operador deôntico e estatuição) criou. Por exemplo: (i) no problema da localização da discricionariedade na norma, onde o modo deôntico de permissão afecta as contrapostas teorias de localização na estatuição ou na previsão, (ii) na compreensão da discricionariedade conferida por normas de permissivas, que, entre outras coisas, vem questionar a justificabilidade científica da categoria tradicional da discricionariedade de acção, ou (iii) na análise da relação entre a existência normativa de alternativas e a insuficiência da previsão, aspecto no qual muito há a ver para compreender o que falta na previsão e como deve ser pensado e esse pressuposto implícito, essencial para a escolha administrativa. No segundo caso, é toda a análise linguística que pode dar frutos nas apreciações tradicionais da ciência jurídica, suplantando um certo experimentalismo em prol de uma avaliação mais consistente e mais cientificamente fundada. A título de exemplo, são questões prementes: (i) a própria estratégia metodológica de separação entre conceitos indeterminados e determinados, porventura incapaz de resistir às lições da open texture, mostrando que todas as palavras são mais ou menos indeterminadas, (ii) a compreensão da polissemia como efectiva causa linguística de indeterminação. Ao leitor dir-se-á, e por fim, apenas o seguinte: se um livro vale a pena quando com ele se aprende alguma coisa, o presente é, na opinião do autor destas breves linhas, um desses casos. David Duarte Lisboa, Dezembro de 2008 melhor exemplo não se poderia arranjar, quando se pensa num princípio limitador como o da moralidade administrativa, tal como previsto na Constituição brasileira vigente, em que a determinação do seu conteúdo preciso é condição necessária para que se compreenda qual a dimensão de legalidade que o mesmo transporta, estabelecendo-se a fronteira que iniba a que, sob a sua alçada, se faça uma avaliação da conduta administrativa equivalente a um exercício jurisdicional da função administrativa, a mais, convocando apreciações que possam, de algum modo, extravasar do estrito domínio da

normatividade jurídica. É neste contexto, com todos os desafios e todas as dificuldades que a matéria da discricionariedade administrativa convoca, e muito para além do que aqui se sumaria, que aparece o presente trabalho de André Saddy, obra de princípio de carreira, dada a juventude do autor, evidentemente, mas na qual já se constata uma captação realista dos problemas e uma construção muito adequada e bastante sólida na procura de respostas aos mesmos. Trata-se de um trabalho com propósitos académicos, mas no qual se encontra uma grande preocupação de sincronia com os modernos desafios que a teoria do direito traz para o direito administrativo, bem como, simultaneamente, o que não é fácil, uma sensibilidade apurada para as soluções que melhor casam com o discurso próprio da literatura administrativista. Para além disso, é um trabalho de investigação abrangente e que, no difícil terreno dos limites da discricionariedade administrativa, não só compreende útil e actualizada informação sobre o estado das coisas, como, aqui e ali, fornece pistas originais de reflexão a ter em conta e a considerar no futuro. A presente obra de André Saddy, elaborada numa fecunda ponte entre a tradição brasileira e o fruto de uma investigação realizada no continente europeu, constitui, assim sendo, um relevante contributo para a matéria, sendo um excelente exemplo de como frutífero pode ser o diálogo científico que aporta, com um tratamento coerente, inspirações de proveniências distintas.

xiv xv

Notas do Autor

O trabalho “Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção” corresponde ao relatório apresentado no final de setembro de 2007, no período escolar do curso de Mestrado em Administração Pública, realizado com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina, bolsa nº E06M100358BR, como exigência da disciplina “Teoria do Direito Público – Princípios e Regras do Direito Público: projeções constitucionais e administrativas”, ministrada pelo prof. Dr. David Duarte, classificada em maio de 2008. O estudo tem por objetivo analisar, no contexto do Estado Pós-moderno, diferentes aspectos das limitações da discricionariedade. No primeiro capítulo, aborda-se o surgimento do Estado, sua evolução e as transformações experimentadas pelo ente estatal, bem como uma visão global dos diferentes modelos de Estado, conferindo ênfase às funções e atividades do Poder Executivo no âmbito do Estado Pós-moderno. Em continuidade, procura-se contextualizar e focar a atenção na noção de discricionariedade administrativa, sua teorização e localização na norma jurídica, identificando-se um movimento cíclico de ampliação e redução da margem de ação e eleição do agente público ao largo da história. Em seguida, são focalizadas as distintas espécies de discricionariedade sob a óptica da doutrina, distinguindo igualmente entre discricionariedade potencial e efetiva, além de identificar os componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta para demonstrar onde está localizada a discricionariedade. No segundo capítulo, partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico é, ao mesmo tempo, pressuposto e limitado.

xvii

Igualmente, agradeço aos familiares, tios Maury Saddy e Carlinhos Saddy (in memoriam), pela dedicação e onipresença, antes e após o falecimento de seu irmão, meu pai. Aos meus queridos irmãos Felipe Saddy e Raphael Saddy, o primeiro pela alegria do “reencontro” e o segundo pelos ensinamentos de vida. À ambos obrigado pelos lindos sobrinhos Guilherme e Helena. À minha Avó, Gabriela Arantes, pelos carinhos sempre dedicados. Em seu nome, expresso o agradecimento a toda a família Arantes. A meu padrinho Ricardo Dias, pelas palavras de conhecimento e sabedoria na substituição de meu pai, em horas de vital importância, como na escolha de minha profissão e na conclusão de meu curso. Também, é devido um formal agradecimento aos companheiros do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros (NELB), que presidi no biênio 2006/2007, em especial, à Elisa Ustárroz, Caroline Alves Salvador e Carlos Marcos Borges. Aos demais companheiros de Mestrado, menciono Rafael Freitas Machado, para manifestar meu agradecimento a todos, pelo

apoio no Mestrado e junto à presidência do NELB. Por fim, não poderia deixar de mencionar e agradecer aos Professores Doutores Paulo Otero, Marcelo Rebelo de Sousa, José de Melo Alexandrino e, especialmente, a David Duarte e Jorge Miranda. A. Saddy MMVIII, novembro, Madri, Espanha

dores da discricionariedade, são descritas técnicas ou etapas que o agente público deve cumprir para chegar às estatuições válidas, ou seja, até a discricionariedade efetiva. Pois, uma vez verificada a existência de competência para atuar, deverá analisar se as normas lhe conferem discricionariedade: frente a uma discricionariedade potencial, deve o agente público tomar decisão que estabeleça os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto. Para adotar tal decisão, cumpre percorrer processo particularmente complexo, composto por várias etapas, a saber: ultrapassar os problemas de linguagem, isto é, definir a semântica da norma; resolver, caso haja – e sempre há – problemas de concorrências e conflitos normativos, em que merecem destaque as normas que regulam a discricionariedade nas normas jurídicas em abstrato e se transformam em discricionariedade efetiva; por fim, com as estatuições válidas restantes, tomará a decisão propriamente dita, que vinculará sua atuação a todos os casos com propriedades idênticas. Entre as estatuições válidas, terá o agente público essencialmente uma margem de atuação e eleição de política administrativa e governamental, não existindo qualquer ingerência limitativa nessa forma de atuação. Ficaria incompleta essa breve nota caso se omitisse um agradecimento a um conjunto de pessoas que, de uma forma ou outra, contribuíram para a feitura deste texto. Além da dedicatória, o agradecimento mais óbvio e merecido é o devido ao amigo e eterno professor, apesar de nunca ter-me sido dado o privilégio de cursar cadeiras acadêmicas sob sua responsabilidade, Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto. Em seu nome, fica aqui o agradecimento a toda a família Juruena. Menção especial também deve ser feita ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pela emoção e entusiasmo de um eterno jovem. Aos amigos que, mesmo à distância, sempre, estão presentes, homenagem na pessoa de Patrick Tomás Martins, irmão de consideração.

xviii xix

Introdução O homem é ser gregário que precisa do próximo para viver e cooperar no alcance dos fins de sua existência, no entanto, cada qual possui a faculdade de transformar suas vontades em atos. Aos poucos, o resultado da concretização dessas vontades tendeu a entrar em rota de colisão. Decorre daí a necessidade – em virtude dessa vida social num determinado território – de transferir o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante para que esse, agindo em nome da vontade de todos, pudesse zelar pelo bom funcionamento da sociedade, atingindo-se a harmonia e o bem-estar geral. Surgiu, então, a noção de Estado, como a expressão de vontade do povo assentado em determinado território, instituindo um governo, dotado de legitimidade para impor limites à liberdade individual em prol do interesse e da harmonia da coletividade. O Estado é meio para a consecução dos fins da sociedade, os quais constituem parte básica da ação governamental, estando o representante – ou se desejar, governante –, que havia recebido a concessão de poder, adstrito ao seu cumprimento, sendo inaceitável admitir-se que possa dispor de fins diversos dos perseguidos pelo povo. Assim como o Estado impõe limites à liberdade individual, verificou-se, ao longo dos séculos, a necessidade de se estabelecer limites ao seu poder, vista a tendência, já a partir de sua origem, de colocar-se como poder absoluto. Esses contornos à ação estatal decorreram de movimentos de luta que defendiam a criação de mecanismos e formas de limitá-lo. Nessa linha de pensamento, justifica-se a intenção de, no presente estudo, analisarem-se formas de contenção da discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato, e, 1 (Ermessensreduzierung auf Null), ou seja, trata-se de como a discricionariedade administrativa existente de forma abstrata se reduz, diante do caso concreto, a várias, ou a uma única, estatuição válida. Demonstra como a norma abstrata possui discricionariedade em potencial e evidencia que a discricionariedade

administrativa somente existe, efetivamente, mediante análise do caso concreto. O que justifica a pesquisa é a busca de diferentes formas de limitar a opção discricional da Administração Pública, redefinindo e retemperando as técnicas de contenção da mesma. Não obstante conhecer a existência de exaustivos trabalhos que abordam a discricionariedade administrativa,² o tema escolhido como objetivo desta investigação, apesar de também tratar da discricionariedade administrativa, assenta-se numa perspectiva apenas nestas, não tendo a intenção de estudar a discricionariedade judicial, nem a legislativa. Miguel Sánchez Morón¹ afirma que, principalmente num Estado desenvolvido: “los espacios de discrecionalidad son necesariamente muy extensos, y deben ser respetados, máxime cuando el ejercicio de la discrecionalidad comporta, porque así lo ha querido el legislador, valoraciones políticas de oportunidad”. Como assinalado, no âmbito de um Estado Pós-moderno, o presente trabalho pretende tratar de distintas técnicas de contenção e formas de limitações da discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato, demonstrando que se trata de um “caso difícil”, uma vez que proporciona gama ilimitada de soluções, eis que se precisa enfrentar dois ou mais princípios colidentes. No entanto, o ordenamento jurídico detém mecanismos econômicos, técnicos, sociais, entre outros limitadores desse tipo de discricionariedade. Assim, não se pretende abordar os diversos aspectos suscitados pela discricionariedade, seja ela judicial ou legislativa. O trabalho se limita a abordar a discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato, uma vez que se entende ser a norma – ainda que em última instância –, a única fonte decorrente da discricionariedade. Portanto, mesmo sendo parte integrante da discricionariedade administrativa, o trabalho não tratará de aspectos relacionados ao momento em que esta é aplicável ao ato administrativo, nem da localização da discricionariedade nos elementos do ato administrativo, da margem de liberdade que o agente público possui, mesmo nos casos de normas vinculativas, das causas da discricionariedade (indeterminação de conteúdo, linguística, intencional, como consequência dos defeitos do sistema), entre outras formas. Limita-se, este trabalho, ao estudo do atrofimento da discricionariedade ou a redução da discricionariedade a zero.

2 3 2 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002; VELA, César David Ciriano. Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo e jurisprudencial). Madrid: Lex Nova, 2000; BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997; DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997; FELIPE, M. Beltrán de. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid: Civitas, 1991; BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Remesen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. Juristen-Zeitung (JZ), 1995; WEBER, K. H. Regelungs- und Kontrollrichte im Atomrecht. Baden-Baden, 1984; SCHMIDT, Walter. Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur “Selbstbindung der Verwaltung”. Bad Homburg-Berlin-Zurich, 1969; STERN, Klaus. Remesen und unzulässige Ermessensausübung. Berlin, 1964; OBERMAYER, Klaus. Verhaltensermaßen der Verwaltungsbehörden. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1963; KELLNER, Hugo. Zum Beurteilungsspielraum. Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 1962; CZERMAK, Fritz. Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1961; JESCH, Dietrich. Unbestimmter Rechtsbegriff und Remesen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), vol. 82 (1957); REUSS, Hermann. Das Remesen. Deutsches

Verwaltungsblatt A. Saddy Discrecionalidade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato 1 MORÓN, Miguel Sánches. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, p. 122. Sob esse enfoque, até o momento, enquanto os estudos realizados procuram conceituar a discrecionalidade, diferenciar a mesma da vinculação e dos conceitos jurídicos indeterminados, tratar sobre a discrecionalidade técnica, discorrer a respeito da localização da discrecionalidade no ato administrativo e na norma jurídica, expor sobre o controle jurisdicional da atividade administrativa discricional; a presente investigação segue uma perspectiva distinta: tem por objetivo determinar os limites e traçar as técnicas que atrofiam ou reduzem a zero a discrecionalidade concedida à Administração pela norma jurídica em abstrato. Pretende-se estudar a discrecionalidade, pois, como Tomás-Ramón Fernández³ sustenta, ela: “ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho administrativo” e Bernard Schwartz,⁴ no mesmo tom, afirma: “verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho administrativo si no es del control de la discricionalidad?”. Apesar de exageradas, parecem acertadas tais afirmações. A discrecionalidade do Poder Executivo sempre causou problemas para o Estado em si e, por conseguinte, para o Direito Público, pois constitui um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder. Ademais, como bem assinala K. H. Weber:⁵ Kompetenz-abgrenzungen im Gefüge der Staatsgewalten ranken sich, soweit es um die Beziehungen der Exekutive va de aproximação substancialmente diferente: não se trata de verificar se a discrecionalidade está inevitavelmente presente nos atos da Administração Pública, de modo que se constitua como um dos elementos definidores da atividade administrativa, nem tampouco de saber se cabe controle jurisdicional da discricionalidade ou de como se deveria exercitar tal controle. Visa-se traçar a configuração da discrecionalidade administrativa na norma jurídica em abstrato e estudar as técnicas de atrofiamiento da discrecionalidade ou da redução da discrecionalidade a zero. 4 5 3 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Discrecionalidad y jurisdicción revisora. Revista Española de Derecho Administrativo. n. 2, jul-sep, 1974, p. 285. 4 In: ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia, jueces y control de la Administración. Madrid: Civitas, 1995, p. 23. M. WALINE (In: MARÍN, Carmen Chinchilla. La desviación de poder. Madrid: Thomson-civitas, 2004, p. 231) afirma ser a discrecionalidade o elemento definidor do Direito Administrativo. 5 WEBER, K. H. Regelungs-und Kontrollsdichte im Atomrecht. Baden-Baden, 1984, p. 119. In: BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 22. A. Saddy Discrecionalidade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato (DVBL), 1953; BOTTINO, Gabriele. Equità e discrezionalità amministrativa. Milano: Giuffrè, 2004; BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986; BOCKEL, Alain Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Actualité juridique. Droit administratif, I. Doctrine, 1978, p. 355-370 ; VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Paris: M. Giard, 1930; VAUGHN, Jacqueline, OTEN- YO, Eric. Managerial discretion in government decision making: beyond the street level. London: Jones and Vartlett Publishers, 2006; COUNCIL OF EUROPE. Administrative discretion and problems of accountability: proceedings: 25th Colloquy on European Law: Oxford (united Kingdom), 27-29 September 1995. Strasbourg: Council of Europe, 1997; SHUMAVON, Douglas H. HIBBELN, H. Kenneth. Administrative discretion and police policy implementation. New York: Praeger, 1986; GALLIGAN, Denis James. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon, 1986; 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; AYALA, Bernardo Diniz de. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995; SOUSA, António Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; POLTRONIERI, Renato. Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambiguidade da norma jurídica positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Igualmente, é relevante assinalar que a discricionariedade administrativa é tema clássico do Direito Público; por isso, é difícil trazer algo novo a seu estudo. Entendendo que, no Direito, é apenas possível estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenômenos para que se possa compreendê-los melhor,¹⁰ não interessa, no presente trabalho, voltar aos assuntos já estudados por outras investigações. Tem-se a pretensão de estudar a discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato, seus limites e técnicas de contenção da mesma. Assim se deseja, porque tal enfoque, até o presente momento, não teve a devida consolidação por parte da doutrina. É esta consolidação que se tenta trazer a lume, respondendo a uma série de perguntas, tais como: qual é a efetiva zona de liberdade de atuação do agente público? É possível ou não reconhecer, no exercício dos poderes administrativos, uma zona de liberdade de conduta? Em caso afirmativo, quais os limites impostos ao exercício dessa discricionariedade? Existindo discricionariedade, quando foi efetivamente o sujeito investido de tal? No plano abstrato da norma, apresenta-se tal liberdade de atuar a priori, ou no plano concreto dos fatos está configurada in concreto mais de uma alternativa válida de ação? Quais técnicas jurídicas devem ser utilizadas para a verificação do adequado cumprimento da lei no exercício da função administrativa? No plano normativo, em que elementos da norma está localizada a discricionariedade? Os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade? Que atos da Administração podem ser controlados e revistos pelo Poder Judicial ou pelo denominado contencioso administrativo? Ao responder a essas questões, serão abordados alguns requisitos para seguir um método apropriado à estruturação do tema. Desde o início, foi imperativo fixar premissas que serviram para o desenvolvimento do trabalho. Em razão disso, no primeiro capítulo

7 10 NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 17. Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato gegenüber der Legislative (Intensität der gesetzlichen Bindung) und gegenüber der Judikativen (Dichte und Umfang der gerichtlichen Kontrolle) NET, um die Lehre vom Ermessen.⁶ No mesmo sentido, Miguel Sánchez Morón⁷ parte do princípio de que a discricionariedade administrativa seja “un problema siempre recurrente, sobre el que la polémica jamás parece agotarse”, porque: entre otras cosas – añade – afecta de lleno al equilibrio de poderes, un equilibrio siempre inestable, modificado por la evolución de las circunstancias históricas y que, de tanto en tanto, si no continuamente, necesita recomponerse. O mesmo autor⁸ entende que não somente é completamente natural a “amplitud de los poderes discrecionales de que goza cualquier Administración moderna”, mas que “es necesaria en el Estado de Derecho y tiene un fundamento constitucional”. Assim, também, Martin Bullinger⁹ afirma: “la discrecionalidad no es un cuerpo extraño en el Derecho administrativo de un Estado de Derecho sino [...] un elemento necesario de una Administración eficiente, también en interés de cada ciudadano”. ⁶ 6 “A delimitação das competências dos poderes do Estado gira, quando se trata das

relações entre o executivo e o legislativo (intensidade da vinculação legal) e das relações entre o executivo e o poder judicial (alcance e intensidade de controle judicial), em torno da teoria da discricionariedade” (Tradução livre do Autor). 7 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 9. 8 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 109 e 112, respectivamente. 9 In: BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41.

A. Saddy va nessa forma de atuação. O trabalho foi realizado pensando-se na prática da Administração Pública, mas é certo que, mesmo no contexto da prática administrativa, a exposição científica de um trabalho, como o aqui pretendido, necessita de metodologia suficientemente didática para que o jurista possa utilizá-la. No desenvolvimento do estudo, optou-se por uma metodologia que engloba fórmulas descritivas, indutivas, dedutivas, ad auctoritate e documentais. Por vezes, são relatados conceitos de publicistas renomados – alguns e não todos – procurando-se extrair deles um corte nuclear comum. Outras vezes, parte-se de noções gerais para específicas no intuito de tornar mais seguras as conclusões. Quanto à terminologia, é importante esclarecer quatro termos, quais sejam: limite, contenção, atrofia e redução. No presente trabalho, limite deve ser entendido como o extremo a que pode chegar, como o ponto da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato, que não pode ser ultrapassado. Já contenção tem o significado de manutenção, detenção, controle da discricionariedade administrativa, dentro dos limites previamente fixados. Atrofia, por sua vez, expressa a diminuição no tamanho ou número, ou em ambas, de uma ou várias alternativas conferidas pela norma jurídica em abstrato, significa não deixar desenvolver-se. Por fim, redução significa tornar menos, estreitar, diminuir as proporções da discricionariedade administrativa, concedida pela norma jurídica em abstrato. Ainda sobre a terminologia, ressaltam-se também os conceitos diversos que se tem sobre a discricionariedade; ora se emprega a expressão poder discricionário, ora dever discricionário, ora ato discricionário e até atuação discricional. A rigor, existe diferença semântica entre os vocábulos; todavia, todos reportam a um mesmo fenômeno. De todo modo, optou-se pelo termo discricionariedade, visto que parece mais apropriado e significa qualidade ou estado de dada atividade ser discricional. tulo, trata-se do surgimento do Estado, os principais modelos e seus distintos aspectos relacionados com a discricionariedade e as transformações experimentadas pelo Estado, para explicitar uma visão global dos atuais modelos de Estado, expondo as funções e atividades do Poder Executivo compatíveis com um Estado Pós-moderno. Em seguida, a ênfase recai na noção de discricionariedade administrativa, sua teorização e localização na norma jurídica. Em prosseguimento, expõem-se pontos de vistas da doutrina sobre a noção de discricionariedade para aportar ao trabalho uma noção própria de discricionariedade, distinguindo discricionariedade potencial e efetiva, além de aportar distintas espécies de discricionariedade. Também, sendo contemplados os componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta para demonstrar onde está localizada a discricionariedade. No segundo capítulo, a premissa é de que o ordenamento jurídico configura-se, ao mesmo tempo, como pressuposto e limitador da discricionariedade. Nesse contexto, analisam-se as técnicas ou etapas que o agente público precisa cumprir para chegar às estatuições válidas, isto é, até a discricionariedade efetiva. Constatada a competência para atuar, deverá analisar se as normas lhe conferem discricionariedade e, em frente à discricionariedade potencial, deve o agente público tomar decisão que estabeleça os efeitos deonticos aplicáveis ao caso concreto. Para adotar tal decisão, terá que percorrer um processo particularmente complexo composto por várias etapas: ultrapassar os problemas da linguagem, definindo a semântica da

norma; resolver, caso haja – e sem- pre há –, problemas de concorrências e conflitos normativos. É, nesse contexto, que entram as normas que regulam a discricionari- edade, quando as normas jurídicas em abstrato começam a trans- formar-se em discricionari- edade efetiva. Por fim, com as estatui- ções válidas restantes tomará a decisão propriamente dita, que vin- culará sua atuação a todos os casos com propriedades idênticas. Ressalta-se que, entre as estatuições válidas, terá o agente público essencialmente uma margem de atuação e eleição de política administrativa e governamental, não existindo ingerência limitati- 8 9 A. Saddy Discricionari- edade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato Capítulo I Estado Pós-Moderno, Administração e Discricionari- edade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato 1.1. Estado, Política, Discricionari- edade e Neoconstitucionalismo Poder é a energia que movimenta o homem e as sociedades para a realização de objetivos; é o que move indivíduos e grupos na busca de suas realizações.¹ Por óbvio, que aos poucos, diversas ins- Ressalta-se que o trabalho analisa um conjunto complexo de problemas, tentando passar uma visão didática sobre o tema; porém, em momento algum, tem-se a pretensão de fazer exposi- ção completa e exaustiva do mesmo. Em benefício da clareza, primou-se para que o texto trata- se dos pontos principais que compreendem a matéria, reservan- do-se para as notas de rodapé as referências complementares, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho, tentando sempre que a citação permita ao leitor mais interessado a rápida localização das fontes. Por fim, registra-se que o trabalho não representa proposta política-ideológica de reduzir o campo de atuação do Poder Judiciário ou mesmo de fundamentar a concessão de mais pode- res à Administração Pública, busca-se simples e modestamente agregar valor à literatura existente, sem fazer mera compilação acrítica de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais. 10 11 1 É fato que o poder é um fenômeno humano indissociável da sua personalidade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto o define assim: “no sentido antropológico, o poder é visto como um diferencial de capacidade entre os seres humanos, que habilita a vontade qualificada a produzir efeitos que não ocorreriam espontanea- mente. No sentido sociológico, o poder é considerado a energia social que se transfunde na instituição para articular a vida coletiva. No sentido político, o poder aparece como o elemento essencial da relação comando-obediência, como energia inter-relacional que move os indivíduos e as coletividades para a reali- zação de suas respectivas finalidades: individuais, grupais, nacionais e metana- cionais” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5). Mais adiante, o autor afirma que as relações de poder podem ser de antagonis- mos, cooperação ou defrontação. Argumenta, que poderes, quando confronta- dos, se antagônicos, tendem a entrar em conflito, ocorrendo a dominação de um e a subordinação de outro, no entanto, eventualmente, podem se compor levan- do à cooperação, que resultará num esforço recíproco. Logo, uma relação de anta- gonismo pode levar à debilitação e à extinção de um ou de ambos os poderes em conflito, por outro lado, a construção de uma relação de cooperação, ao invés, pode levar, ademais do robustecimento de ambos, eventualmente, a uma nova e mais complexa forma de integração. Para o autor, também se pode vislumbrar um estado relacional intermediário, de simples defrontação, nem de confronta- A. Saddy Criaram-se, em virtude disso, as instituições políticas, que, em seu conjunto, abarcam a organização política de deter- minado povo, que produziu a modalidade institucional do Estado, a quem se reconhece a expressão de vontade popular, assentado em determinado território, instituindo um governo dotado de legitimidade para impor limites – maiores ou meno- res – à liberdade individual, em prol do interesse e da harmo- nia da coletividade.⁴ Nessa concepção, o Estado é meio para a consecução dos fins da sociedade, hoje, normalmente positivados na Consti- tuição.⁵ Tais fins constituem peça fundamental na ação governa- mental, estando os agentes públicos, que receberam a outorga de poder, adstritos ao seu

cumprimento.⁶ De longa data, os agentes públicos possuíam a tarefa de administrar a vida social, resolvendo conflitos, amigavelmente ou por força, por meio de normas por eles emanadas. Aristóteles identificou 13 4 Por exemplo, para Giorgio Del Vecchio, o: “Estado racionalmente concebido é o ponto ideal de convergência dos direitos individuais, que lhe são logicamente anteriores, mesmo quando dêle esperam o positivo reconhecimento e a positiva confirmação. Em todos os momentos de sua ação não pode o Estado prescindir daquela sua fundamental “razão de ser”, que representa, a um tempo, seu princípio e fim, entendendo êstes vocábulos, não em sentido empírico ou cronológico, mas na significação filosófica que lhes é peculiar” (VECCHIO, Giorgio Del. Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 100. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho). 5 Kelsen, Hans. Teoría general del Estado. Granada: Comares, 2002. 6 Aurora Arnaiz Amigo: “Los fines esenciales e integrales de un Estado determinado forman su acervo doctrinario y programático, que se encuentran en los principios políticos y en su organización. Ambos originan las Cartas Magnas de los Estados Modernos. Así, la política de los gobernantes y de los gobernados deberá tender a laborar una estructura social consecuente con los principios elaborados. En la acción política la exaltación de las plataformas pragmáticas suele encubrir el vacío de la improvisación, antesala de la anarquía. Sin principios que aplicar, y sin acción dirigida a la consecución de fines, no hay sociedad política. Podrá existir una comunidad detenida en el tiempo y atendida a un matriarcado social, sinónimo de elementos primigenios no desarrollados” (AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines del Estado. Justitia. São Paulo, v. 36, n.87, p. 163-187, out./dez. 1974, p.173). Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato tências sociais de poder colidem, fazendo-se necessários mecanismos que garantam segurança, como uma espécie de previsibilidade do curso dos acontecimentos. Nesse movimento, surgiu o conceito de ordem como forma de organização dos fenômenos do poder, de modo a assegurar tal previsibilidade, identificando-se, em paralelo, o estabelecimento de uma ordem artificialmente criada, dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social. É o Direito, que também de maneira simplificada, seria a técnica social criada para disciplinar, limitar e conter o abuso de poder. Em outras palavras, significa que é o conjunto de normas dotadas de autoridade, que institucionalizam comandos em determinada sociedade. Ambos – poder e Direito – relacionam-se dialeticamente com a noção de liberdade. Como o poder tende a manifestar-se por meio de instituições sociais, observou-se, ao longo dos tempos, ser imperativo transferir o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante, o qual, agindo em nome da vontade de todos, zelasse pelo bom funcionamento da sociedade, atingindo-se a harmonia e o bem-estar geral.² Como se pode depreender, a sociedade se funda no reconhecimento de um polo de poder suficiente para impor, coercitivamente, comportamentos, e assegurar convergências.³ 12 ção nem de cooperação (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7 e 8). 2 O fundamento deste poder citado varia conforme a época e o contexto histórico. Há quem sustente o fundamento teológico do poder, em que o poder do governante deriva de Deus, no sentido de que o poder máximo que este detém sobre os demais encontra sua justificativa no fato de que ele é uma manifestação do poder que Deus tem sobre o mundo. Outros sustentam que o poder deriva de um acontecimento histórico ou de uma determinada direção do desenvolvimento histórico, que concentram numa pessoa, numa classe, num povo, a força para governar outros homens. Por fim, tem-se como fundamento do poder o livre acordo dos homens, que, num determinado momento histórico, decidiram a criação do Estado. 3 A sociedade, diferentemente da comunidade, de formação espontânea e regida pelo Direito natural, tem formação voluntária, regida pelo Direito positivo. Estruturada por um poder dominante, é regida por um contrato, cujas leis encontram sua plenitude nos fins sociais. A. Saddy separação dos poderes.¹⁰ 3)

Teoria da soberania popular ou democracia.¹¹ Nesse processo evolutivo, a Administração Pública está sempre na busca do equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais, sendo a discricionariedade o pilar de 15 que se modela segundo o reconhecimento dos Direitos naturais individuais é o Estado liberal, no sentido originário da palavra. ¹⁰ Existem outras teorias que impõem ao Estado limites internos: independentemente do fato de que o poder estatal tenha que deter-se frente a Direitos preexistentes ao Estado, as mesmas sustentam que a melhor maneira de limitar este poder é quebrá-lo. Trata-se de conseguir que: a) a massa do poder estatal não seja concentrada numa só pessoa, mas distribuída entre diversas pessoas; b) que as diferentes funções estatais não sejam confundidas num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos. Segundo esta teoria, o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões: 1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo; 2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou equilíbrio dos poderes) de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado. Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, a teoria da separação dos poderes exige que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por esta teoria, Estado que foi também chamado Estado Constitucional, quer dizer, aquele Estado no qual os poderes legislativos, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente. ¹¹ Existe uma terceira maneira de opor-se ao Estado absoluto do príncipe, proposta pelas teorias democráticas. Segundo estas teorias, não se trata de conter o poder limitando o mesmo por meio de Direitos naturais ou por meio da distribuição para órgãos diferentes, mas de alcançar a participação de todos os cidadãos. Trata-se de uma verdadeira quebra do poder estatal, o qual, pertencendo a todos, disse Rousseau, é como se não pertencesse totalmente a ninguém. Veja-se que, nesta teoria, o remédio contra o abuso do poder não é tanto a limitação do poder, mas a mudança incondicional do seu titular. O ponto de partida desta teoria é a hipótese de que o poder fundamentado no consenso popular não possa cometer abusos, ou seja, que o povo não possa exercer o poder que lhe pertence contra si mesmo. Então, a diferença entre a teoria democrática e as outras duas consiste nisso: frente ao abuso do poder, as duas primeiras buscam motivos para limitar o poder absoluto; a terceira considera que o único remédio seja o fato de atribuir o poder a quem por sua própria natureza não pode abusar dele, ou seja, à vontade geral. Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato, primeiramente, o que hoje se entende como funções do Estado (deliberante, executiva e judiciária). Mais adiante, Locke, que também observou três funções do Estado, recomendou que seus exercícios fossem realizados por órgãos independentes, ressaltando-se a superioridade da função federativa. Somente com Montesquieu que, sistematizando as lições de Aristóteles e Locke, preconizou-se que o exercício das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas distintas, cada qual atuando com independência no exercício de suas funções primordiais; afinal, se o uso do poder levaria a abusos, somente o poder limitaria o próprio poder.⁷ Entretanto, verificou-se, no advento dos séculos, a premência de estabelecer limites ao poder do Estado. Desde então, permanece latente a tensão entre poder e liberdade. Designou-se como constitucionalismo o conjunto de movimentos de luta contra o abuso do poder estatal, buscando mecanismos e formas para limitá-lo. Norberto Bobbio⁸ classifica três grandes grupos contra o abuso de poder: 1) Teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo;⁹ 2) Teorias da

¹⁴ 7 Montesquieu afirma: “mais, c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté a en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le diroit! La vertu même a besoin de limites [...] Tout seroit perdu si lè même homme ou le

même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exer- çoient ces trois provours : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou des différends des particuliers" (MON- TESQUIEU. De L'Esprit del Lois. Paris: Garnier Frères, 1869, p. 142 e 143).

8 BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992, p. 15-17. 9 Segundo esta teoria, o poder do Estado tem um limite externo: que decorre do fato de que, além do Direito proposto pela vontade do príncipe (Direito positi- vo), existe um Direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, indepen- dentemente da participação desta ou daquela comunidade política. Estes Direitos são os Direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não depen- dem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os Direitos naturais constituem assim um limite ao poder do Estado, pelo fato de que o Estado deve reconhecê-los, não pode violá- los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício.

O Estado A. Saddy Nesse processo, o modelo de Estado moderno evoluiu de um protótipo personalizado e absolutista, caracterizado pelo poder ilimitado do monarca, para configurações mais avançadas, como a do tipo de Estado legalizado, sob a égide do Estado de Direito,¹⁶ atento à legalidade, mas desinteressado da legitimida- de; ou seja, qualquer que fosse a lei emanada do Estado, consti- tuiria sempre o Direito.¹⁷ O Estado de Direito moderno nasce com a forma de Estado de Polícia,¹⁸ mas é apenas com o Estado legislativo de Direito, que o princípio da legalidade ganha projeção como critério exclusivo de identificação do Direito válido e antes ainda exis- tente, com independência de sua valoração como justo. Apenas com a subordinação da legalidade à Constituição, apenas quando

17 16 Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere que pela concepção clássica do Estado de Direito, seus pontos fundamentais são: "1. o reconhecimento da liberdade dos cidadãos, dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis; 2. o princí- pio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei; 3. o princípio da justicialidade, que exige a existên- cia de um órgão independente para decidir os litígios; 4. o princípio da igualda- de de todos perante o direito, vedado qualquer tipo de discriminação; 5. a con- cepção substancial do direito que, fazendo-o decorrer da natureza do homem, imprime-lhe caráter de justiça" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22 e 23). 17 O Estado Moderno surgiu dessa reação, que teve como marco histórico as duas revoluções inglesas do século XVII e a revolução francesa do século XVIII. Vale recordar que existiu um Estado de Direito Pré-moderno, de formação não-legis- lativa, mas jurisprudencial e doutrinal, onde não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas apenas, uma pluralidade de fontes e orde- namentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (império, Igreja, príncipe, corporações, entre outros), nenhum dos quais tinham monopólio na produção jurídica. 18 No regime do Estado de Polícia, adotou-se como forma de governo a monarquia absoluta. Nesse período histórico, a discricionariedade era a mais ampla possí- vel. O administrador tinha a total liberdade, tendo em vista os dois fundamen- tos caracterizadores desse Estado – soberania e polícia – de assumir novos fins e procurar realizá-los independentemente de norma legal. Poder-se-ia dizer que, naquela época, só existia arbitrariedade e não discricionariedade. Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato sustentação desse equilíbrio, caindo ora para o lado das prerroga- tivas, ora para o lado dos direitos individuais.¹² Isso ocorre por- que, como o demonstra a história, com o transcorrer do tempo, a sociedade tende a alterar sua visão do mundo, valores básicos, estruturas políticas e sociais e, entre essas mudanças, pode-se verificar distintas fases da discricionariedade. Com a dissolução da

sociedade medieval pluralista,¹³ nasceu o Estado absolutista, que ignorava qualquer outro ordenamento jurídico distinto do não-estatal,¹⁴ e toda outra fonte jurídica esta- tal que não a lei.¹⁵ Na prática, o exercício desse poder conduziu ao abuso, visto que a Administração Pública não estava vinculada a qualquer tipo de limitação à sua atividade, o que instigou os comuns à rea- ção e levou à decadência do Estado. 16 12 Esse contexto ocorre sobre a visão do Estado nacional, fruto do pacto entre bur- guesia e realeza, para minimizar simultaneamente o poder da nobreza feudal e do papado. 13 Pluralista, pois o Direito sob a qual estava regulada originava-se de diferentes fontes e estava organizado em diversos ordenamentos. 14 Norberto Bobbio, nesse sentido, assevera: “entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absolu

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, André. Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção. professor_upload, 2026. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec>. Acesso em: 26 set. 2026.

APA 7ª edição

Saddy, A. (2026). Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção. *professor_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SADDY, André. 2026. "Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção." *professor_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec>

BibTeX

```
@article{andr-saddy-discricionariedade-administrativa-nas-no-2026,  
  author = {Saddy, André},  
  title = {Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção},  
  journal = {professor_upload},  
  year = {2026},  
  url = {https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhagual 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/discricionariedade-administrativa-nas-normas-juridicas-em-abstrato-limites-e-tec>

PDF gerado em 2026-09-26 18:02 UTC