

Contributo para a Angelização da Discricionariedade

Autor(a): Ricardo Marcondes Martins

Publicado em: 17 de maio de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade#ep-19cc1c80

Resumo

Philip Zorn, segundo informado por Afonso Rodrigues Queiró (RDA 6:44), chamou, no longínquo ano de 1894, a noção de discricionariedade de “quaestio diabolica”.

Texto integral

Philip Zorn, segundo informado por Afonso Rodrigues Queiró (RDA 6:44), chamou, no longínquo ano de 1894, a noção de discricionariedade de “quaestio diabolica”. Levando em conta minha experiência, primeiro como aluno de Direito, depois como pesquisador e hoje como Professor, com muita tristeza, reconheço: ao menos no Brasil, a afirmação continua verdadeira. Seu caráter “diabólico”, porém, a meu ver, não decorre do conceito em si, mas do acentuado desentendimento sobre seu significado. Em “Notas sobre direito e linguagem” Genaro R. Carrió afirma que boa parte das disputas entre os juristas decorre da falta de clareza sobre o significado dos termos que aparecem na teoria jurídica. Eis o problema da discricionariedade: todos divergem sobre as questões que a envolvem, não porque, de fato, divergem sobre essas questões, mas porque usam a palavra “discricionariedade” com significados totalmente distintos. Tudo fica diabolicamente difícil porque ninguém esclarece a discrepância significativa: todos mencionam a palavra como se estivessem, sempre, falando da mesma coisa. É fácil imaginar a dificuldade para o estudante que inicia seus estudos, e mais ainda para um leigo na área jurídica. A questão — não poderia ser diferente — torna-se diabólica. Pretendo aqui apresentar meu entendimento sobre o significado da discricionariedade e, a partir dele, expor algumas consequências jurídicas decorrentes do conceito. Meu objetivo principal, contudo, é demonstrar o problema a que aludi: como os juristas pensam divergir sobre as questões de fundo, quando, na verdade, sem reconhecer, divergem sobre o significado da palavra. Com isso, pretendo contribuir para “angelização” da discricionariedade. Para alcançar meu segundo objetivo, tomarei por base o excelente estudo de Georges Abboud (“Discricionariedade administrativa e judicial”), fruto de tese de doutoramento em direito, defendida na PUC/SP. Escolho a obra por quatro motivos: a) por se tratar de um dos estudos mais recentes sobre o tema na doutrina brasileira; b) por apresentar pesquisa de indiscutível seriedade científica; c) por não se limitar a reproduzir os discursos alheios, apresentando um exame profundo, alicerçado em amplíssima pesquisa; d) por realizar expressa crítica a meu conceito de discricionariedade. O último fator me possibilita explicitar o problema a que me referi. Abboud revela não apenas uma

discordância, mas uma perplexidade em relação à minha proposta: chega a afirmar ser “incrível” existir alguém que a sustente. O que me surpreende é que, quando ele se refere a problemas concretos, praticamente nunca divergimos. Com efeito: eu concordei com quase todas as conclusões que ele assume perante julgados específicos, e ele menciona vários. É, nas palavras dele, “incrível” que eu defenda o conceito que defendo, mas para mim é mais incrível que, apesar disso, concordemos, no que refere às questões concretas, em quase tudo. Nossas divergências estão nas premissas teóricas. Tomo a obra de Abboud como um bom parâmetro para explicar o problema linguístico que está por trás do uso da palavra “discricionariedade”. Não pretendo aqui efetivar uma crítica ao pensamento dele. De fato, considero sua obra excelente, aprendi muito com ela. Dito isso, resumo a interessante classificação proposta por Abboud sobre os significados atribuídos à palavra discricionariedade. Para ele há cinco conceitos: 1) “discricionariedade interpretativa”, em que a atuação discricionária é contraposta à atuação vinculada — nesta, a resposta jurídica já está contida na lei e deve ser apurada pela interpretação, na discricionária, a resposta é determinada pelo agente administrativo —; 2) “discricionariedade optativa”, consistente na possibilidade dada ao agente de escolher entre uma multiplicidade de opções possíveis; 3) “discricionariedade performática”, em que a discricionariedade se justifica por si só, resultando em atos que criam uma autoblindagem pela invocação do “interesse público” ou da “conveniência e oportunidade”; 4) “discricionariedade volitiva”, consistente na concretização da vontade do administrador; 5) “discricionariedade técnica”, em que se atribui à Administração o poder de atuar de acordo com saberes especializados. Após essa discriminação, Abboud é peremptório: numa leitura correta do Direito, segundo ele, nenhuma dessas supostas discricionariedades existe; sempre haveria, do ponto de vista jurídico, a melhor resposta, a melhor interpretação, de modo que “admitir melhores respostas nos joga no abismo do relativismo”. São dezenas de páginas, numa argumentação técnica muitíssimo boa, insistentes nesta tese: não existe discricionariedade administrativa. Porém, depois delas — e isso para mim resulta paradoxal —, ele reconhece existir discricionariedade quando se trata de decisão fundamentada em “critérios extrajurídicos”, como um “ato administrativo meramente organizacional que determine o horário que iniciará a sessão de julgamento ou votação ou ainda quando será servido o cafezinho”. Logo em seguida, afirma: na nomeação de um Reitor, oriundo de lista tríplice, pode ser escolhido qualquer um dos três e a decisão será válida. E conclui: “somente há discricionariedade para solução de questões não jurídicas”. Confesso que ao chegar ao final fiquei confuso: não existe discricionariedade... mas existe quando não se tratar de questão jurídica. Mas qual é o critério científico para saber quando não se trata de “questão jurídica”? Resumido o pensamento do autor, passo a expor meu pensamento sobre a discricionariedade. Segundo Abboud, adoto o que ele chama de “discricionariedade volitiva”. Sua crítica sobre a minha posição apoia-se num exemplo de que me valho para explicar uma das teses que sustento sobre o tema. Concordo que, talvez, o exemplo seja ruim, mas ainda não me convenci de que meus pressupostos teóricos estão equivocados. Vamos a eles. Discordo de que no Estado de Direito existem questões “não jurídicas”. Não existe atuação fora do Direito. Assim, mesmo um ato privado, aparentemente não disciplinado na lei, é abrangido pelo Direito: trata-se da esfera da liberdade, protegida constitucionalmente contra investidas indevidas. Em relação ao exercício de função pública, a afirmação é, para mim, muito mais incisiva. Venho sustentando que não existe “liberdade” nas atividades estatais. O agente público nunca pode decidir apenas pelo livre-arbítrio, quer dizer, nunca agirá livremente. Assim, todo exercício de função pública é regrado pelo Direito, globalmente considerado. Insisto: toda decisão adotada no exercício da função pública — seja função constituinte, reformadora, legislativa, administrativa ou jurisdicional — não é uma decisão

livre, baseada no livre-arbítrio de quem a adota; é, pois, uma decisão jurídica. Valendo-me do exemplo apresentado por Abboud, se a escolha, a partir de uma lista tríplice, se deu porque um dos integrantes da lista pagou uma propina ao nomeante, me parece que a decisão é inválida. Insisto: a escolha não pode ser arbitrária, fundamentada apenas no livre-arbítrio, mesmo na competência discricionária. Para entender a discricionariedade, deve-se perceber que há “valorações objetivas” e “valorações subjetivas”. A não percepção disso é para mim o maior equívoco filosófico de Hans Kelsen. Para ele toda valoração é subjetiva, quer dizer, depende da opinião de cada um, é um fato do pluralismo político. Por isso, segundo Kelsen, em relação às valorações, o Direito sempre aceita a escolha do agente competente. No Capítulo VIII da “Teoria Pura” Kelsen foi coerente com sua premissa: a decisão, mesmo a judicial, é sempre fruto da escolha do agente competente, a partir de uma valoração dele, subjetiva. Discordo da premissa. Os valores são sempre relativos, não existe valor absoluto, de modo que a importância do valor dependerá sempre das circunstâncias, mas disso não decorre que a valoração seja sempre subjetiva. Há valorações que devem ser objetivas, ou seja, devem ser impostas a todos, independentemente de eventual divergência. Assim, colocar judeus num campo de concentração e eliminá-los é errado, ainda que essa não seja a opinião do agente competente. Pois bem, quando estamos diante de uma valoração objetiva, configura-se uma competência vinculada. Valendo-se de uma figura de linguagem — a prosopopeia —, imagine-se que o ordenamento jurídico tenha uma “vontade própria”. Na competência vinculada, por meio da atividade interpretativa, extrai-se essa “vontade” do ordenamento jurídico; trata-se de uma atividade “cognitiva”, de compreensão do conjunto das normas vigentes e, a partir de um estudo técnico, bastante complexo, da descoberta sobre qual seja a decisão que o Direito exige. O agente competente, nesse caso, não escolhe, a partir de sua vontade, dentre várias alternativas admitidas pelo Direito; ele deve apurar qual é a única alternativa que o Direito admite. “Cognição” ao invés de “volição”, “interpretação” ao invés de “discricionariedade”. Não estou dizendo que não haja controvérsia sobre qual seja essa “vontade do ordenamento jurídico”, não estou dizendo que os juristas não terão acirrados debates, acirradas divergências, sobre qual seja a solução que o Direito impõe. Estou apenas asseverando que, conceitualmente, a competência vinculada decorre de uma resposta sobre qual seja, pela interpretação, a melhor resposta admitida pelo Direito, globalmente considerado, e imposta ao agente competente ainda que ele discorde. Nem toda valoração, por evidente, é objetiva. Edmund Bernatzik, também citado por Queiró, foi, no longínquo ano de 1886, ao âmago do problema: “na aplicação do direito [...] há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar a justeza da conclusão obtida; por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa”. Este é o âmbito da discricionariedade: campos valorativos insuscetíveis de uma objetivação, valorações que dependem da opinião de cada um e essa dependência não ofende as exigências de justiça. Ora, assim como eu não posso pretender que todos considerem chocolate mais gostoso que baunilha, também não posso pretender que todos considerem o jurista “A”, dentre os vários que, reconhecidamente, tenham notável saber jurídico e reputação ilibada, o mais apropriado para ser nomeado para um cargo de Ministro do STF. Cada um, nesses campos, terá uma opinião, não sendo legítimo pretender que essa opinião seja considerada a “opinião certa”. Por isso, afirmo: o fundamento jurídico da discricionariedade é o pluralismo político. Abboud indaga: se o pluralismo fundamenta a escolha discricionária, por que esse mesmo pluralismo não legitima decisões jurisdicionais díspares? O pluralismo não pode ser fundamento para que a Administração e o Judiciário, afirma, escolham a decisão que quiserem. As afirmações ilustram a problemática da discussão. Para mim, na função jurisdicional inexiste discricionariedade.

Acolho, nesse tema, conforme explicado adiante, antiga posição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Por outro lado, o pluralismo, de fato, não fundamenta que Administração e Judiciário escolham o que bem quiserem. Por óbvio, a possibilidade de escolha só existe nos âmbitos de valorações subjetivas, à luz da correta compreensão do ordenamento jurídico vigente. Retomo: numa análise séria do ordenamento jurídico vigente — considerando o peso de todos os valores positivados (princípios materiais), os pesos decorrentes do exercício das competências estabelecidas (pesos esses, seguindo a terminologia proposta por Alexy, acrescidos pelos princípios formais) —, deve o agente competente efetuar uma ponderação, à luz das circunstâncias que se apresentam quando de sua decisão. Se a análise do Direito globalmente considerado indicar como resposta correta uma única solução, a competência será vinculada. Quando, porém, a ponderação indicar duas ou mais soluções que, num primeiro momento, são igualmente admitidas, o Direito imputa a escolha ao agente competente. Não a imputa para que ele efetue a escolha a partir de seu livre-arbítrio, e sim para que ele escolha a alternativa que, no seu íntimo, configure a melhor forma de realizar o interesse público. A discricionariedade surge quando termina a interpretação, quando o Direito não define qual é a única resposta correta, mas admite duas ou mais respostas. Nesse caso, o Direito imputa a escolha ao agente competente e elege a escolha dele como a resposta jurídica correta. Retomo o exemplo: compete ao Presidente da República, nos termos do art. 101 da CF/88, nomear para Ministro do STF brasileiros com mais de 35 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. Impõe-se aí uma interpretação: há casos de pessoas que não tenham, para o fim dessa norma, nem 35 anos, nem notável saber jurídico, nem reputação ilibada. Se uma dessas pessoas é escolhida, a nomeação é inválida. A nomeação consiste, pois, numa decisão jurídica, passível de controle. Contudo, é muito difícil que só exista um jurista, dentre os interessados em assumir o cargo, que preencha esses requisitos. Se for esse o caso, a competência é vinculada, e o Presidente deve nomear o único que preenche as condições e aceita a nomeação. Mas, e se existem dois ou mais interessados que preencham as exigências constitucionais? Nesse caso, num primeiro momento, o Direito tanto admite a nomeação de “A” como admite a nomeação de “B”. Nos termos explicados, o Direito imputa a escolha ao agente competente, no caso ao Chefe do Executivo Federal. Cabe a este indagar: para mim, qual é a escolha que mais realiza o interesse público? A “vontade do Direito” é a “vontade do agente competente”. Na verdade, minha posição sobre a discricionariedade envolve o que Abboud chama de discricionariedade “interpretativa”, “optativa” e “volitiva”. Discricionariedade pressupõe a interpretação, mas não se confunde com ela. Exige que se constate se o Direito, globalmente considerado, impõe ou não uma única solução. Se ele só aceita uma solução, inexistente discricionariedade. Concluído que o Direito admite mais de uma solução, exige definir quais são as possibilidades admitidas. Até aí estamos no campo da interpretação. Agora, definido que o Direito aceita tanto a nomeação de “A” como a de “B”, passamos ao campo da volição. Trata-se não mais de um ato cognitivo, mas volitivo. Quer dizer: é uma escolha (a partir da vontade) do agente competente, segundo suas convicções subjetivas sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Não aceito que essa escolha não seja jurídica. Insisto: se ficar provado que o agente escolheu com móvel espúrio, a decisão será inválida. Explico a última assertiva. Aceito aqui a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, bem explicada em sua obra “Discricionariedade e controle jurisdicional”. Na competência vinculada, o móvel (a intenção) do agente é irrelevante, pois de duas, uma: ou ele adotou a única decisão que o Direito exigia ou não adotou. Na competência discricionária, que pressupõe uma “escolha” do agente competente, o móvel deste passa a ser relevante. Mas não é, propriamente, a vontade do agente que importa. Ainda aqui é a “vontade do ordenamento jurídico”, lembrando a prosopopeia a que me referi. Mas qual é a vontade do

ordenamento jurídico? É justamente a vontade do agente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Suponha-se que dentre as alternativas “A” e “B” admitidas pelo Direito, o agente considere que “A” seja a melhor forma de realizar o interesse público. A resposta jurídica correta é, então, “A”. O grande problema é o que chamo de “intangibilidade da psique do agente”: só sabemos aquilo que ele revela. Por isso, quando o móvel é espúrio, vale dizer, quando o agente escolheu por corrupção, amizade, compadrio, perseguição, não dá para saber se ele, de fato, escolheu “A” ou “B”. Na dúvida, a má-fé faz presumir que ele escolheu mal e a presunção é absoluta. Logo, quando há um móvel espúrio no exercício de competência discricionária, presume-se, de forma absoluta, que o agente não escolheu a alternativa que, segundo ele próprio, seja a melhor forma de realizar o interesse público. Presume-se, pois, não um vício de vontade, mas um vício de finalidade. Enfim: o que importa, no direito público, mesmo na competência discricionária, é a vontade do Direito; mas na competência discricionária a vontade do Direito é a vontade do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Conceitos jurídicos só têm utilidade para o Direito se sintetizam um regime jurídico. Essa é uma importante lição de Agustín Gordillo e de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para que serve, afinal, o conceito de discricionariedade? Serve para identificar decisões que não podem ser substituídas pelo controlador externo. Quer dizer, a decisão discricionária do constituinte, do reformador, do legislador e do administrador deve, pois, ser respeitada pelo Judiciário. Insisto: o juiz não pode substituir a escolha do agente competente pela escolha que ele, magistrado, faria, se tivesse competência para escolher. Dito isso, devo enfatizar: jamais defendi que o exercício da competência discricionária seja imune ao controle jurisdicional. Por óbvio: cabe ao Judiciário, se provocado, verificar se, de fato, o que se supôs ser competência discricionária era mesmo uma competência discricionária. Muitas vezes, devo reconhecer, o que para o Judiciário e para a Administração é discricionariedade, para mim não é. Um exemplo singelo: suponha-se que à luz das circunstâncias fáticas, tendo em vista uma falta cometida por um servidor, o Direito só admita a imposição da sanção mínima, a repreensão ou a advertência. Se a Administração, ao interpretar os fatos e as normas vigentes, suspende ou demite o servidor, profere decisão inválida. Assim, deve o Judiciário verificar se havia ou não campo de escolha, quer dizer, se existiam duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito. Ademais, deve o magistrado verificar se o agente competente escolheu uma das alternativas que o Direito admitia. Sim, porque é bem comum que o Direito admita duas ou mais possibilidades, “A” e “B”, por exemplo, e o agente escolha uma não admitida, “C”. Se escolheu alternativa não admitida, sua decisão também será inválida. Agora, se o Direito admitia duas alternativas, “A” e “B”, e o agente escolheu uma delas, não pode o Judiciário substituir a decisão do agente administrativo pela decisão que ele, magistrado, considera melhor. No exemplo, se o agente escolheu “A”, não pode o magistrado substituir por “B” e vice-versa. Assim, a decisão discricionária, em si, não admite controle jurisdicional. Essa assertiva, todavia, deve ser bem compreendida: o exercício da competência discricionária admite severo controle e, apurado que o agente competente atuou dentro do campo discricionário e escolheu uma alternativa dentre as admitidas, essa escolha não pode ser substituída pelo julgador. Examino, nesta coluna, um último tema: como muito apropriadamente afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, o Judiciário é o oráculo do Direito, é o órgão encarregado de dar a última palavra sobre a interpretação jurídica. Não é um órgão habilitado a fazer escolhas entre alternativas igualmente admitidas. Assim, quando um magistrado decide deferir ou indeferir uma liminar, ele não o faz porque considera que o Direito admite tanto deferi-la como indeferi-la, e imputa a ele, magistrado, escolher, a partir de sua vontade, entre uma ou outra alternativa. Não! Deve o magistrado buscar qual é a vontade do Direito, ou seja, deve apurar se a correta compreensão do Direito exige que seja deferida ou indeferida a liminar.

Trata-se de uma atividade cognitiva e não volitiva, interpretativa e não discricionária. Em suma: na função jurisdicional, para mim, inexistente discricionariedade. Há apenas uma exceção: por expressa disposição constitucional, o Judiciário deve, quando provocado, regulamentar um direito constitucional quando a falta de norma regulamentadora torne inviável seu exercício. Ora, muitas vezes há mais de uma possibilidade, admitida pelo ordenamento, de regulamentar um direito constitucional. Nesse caso, e somente nesse, abre-se uma competência discricionária para quem exerce a função jurisdicional. O que eu propus em minha dissertação de mestrado é o que hoje chamo de “teoria neoconstitucional da discricionariedade”, em contraposição ao que chamo de “teoria legalista da discricionariedade”. Para explicar minha tese me vali de exemplos que, reconheço, talvez não tenham sido felizes. Também propus a análise da função legislativa a partir do conceito de discricionariedade e hoje defendo sua diferenciação, em relação à discricionariedade administrativa, tanto sob o aspecto quantitativo como sob o aspecto qualitativo. Afora esses temas, muito ainda resta a examinar sobre a discricionariedade. Não examinei, por exemplo, os conceitos de discricionariedade performática e técnica, propostos por Abboud. Nem me referi à particularidade da competência legislativa em relação ao móvel espúrio. Deixo, porém, todos esses assuntos para outra oportunidade.

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)

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para a Angelização da Discricionariedade. Direito do Estado — Colunistas, 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade->. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Martins, R. M. (2016, May 17). Contributo para a Angelização da Discricionariedade. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade->

Chicago Author-Date (17ª ed.)

MARTINS, Ricardo Marcondes. 2016. “Contributo para a Angelização da Discricionariedade.” *Direito do Estado — Colunistas*, May 17. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade->

BibTeX

```
@article{ricardo-marcondes-martins-contributo-para-a-angeliza-o-da-discrici-2016,  
author = {Martins, Ricardo Marcondes},  
title = {Contributo para a Angelização da Discricionariedade},  
journal = {Direito do Estado – Colunistas},  
year = {2016},  
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/contributo-par  
a-a-angelizacao-da-discricionariedade-},  
urldate = {2016-05-17}  
}
```



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/ricardo-marcondes-martins/contributo-para-a-angelizacao-da-discricionariedade>

PDF gerado em 2026-08-11 02:01 UTC