



EM BUSCA DE UMA TEORIA GERAL DA DISCRICIONARIEDADE
IN SEARCH OF A GENERAL THEORY OF DISCRICIONARITY

<i>Recebido em:</i>	30/12/2020
<i>Aprovado em:</i>	16/01/2021

Felipe Bizinoto Soares de Pádua¹

RESUMO

A palavra discricionariedade remete a certo instituto jurídico do Direito administrativo, especialmente nos sistemas de Civil Law. Para além do regime administrativo, discricionariedade deve ser tratada não como algo pertencente a uma área do todo, mas como um instituto geral que permeia certos atos de todos os “Poderes” do Estado: o administrador, o juiz e o legislador exercem atos discricionários. Partindo dessa ideia mais ampla que se tentará esboçar algumas linhas sobre uma teoria geral da discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade; Liberdade de conformação; Funções de Estado.

¹ Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, todos pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMPRS) (2020-2021). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). É monitor voluntário nas disciplinas Direito Constitucional I e Prática Constitucional, ministradas pela Prof^a. Dra. Denise Auad, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. É membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), e membro do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi auxiliar de coordenação no Núcleo de Estudos Permanentes em Arbitragem (NEPA), da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2018). Articulista da edição eletrônica do Jornal Estado de Direito. Advogado no escritório Cury Santana Kubric Advogados. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com ID Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7453-5081>



ABSTRACT

The word discretion remit to a certain juridical institute of administrative Law, especially in Civil Law systems. Beyond the administrative regime, discretion must be treated not as something that belongs to an area of whole, but as a general institute that permeates certain acts of all “Powers” of State: the administrator, the judge and the legislator exercises discretionary acts. Starting from this broader idea that will try outline some lines about a general theory of discretion.

KEYWORDS: Discretion; Conformation freedom; State functions.

1 INTRODUÇÃO

Uma das cenas mais marcantes da animação O Rei Leão (1994), Mufasa mostra ao seu filhote, Simba, a extensão do reino e nele aponta até onde é terra da realeza, sendo que dali em diante estavam áreas obscuras e temidas até pelo próprio rei. Disso se extrai que há áreas que os envolvidos podem e não podem atuar, delineamentos dentro dos quais há algum tipo de proteção proporcionada pelo reino. A ideia da cena da película está na palavra contorno.

Migrando a noção de contorno para o fenômeno jurídico, extraem-se duas espécies. A primeira é de cunho externo e se liga à famosa coloração normativa a que alude F. C. Pontes de Miranda (2012, p. 65). Trata-se da seleção dos fatos sociais que serão disciplinados pelas normas jurídicas. Aqui, a ideia é trazida por Thomas S. Kuhn (2003, p. 77 e ss.), para quem toda ciência tem suas bases instrumentais, que fornecem respostas a determinadas problemáticas: a ciência jurídica não escapa ao se valer da norma jurídica para determinar quais condutas e eventos serão relevantes ao mundo jurídico.

A segunda espécie de contorno é externo e envolve algo que já está no plano jurídico, que, através das estruturas normativas, confere os contornos dentro dos quais o particular



(com a nem tão antiga noção de autonomia privada) e o Poder Público (aqui com uma acepção larga de legalidade) atuam. Dentro do sistema há fatos (e não apenas atos) que envolvem conformidade ou não com o Direito: jurídicos e antijurídicos (MELLO, 2019a, p. 291 e ss.).

O desafio a ser enfrentado neste artigo envolve um ponto que permeia a (anti)juridicidade de certos comportamentos do Estado, ou seja, não há análise dos fatos atrelados aos sujeitos privados, mas aos sujeitos cuja disciplina é a juspublicista: o corte epistêmico envolve a análise da famosa discricionariedade, que muito se liga aos atos, particularmente aos de caráter administrativo.

Ocorre que não haverá restrição a uma ou algumas ou todas as funções de Estado (administrar, legislar e judicar), e sim desenvolver uma provocação cuja ideia incipiente está nas lições de Elival da Silva Ramos (2015, p. 123-131) acerca do ativismo judicial no seio da tripartição orgânico-funcional. Como o próprio autor deixa claro, muito se fala de discricionariedade administrativa, mas pouco se fala de discricionariedade legislativa e judicial.

Como se depreende das lições de Antônio Junqueira de Azevedo (1999; PÁDUA, 2019a, p. 208 e ss.), *terrae brasilis* passa pelo paradigma do juiz, figura de maior afeição social e que serve de ponte entre as abstrações legislativas (do anterior paradigma da lei) e os anseios sociais de justiça material. Pela incipiência brasileira é que pouco se fala de discricionariedade judicial: textos de Lênio Luiz Streck, Elival da Silva Ramos, Luís Fernando Barzotto mostram essa novidade nem tão nova sobre os contornos do campo de atuação do Estado-Juiz.

Por outro lado, pouco (quase nulo) se debate sobre o campo de atuação do legislador, ainda mais em um país onde é discutida não só a hipertrofia judicial frente os demais braços



estatais, mas do próprio cerne do Estado de Direito, a legalidade em sentido amplo e quem, voluntária ou involuntariamente, a exerce (PÁDUA, 2020).

Diante da provocação feita é que o objetivo central deste artigo é averiguar o sentido jurídico que deve ser atribuído à palavra discricionariedade, o que tem como ponto de partida a diferenciação entre as três funções de Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário.

2 DIFERENÇA ENTRE LEGISLAR, ADMINISTRAR E JUDICAR

Apesar das inspirações gregas, em Aristóteles, a tripartição de Poderes (*rectius*, funções) tem como memorável estampa o texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 16.º enuncia que “*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.

Com base nessa noção de que uma Constituição é aquela que tem como um dos temas essenciais a organização do Poder é que países adotaram de forma expressa a menção às funções legislativa, executiva e judiciária: Brasil (art. 3º), Colômbia (art. 113), Portugal (art. 2.º), Alemanha (art. 1, 3).

Três pontuações gerais são necessárias. A primeira liga-se à locução Poderes, a segunda, aos fundamentos da tripartição, e a terceira, ao que prepondera em cada especialidade funcional.

Como pontuam José Afonso da Silva (2013, p. 108-111), Dalmo de A. Dallari (2013, p. 215) e Plínio Melgaré (2019, p. 65), a locução Poderes deve ser entendida como funções, porquanto a noção precisa de Poder envolve unidade e indivisibilidade. Logo, os “Poderes do Estado” dizem respeito às formas como a



summa potestas se expressa na sociedade: são essas formas de expressão as funções de Estado, a saber, legislar, administrar e judicar.

Sobre a segunda questão, depreende-se das lições de Dalmo de A. Dallari (2013, p. 217) e José Afonso da Silva (2013, p. 111) que há dois fundamentos que permeiam a divisão do Poder em três funções:

(i) um de ordem limitativa, ligado à necessidade de distribuir o exercício para evitar a canalização em um ou alguns sujeitos, bem como a mútua fiscalização, no famoso sistema de freios e contrapesos; e (ii) um de ordem orgânico-funcional, ligado à especialização no exercício típico de certo aspecto do Poder, o que leva a um melhor cumprimento por órgãos da função constitucionalmente prevista.

Ainda dentro desse panorama amplo cabe destacar a terceira questão, relativa ao exercício da função, que, na verdade, deve ser vista a partir da sua essência, isto é, da tipicidade constitucionalmente estabelecida, visto que, segundo Giorgio Del Vecchio (1956, p. 139), o Legislador não só legisla, mas administra e julga, assim como o Executor não só gere, mas legisla e julga, e o Juiz não só julga, mas legisla e também administra.

Logo, a abordagem conceitual a seguir levará em conta o que Eduardo D. Bottalo (2009, p. 111-170) chama de função típica, determinando que o Legislador legisla tipicamente, o Administrador exerce tipicamente a gestão ou administração, e o Juiz judica tipicamente.

Como ponto de partida da distinção entre as funções de Estado, Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, (2001, p. 173 e ss.) desenvolve a visão-



base da tripartição ao analisar a Constituição da Inglaterra e dela extrai que judicar envolve a solução de questões concretas, legislar envolve a criação de diplomas normativos dotados de grau mais abstrato e genérico cujos efeitos são para todos dentro do território, e administrar exige decisões de caráter mais amplo e, também, a interação tanto com entidades estrangeiras quanto entre os próprios órgãos estatais.

Sobre a legislação, entende-se como o poder de editar diplomas normativos com alta carga primária, isto é, o ato legiferante é aquele limitado pela Constituição que ou disciplina as normas constitucionais ou, dentro dos contornos estabelecidos, constitui, modifica ou extingue posições jurídicas subjetivas, os direitos *lato sensu* e deveres *lato sensu* (MELGARÉ, 2019, p. 65).

Discorda-se tanto de Dalmo de A. Dallari (2013, p. 218) e José Afonso da Silva (2013, p. 556) de que legislar significa emitir normas gerais e abstratas, visto que há leis especiais e concretas.

A discordância parte da classificação de Norberto Bobbio (2016, p. 175-181), para quem as normas (inclusive as emanadas do legislador) podem ser universais (gerais ou abstratas) ou singulares (especiais ou concretas). Enquanto a norma geral diz respeito aos sujeitos, a uma classe de pessoas numa mesma situação, a norma abstrata diz respeito a certas classes de ações. Por outro lado, a norma individual diz respeito a determinada pessoa, enquanto a norma concreta se liga a certo comportamento.



Uma norma (inclusive advinda do legislador) pode ser geral e concreta, p. ex., a que todo cidadão (= classe de sujeitos) compareça à Justiça Eleitoral, para regularização documental relativa à capacidade eleitoral (= ato específico). Pode ser geral e abstrata, p. ex., o Código Penal, que contempla diversas condutas (= abstração) tidas como criminosas e que podem ser cometidas por diversos sujeitos (= generalidade). Pode ser individual e concreta, p. ex., a sentença judicial que condena na prestação alimentos (= concretude) do sujeito X ao sujeito Y (= individualidade). Pode haver, também, norma individual e abstrata, p. ex., a nomeação de certo sujeito a juiz (= individualidade), que tem inúmeras ações inerentes ao seu cargo (= abstração).

A problemática surge na distinção entre judicar e administrar, porque ambos envolvem a aplicação das normas constitucionais e legais (bem como outras fontes jurídicas). E mais: como destaca José Afonso da Silva (2013, p. 557), ambos os atos podem afetar certo indivíduo, p. ex., a sentença condenatória do juiz e a concessão de uso de imóvel público por particular no caso da Administração Pública.

Ademais, tanto o Executivo quanto o Judiciário, no exercício das suas funções típicas, têm participação na criação jurídica, visto que ambos, cada um em sua esfera, interpreta e, portanto, concretiza os desideratos constitucionais e legais mediante relacionamento das fórmulas com os casos.

Karl Loewestein (1962, p. 66-69) traz um marco diferencial entre julgar e administrar, afirmando que esta consiste na concretização das decisões políticas,



especialmente as dimanadas pelo legislador, e das disposições de caráter técnico-utilitário voltadas à vida em comunidade. Aqui entra o sentido de administrar o Estado trazido por Plínio Melgaré (2019, p. 65), assim chegando à acepção de função executiva como aquela na qual o Estado-Administrador gere a coisa pública mediante decisões voltadas à implementação das decisões jurídico-políticas tanto de caráter universal quanto singular, observados os limites estabelecidos pela Constituição e pelos atos legislativos.

Por sua vez, a função judicial está bem delimitada por Elival da Silva Ramos (2015, p. 120), que liga à visão romanista de *jurisdictio* (= dizer o Direito). Trata-se de função voltada à solução de caso levado ao Estado-Juiz no qual há ou conflito de interesses (= contenda subjetiva) ou conflito normativo (= contenda objetiva) mediante concretização do Direito.

O primeiro diferencial de julgar e administrar está no titular: respectivamente, ao Juiz, aquele investido na jurisdição, e ao Administrador, aquele investido na gestão. O segundo diferencial envolve o conteúdo das decisões: ao Judiciário cabe proferir normas universais ou singulares para os casos concretos (= determinados limites subjetivos e objetivos) que lhes são levados, enquanto ao Executivo cabe editar normas universais ou singulares sem necessária provocação e cujos efeitos irradiados afetam direta ou indiretamente a coletividade como um todo.

Segundo Elival da Silva Ramos (2015, p. 123 e ss.), os atos judiciários e executivos frente à legislação têm menor carga de primariedade (= criar direitos



lato sensu e deveres *lato sensu*), pois a limitação dentro da qual atuam se sujeitam tanto ao que consta na Lei Fundamental quanto nos atos legislativos.

3 DISCRICIONARIEDADE(ES)

A temática em questão envolve não apenas o Direito Administrativo ou o Direito Constitucional, mas, como aponta Elival da Silva Ramos (2015, p. 123 e ss.), à teoria geral do Direito e, portanto, reverbera sobre todos os setores jurídicos (academicamente divididos). Na verdade, a noção de geral deve ser compreendida do nascimento (= estudo das fontes) até a aplicação (= estudos hermenêuticos) do fenômeno jurídico. Depreende-se que uma teoria geral da discricionariedade tem seu início não no processo de tomada de decisão, e sim na própria fonte a que recorre o agente público.

Sobre as fontes jurídicas cabe a noção de Thomas S. Kuhn (2003) de que toda ciência cujas fundações são remodeladas aproveita alguns instrumentais criados pelas bases antecedentes para enfrentar problemáticas velhas ainda recorrentes e que servem para novos problemas. Na ciência jurídica fica evidente tal aproveitamento a partir das lições de Antônio Junqueira de Azevedo (1999): a lei, o instrumento do primeiro paradigma, ainda é utilizado para delinear as condutas em sociedade, só que a ela foram agregadas características do segundo paradigma, o do juiz, e, atualmente, do terceiro paradigma, o do caso.

O ordenamento jurídico passou por mudanças: antes era tido com a própria legalidade, o ordenamento legal, o que os tempos pós-modernos



mostraram como insuficiente, o que fica evidente tanto com as normas não previstas em textos legais quanto na interação jurídica com outras áreas sociais (economia, política, moral) para a elaboração de decisões mais adequadas.

É com essa noção ampla sobre as fontes do Direito e as influências das sucessivas fundações jurídicas que há o ponto de partida da teoria da discricionariedade, que suas veredas no ordenamento jurídico, e não apenas na Lei.

Como enunciado por Antônio Junqueira de Azevedo (1999), o modelo jurídico em vigor é o paradigma do caso, que se liga a uma fuga judicial com o aprimoramento de meios alheios que sejam mais especializados na temática e mais céleres. Ocorre que a mudança pela qual os ordenamentos jurídicos passam não rompe totalmente com a estrutura anterior, eis que, como exposto, alguns instrumentais pretéritos são absorvidos pelas novas estruturas fundamentais.

O paradigma do caso sucedeu ao do juiz, o qual, por sua vez, teve como grande contributo técnico o uso das chamadas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são, grosso modo, fórmulas linguísticas dotadas de vagueza e, portanto, de maior elasticidade para aplicação aos casos concretos (JUNQUEIRA, 1999; GRAU, p. 148 e ss.).

Tanto Karl Engisch (2014, p. 21-73) quanto Karl Larenz (2018, p. 349 e ss.) mostram os tempos do pós-2ª G.M. como o período da ascensão do Estado-Juiz, particularmente por meio da criação dos Tribunais Constitucionais, e com uma técnica legislativa (que se refere ao paradigma da lei) mais refinado no sentido de



deixar a definição dos signos contidos nos textos para o aplicador, o que resultou na ampliação do espaço de atuação (não apenas) judicial.

O uso das fórmulas linguísticas mais elásticas não consta tão somente nos chamados atos infraconstitucionais (Leis e atos infralegais), mas no próprio texto constitucional: palavras como dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), igualdade (art. 5º, *caput*), decoro parlamentar (art. 55, II), relevância e urgência (art. 62), função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III).

No campo legislativo também há signos dotado de maior vagueza material: boa-fé (art. 422 CCB/2002), trabalho honesto (art. 83, III, d, CP/1940), motivação (art. 2º, lei 9.784/1999), prazo razoável a solução integral do mérito (art. 4º CPC/2015), cláusulas abusivas (art. 51 CDC), pessoa com deficiência (art. 4º, lei 13.146/2015), abandono de emprego (art. 482, i, CLT).

Na seara infralegal, conceitos vagos de características locais (art. 2º, VI, Decreto 8.537/2015), conspurcar edificação alheia ou monumento urbano (art. 75 Decreto 6.514/2008), academias de esporte (art. art. 3º, parág. 1º, LVII, Decreto 10.282/2020).

Logo, apesar da superação da estrutura judicializante, seus contributos ainda são importantes para a solução de conflitos por parte do novo paradigma juscientífico. Vê-se essa permanência nos diversos textos normativos brasileiros, saindo dos enunciados da Constituição, a base do sistema jurídico, e se espraiando por todas as demais espécies de diplomas normativos.



Com sustento em Elival da Silva Ramos (2016, p. 123 e ss.) e Karl Engisch (2014, p. 205 e ss.), a teoria aqui desenvolvida tem como base inicial o fato de que a discricionariedade tem seu nascedouro na colocação de signos vagos nas principais fontes jurídicas. Ao se falar em teoria geral da temática em comento, então, deve-se ter como cerne a norma-princípio da discricionariedade. Explica-se.

Em linhas mais amplas, Humberto Ávila (2016, p. 163-165) concebe o princípio como um estado ideal de coisas que confere ao aplicador mais liberdade de conformação, pois não há comportamentos *a priori*, cabendo ao próprio operador determinar as condutas cujos efeitos correspondam com aquele estado de coisas.

Conciliando a moldura ampla acima com o princípio da discricionariedade, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 133) o denomina como a espécie normativa que estatui a liberdade de escolha do meio correto pelo Poder Público em relação às finalidades que a ordem jurídica não fixa as condutas de forma apriorística, deixando ao Estado a adoção dos meios que julgar serem corretos para alcançar o *telos* normativo.

A noção a partir da relação entre fontes com signos amplos e princípio da discricionariedade não significa arbitrariedade, porquanto ao operador do Direito caberá observar os lineamentos que permeiam a norma-princípio, especialmente a questão relativa ao ônus argumentativo que fundamenta a medida adotada.



Exposta a fundação a partir, o ambiente brasileiro mostra cada vez mais uma ascensão judicial em relação ao campo de atuação das demais extensões do Poder e até uma sub-rogação do Estado-Juiz nos campos de conformação legislativo e administrativo: o citado paradigma do juiz com o qual a sociedade brasileira vive, chegando a um quase governo de juízes. As decisões ou decorrem de omissões ou mal cumprimento de deveres constitucionais ou até insatisfação política com relação a boas decisões.

Logo, o magistrado tem uma esfera de “liberdade” de atuação, muito próxima àquela “liberdade” que o administrador tem. Aliás, Karl Engisch (2014, p. 214) enfatiza sobre o conceito de discricionariedade e expõe que há tanto uma judicial quanto administrativa, ambas com o denominador comum de serem o que chama de livre parecer pessoal do investido na atribuição.

O que se vê em questões de Brasil é uma riqueza na discussão sobre a atividade administrativa, um início promissor da atividade judiciária e um quase esquecimento da atividade legislativa. Sobre esta, a ironia está no fato de que o ordenamento tem como base fundamental o sistema romano-germânico, a *civil law*, que tem como cerne justamente o ordenamento legal, que, por sua vez, é complementado pelas normas jurídicas não positivadas, a qual é também complementada pela interação com os fatores que influenciam o Direito (economia, política, moral, religião) (PÁDUA, 2019b, p. 124).

Em suma, há de se falar em discricionariedades, no plural, pois o Estado-Juiz, o Estado- Administrador e o Estado-Legislador proferem seus livres



pareceres sobre determinadas temáticas jurídicas. Logo, a busca teórica envolve uma generalização sobre esses campos ou brechas de livre atuação das funções estatais. O denominador comum está, justamente, na diferença trazida por Hans Kelsen (1998, p. 260), para quem a atividade judicante e a atividade legislativa são idênticas no sentido de permitirem margem de atuação do agente a partir dos fatores que formam sua pessoa, mas se distinguem em uma questão de grau: a moldura dentro da qual atua a legislação impõe uma vinculação material menor do que a administração e a jurisdição.

Essa visão das molduras ou campos de atuação é desenvolvida com mais refinamento por Elival da Silva Ramos (2015, p. 123-131), que mostra que a visão tratada pelo Mestre de Viena trata a discricionariedade como a relação entre poder de conformação e liberdade de atuação. Isso leva a um conceito amplo de discricionariedade: trata-se do juízo de livre conformação constitucionalmente conferido ao agente público.

Dentro da acepção está a noção de que o juízo (= o ato de vontade) desenvolvido tem um campo previamente estabelecido, qual seja, aquele que a Constituição definiu: há molduras tanto de grau constitucional quanto legal que devem ser respeitadas. Aqui é que entra a chamada carga de primariedade contida na função estatal (tipicamente) exercida: o legislador está subordinado às normas constitucionais, enquanto o administrador e o juiz estão subordinados tanto àquelas normas quanto às normas legais (RAMOS, 2015, p. 126).



Em suma, o poder de conformação legislativo tem maior grau de liberdade, visto que está limitado à Constituição, enquanto a jurisdição e a administração têm um menor grau de conformação por estarem sujeitos tanto aos ditames constitucionais quanto aos ditames legislativos. Essa definição do campo de atuação está no trecho ‘constitucionalmente conferido’.

Volvendo ao trecho ‘constitucionalmente conferido’, este deve ser entendido a partir da lição de F. C. Pontes de Miranda (1972, p. 80): a livre atuação ocorre dentro das chamadas limitações, que consistem nos contornos estabelecidos pelo sistema jurídico, entendendo-se que o sistema não se confunde com a Constituição, a qual é parte do todo sistêmico.

Definida a discricionariedade em sentido amplo como a liberdade de atuação dentro das molduras jurídicas, a teoria geral aqui desenvolvida comporta análise dos contornos, que podem ser compreendidos sob a óptica dos desenhos feitos pelo ordenamento (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 80).

Tendo em vista que as funções de Estado têm graus limitativos variados, deve-se buscar um ponto comum que serve de baliza a todas: a Constituição, que suscita dois limites: *(i)* um de ordem semântica, que se liga aos limites textuais dos enunciados constitucionais; e *(ii)* um de ordem eficaz, ligado a certas posições jurídicas que devem ser respeitadas por todos.

A limitação semântica envolve a compreensão de Peter Häberle (1997, p. 19-28, p. 41-49) de que o sistema constitucional é interpretado por todos, os chamados intérpretes autênticos e os não- autênticos, desde os órgãos públicos até a sociedade. O contributo haberliano leva ao fato de que as funções de Estado



exercem uma interpretação da Constituição, sendo que a nominada norma de decisão (GRAU, p. 45-47) resulta no ato de vontade emanado: o legislador com as Leis, o juiz com a decisão judicial e o administrador com seus atos.

É dizer, p. ex., que o Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015) é considerado a forma como o Estado-Legislator, em nível federal, interpreta as cláusulas constitucionais de devido processo jurídico (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), função judicial (arts. 3º, 92 e ss.) e muitos outros dispositivos com conceitos dotados de vagueza.

Na seara judicial, p. ex., existe uma liberdade para o juiz definir o que é boa-fé e se ela foi violada no caso concreto, função social do contrato, se as medidas constritivas foram demasiadas onerosas.

No campo administrativo fica também evidente o juízo de livre concretização jurídica: se convém conceder o uso de certo terreno público a particular, se determinado serviço público será prestado diretamente pelo Poder Público ou se será realizado por meio da iniciativa privada (em regra, por meio de licitação), se nomeia o sujeito X ou Y para certo cargo de confiança.

Ocorre que cada um desses campos de atuação tem limites semânticos ou hermenêuticos contidos no próprio texto constitucional. Os juízos desenvolvidos são livres, sim, mas encontram balizas conceituais estabelecidas tanto pela doutrina quanto pelos próprios órgãos da função (e não apenas pelo Judiciário).

Como asseveram Peter Häberle (1997, p. 19-28) e Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 25 e ss.), os enunciados normativos devem aspirar o ambiente



social, visto que o Direito, mesmo que estudado como uma ciência, está inserido na sociedade e, portanto, a ela serve como instrumento para a implementação da dignidade humana. Os órgãos legislativos, judiciários e administrativos devem seguir essa lógica mais ampla e devem desenvolver seus juízos de discricionariedade de forma a não destoar da funcionalidade social do fenômeno jurídico.

Além dessa visão de vedação ao descolamento social, há todo um desenvolvimento de aparatos interpretativos por meio da hermenêutica, a ciência da interpretação (e não só aquela feita pelos juízes, mas pelo Executivo e Legislativo também). Os chamados elementos clássicos interpretativos trazidos por Friedrich Carl Freiherr von Savigny (os métodos literal, sistemático, histórico e teleológico), que ainda são aplicados, e que receberam maiores contributos atuais, p. ex., com Friedrich Müller e Ricardo Guastini. Há todo um conjunto técnico que rege a forma como a interpretação – e, por consequência, a discricionariedade – é feita, o que impõe certas limitações na compreensão dos significados vagos contidos no texto constitucional.

Um exemplo que está no postulado hermenêutico da proporcionalidade, que tem como cerne a relação entre um fim estabelecido e o meio ou meios adotados pelo agente público para alcançá-lo. Apesar da liberdade na elaboração do juízo no campo da discricionariedade, existe uma possibilidade de revisão de tais atos (inclusive dos atos judiciais) se eles forem desproporcionais.



Um conceito muito debatido é o de dignidade humana, previsto no art. 1º, III da Constituição do Brasil. A elasticidade textual permite embutir tal categoria a diversos casos concretos. Ocorre que não se deve esquecer a essência que os operadores do Direito não devem olvidar e que está ligada ao personalismo ético kantiano, que enuncia que toda pessoa é um fim em si, e não meio para atendimento de interesses da própria pessoa ou de outrem (PÁDUA, 2019b).

Em suma, os limites semânticos estão pautados no que desenvolvido pela hermenêutica e pela vedação ao descolamento da norma com o contexto social no qual inserido o Direito.

Ainda dentro do campo interpretativo está o postulado hermenêutico da conformidade funcional, que, consoante Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 226-238), estabelece ao intérprete que a norma extraída das fontes jurídicas deve ter um sentido que não deturpe a estrutura orgânica e funcional constitucionalmente estabelecida. É dizer para a teoria geral da discricionariedade: ao agente público que desenvolve um juízo discricionário cabe não se valer dessa margem de liberdade para se imiscuir na seara destinada a outra função de Estado.

A segunda limitação liga-se às posições jusfundamentais, que são os direitos *lato sensu* e garantias de caráter fundamental. Em obra monográfica, Marcela Rosa Abrahão (2017, p. 75 e ss.) é incisiva ao afirmar que tanto a seara legiferante quanto a administrativa têm nas posições jusfundamentais um balizamento para o exercício do poder funcional de definir seus contornos. No campo legal é



possível ver uma certa limitação com o prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandado de segurança, enquanto ao campo administrativo é admitido – por expressa autorização legal – contornar o direito de propriedade ao definir quais condutas são violadoras do meio ambiente ou não.

Apesar da discricionariedade nem sempre envolver uma posição essencial, os casos nos quais esta conste como objeto sobre o qual recaia o juízo de livre conformação já tem uma segunda limitação. A margem de liberdade do parecer pessoal do agente público é reduzida por envolver algo atrelado à dignidade humana, o fundamento do Estado contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Classicamente conhecida como separação de Poderes é, na verdade, o reconhecimento de que um único Poder, a soberania, é funcionalmente dividida dentro do Estado em três esferas consideradas constitucionalmente independentes e harmônicas entre si: Legislador, Administrador e Juiz.

A acepção das funções estatais envolve o atributo que lhes dá o nome e, portanto, o que configura a essência, porquanto todas exercem de forma atípica atribuições dos demais, isto é, o juiz também legisla e administra, o legislador também julga e administra, o administrador também julga e legisla. Posto isso, reitera-se, a esfera conceitual partiu da chamada função típica de cada braço da *summa potestas*.

Sob a óptica da essencialidade, legislar é o poder de editar diplomas normativos com alta carga primária limitado pelas normas constitucionais e



envolve a disciplina que constitui, modifica ou extingue tanto as posições jurídicas subjetivas contidas na Constituição quanto as que nela não constam, estas desde que compatíveis com os lineamentos da Lei Fundamental.

Com relação à função executiva, esta é concebida como a gestão da coisa pública mediante decisões voltadas à implementação das decisões jurídico-políticas tanto de caráter universal quanto singular, observados os limites estabelecidos pela Constituição e pelos atos legislativos.

Quanto à função judicante, esta é voltada à solução de caso levado ao Estado-Juiz no qual há ou conflito de interesses (= contenda subjetiva) ou conflito normativo (= contenda objetiva) mediante concretização dos desideratos contidos no ordenamento jurídico.

A partir das definições acima é que se indagou sobre o campo de conformação de cada espectro do Poder, particularmente nos campos que reina o princípio da discricionariedade, que estatui a liberdade de escolha do meio correto pelo Poder Público em relação às finalidades que a ordem jurídica não fixa as condutas de forma apriorística, deixando ao Estado a adoção dos meios que julgar serem corretos para alcançar o *telos* normativo.

As dúvidas são: poderia ser atribuída uma discricionariedade ao magistrado, ao legislador e ao administrador? Haveria uma teorização geral da discricionariedade?

No ambiente jurídico brasileiro é evidente a atuação administrativa quanto à possibilidade de emitir juízos dotados de certa liberdade dentro da



moldura legalmente estabelecida. Essa noção de deduzir um juízo livre dentro da moldura estabelecida pelo ordenamento jurídico também se aplica à legislação e à jurisdição, o que levou a um conceito amplo de discricionariedade como sendo o juízo de livre conformação constitucionalmente conferido ao agente público.

Dentro da delimitação conceitual ampla está a noção de que o juízo (= o ato de vontade) emitido está restrito a uma moldura constitucional: há molduras tanto de grau constitucional quanto legal que devem ser respeitadas pelas funções de Estado, as quais têm graus de liberdade distintos em razão da carga de primariedade (= criar posições jurídicas) de cada uma: o legislador é o que tem maior carga, pois está subordinado às normas constitucionais, enquanto o administrador e o juiz tem um grau menor diante do fato de estarem subordinados tanto às normas constitucionais quanto às normas legais.

No espectro da teoria geral ora desenvolvida houve por bem buscar o denominador comum limitativo a todas as funções estatais, a saber, a Constituição, texto a partir do qual se extraíram dois limites: *(i)* um essencial e de ordem semântica, que se liga aos limites textuais dos enunciados constitucionais; e *(ii)* um eventual e de ordem eficaz, ligado a certas posições jurídicas que devem ser respeitadas por todos.

Sobre a limitação semântica, esta tem como ponto de partida a noção haberliana de que, além da sociedade em geral, as funções de Estado são intérpretes da Constituição e, por isso, elaboram suas normas de decisão de uma



forma específica: o legislador com as Leis, o juiz com a decisão judicial e o administrador com seus atos. Ocorre que esses juízos desenvolvidos, em que pesem a liberdade que investidos, encontram balizas conceituais estabelecidas pela doutrina, pelos próprios órgãos estatais e pelo plano social.

Os enunciados normativos devem aspirar o ambiente social, visto que o Direito, mesmo que estudado como uma ciência, está inserido na sociedade e, portanto, a ela serve como instrumento para a implementação da dignidade humana. O Legislativo, o Judiciário e o Executivo devem seguir essa vinculação social e desenvolver seus juízos de discricionariedade de forma a não destoar da funcionalidade social do fenômeno jurídico.

Além da vedação ao descolamento social, existe o desenvolvimento de aparatos interpretativos por meio da hermenêutica, a ciência da interpretação, que determina um conjunto técnico que rege a forma como o texto constitucional é interpretado, especialmente no que diz respeito aos textos com maior vagueza conceitual – e que permitem maior liberdade de conformação do aplicador –, o que reflete na discricionariedade, eis que a imposições técnico-interpretativas acerca da compreensão dos signos contidos no texto constitucional.

Ainda dentro da ordem semântica, na questão da tripartição funcional do Poder cabe destacar o postulado hermenêutico da conformidade funcional, que estabelece ao intérprete que a norma extraída das fontes jurídicas deve ter um sentido que não deturpe a estrutura orgânica e funcional constitucionalmente estabelecida.



Apesar de restrito ao campo no qual há meios e fins perseguidos pelo Poder Público, um segundo postulado que merece destaque é da proporcionalidade, que tem como cerne a relação entre um fim estabelecido e o meio ou meios adotados pelo agente público para alcançá-lo: apesar da liberdade na elaboração do juízo no campo da discricionariedade, é possível que a conduta adotada seja revista (inclusive dos atos judiciais), especialmente se forem desproporcionais.

Por outro lado, a segunda limitação liga-se às posições jusfundamentais (direitos *lato sensu* e garantias fundamentais), que limitam mais ainda a discricionariedade das funções de Estado, porque a margem de liberdade do parecer pessoal do agente público é reduzida por envolver algo atrelado à dignidade humana, o fundamento do Estado contemporâneo. Tanto legislador quanto administrador e magistrado têm seus atos discricionários limitados mais ainda quando o caso de conformar o desiderato constitucional envolva uma posição essencial.

O que se vê é que todos os “Poderes” da sociedade política têm certa esfera de livre conformação, o que permite (e até exige) uma sistematização sobre essa liberdade: uma por causa da sistematização que torne coerente o que é e os limites dentro dos quais ocorre essa atuação livre, duas por causa da necessidade de tornar compreensível uma categoria que não pertence só ao Direito Administrativo, mas à teoria geral do Direito, a discricionariedade.

Logo, o presente artigo teve como objetivo não esgotar as categorias gerais relativas à teoria da discricionariedade, mas apontar que no Brasil urge a



necessidade dos operadores do Direito ampliarem a visão para além do Executivo e enxergarem que a esfera de livre conformação dos enunciados jurídicos é íntima também ao legislador e ao juiz.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo. São Paulo: Almedina, 2017.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 3-12, v. 94, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Traduzido por Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Lições de Direito Público. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009. DALLARI, Dalmo de Abreu. Teoria geral do Estado. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. Teoría del Estado. Traduzido por Eustaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona: Bosch, 1956.



ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Traduzido por J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. Traduzido por José Lamago. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LOEWESTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traduzido por Alfredo Gallego Anabirtate. Barcelona: Ariel, 1962.

MELGARÉ, Plínio. Direito Constitucional: organização do Estado brasileiro. São Paulo: Almedina, 2018.



MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019a.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019b.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. The spirit o Laws. Ontario: Batoche Books, 2001.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. A felicidade pública e o devido procedimento de elaboração normativa. Revista de Direito Público Contemporâneo, v. 1, p. 201-222, 2019a.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. O titular das posições jusfundamentais. Revista de Direito DomHelder, v. 2, n. 2, p. 113-129, 2019b.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Teoria da lei complementar em sentido formal. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82522/teoria-da-lei-complementar-em-sentido-formal>. Acesso em 02 jun. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações: *tomo I*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: *tomo I*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2013.