Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa*

Appreciative activity of public administration: a new vision about public discretion

*André Saddy***

* Artigo recebido em 12 de fevereiro de 2015 e aprovado em 20 de março de 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77680.

** Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil. E-mail: andresaddy@yahoo.com.br.

Pós-doutorado pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor europeu 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. Professor adjunto da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Vice-presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (Idarj). Diretor presidente do Centro para Estudos Empírico Jurídicos (Ceej). Idealizador e coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista.

RESUMO:

O trabalho intitulado *Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa* busca demonstrar a existência de quatro, e não apenas três, formas de subjetividade ou autonomia pública. Além da liberdade de conformação ou configuração, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, existe, também, o que se pretende chamar de apreciatividade administrativa. O trabalho expressa que a teoria das distintas margens de liberdade/autonomia/volição administrativa não aborda de maneira correta a existência de todas as condutas administrativas, ou seja, deixa de tratar da subjetividade ou da autonomia pública administrativa habilitada por fontes não voluntárias do direito, derivada do conteúdo do direito, dos defeitos do sistema jurídico e do exercício da função, reportando-se normalmente a ações não deônticas, realizadas por agentes públicos que atuam em contato direto com o cidadão, com algum caráter imediato ou urgente, e que são realizadas de maneira rotineira, regular e cotidiana. A proposta, portanto, é teorizar a apreciatividade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE:

Atuação administrativa — subjetividade ou autonomia pública — discricionariedade administrativa — apreciatividade administrativa

ABSTRACT:

The work entitled *Appreciative activity of Public Administration: a new vision about public discretion* seeks to demonstrate the existence of four, and not just three forms of subjectivity or public autonomy. In addition to the freedom of conformation or configuration, administrative discretion in technical legal sense and the margin of free appreciativity of indeterminate legal concepts, there is also what you want to call administrative appreciativity. The work expresses the theory of the different margins of freedom / autonomy / administrative volition does not address properly the existence of all administrative conduct, that is, fails to deal with subjectivity or public administrative autonomy enabled by non-voluntary sources of law, derived from the content of law, the shortcomings of the legal system and the role of exercise, reporting often to non deontic actions held by public agents who work in direct contact with citizens, with some immediate or

urgent, and they've done routine, regular, everyday way. The proposal is therefore theorize administrative appreciativity.

KEYWORDS:

Administrative activity — subjectivity or public autonomy — administrative discretion — administrative appreciativity

Introdução

O estado atual do estudo da margem de liberdade/autonomia/volição administrativa demonstra que é a norma jurídica que concede competência aos representantes do povo para definirem a opção que a administração pública seguirá. A intenção do presente trabalho é tratar a "*faceta*" relacionada com a margem de opção ou com a dita subjetividade/autonomia nas diferentes formas de atuação da administração, principalmente no tocante à atuação rotineira, regular e cotidiana realizada e aplicada por todos os agentes administrativos em contato direto com o administrado e que devem executar ações com algum caráter imediato ou com urgência. Trata-se da apreciatividade administrativa. O termo é uma palavra nova e que deriva do termo apreciação, que significa ação ou efeito de apreciar, ou seja, de reconhecer e estimar o mérito de algo realizando uma análise mediante a estimação do valor do objeto, obra ou fato.

Em geral, não se questiona a existência de uma tomada de decisão pessoal do agente público em sua conduta diária. A questão restringe-se em saber se daí cabe deduzir a existência ou não de uma margem de liberdade/autonomia/volição; se tal liberdade é o que se conhece por discricionariedade ou se não é discricionariedade, mas sim outra figura jurídica. Como se poderá perceber ao longo do trabalho, há quem afirme que tal margem de liberdade é uma forma de discricionariedade, tomando como critério o fato de que se adote uma decisão pessoal de atuar com base em formulações legais mais ou menos imprecisas. Ou seja, que suas ideias se cimentam na concepção de que as orientações legais vagas, ao serem frequentemente ambíguas, asseguram uma maior flexibilidade, incluindo a intencionalidade. Outros sustentam que não se poderia denominar discricional, mas sim margem de livre eleição ou margem de livre apreciação derivada dos conceitos jurídicos indeterminados que desembocarão, a princípio, em uma única solução ajustada ao direito. O que se demonstrará com o presente trabalho é a existência de outra concepção, de uma margem de liberdade apreciativa que, apesar de expandir os

âmbitos da margem de liberdade da administração, não reduz, em absoluto, seu eventual controle em qualquer âmbito, inclusive, no judicial.

Este trabalho pretende, portanto, tratar de um fenômeno jurídico existente na prática, mas pouco explorado na ciência do direito administrativo — qual seja, a subjetividade ou autonomia pública administrativa habilitada por fontes não voluntárias do direito, derivadas do conteúdo do direito, dos defeitos dos sistemas jurídicos e do exercício da própria função do agente, referindo-se normalmente a ações não deônticas, realizadas pelos agentes públicos que atuam em contato direto com o cidadão e com algum caráter imediato ou urgente, bem como de maneira rotineira, regular e cotidiana. A proposta é teorizar o que se chama de apreciatividade.

Não se pretende com este estudo modificar o *nomen iuris* do já conhecido instituto — o qual sempre se denominou discricionariedade ou margem de livre apreciação. Deseja-se desenvolver um instituto distinto destes, ao qual ninguém deu a devida importância, visto que a doutrina vem dedicando poucas páginas para tratar de um assunto de extrema relevância jurídica e prática. O que se tentará no presente trabalho é abordar um ponto pouco explorado até o momento pela doutrina jurídica.

A discricionariedade é um dos temas de maior reflexão e controvérsia do mundo jurídico. É evidente que o elevado número de obras sobre a discricionariedade é em si mesmo suspeito, como se fosse necessário reescrever sobre um objeto insaciável, cuja essência sempre parece escapar. Observam-se teorias diversificadas, linhas específicas de análise, distintas metodologias para tratar de temas que, muitas vezes, já não são o que eram quando foram criados. Discricionariedade, assim, parece significar tudo e ao mesmo tempo nada.

Com tais objetivos, o trabalho abordará requisitos para seguir um método apropriado à estruturação do tema. Para tanto, analisar-se-ão a teoria e as pesquisas empíricas sobre a chamada discricionariedade policial (*police discretion*), médica (*medical discretion*) e social (*social work discretion*). De tais, depreender-se-á que existem muitos casos em que a Administração possui uma liberdade a qual não é possível chamá-la de discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico. O maior triunfo de tais estudos será demonstrar que a ênfase dada pelos juristas ao conceito de discricionariedade é reducionista, não explicando todos os fenômenos que ocorrem no sistema, por conseguinte, justifica-se que a ênfase seja colocada no modo como a margem de liberdade é exercida no terreno ou no campo. Assim, analisar-se-á uma liberdade de atuação, ou melhor, de apreciação, que opera como se

tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo. Por isso, a doutrina simplesmente a denomina: discricionariedade. Há quem a considere como um tipo de discricionariedade, a chamada discricionariedade tática. E, enfim, há quem evite utilizar o termo discricionariedade, preferindo outros como margem de apreciação ou *Definitionsmacht* (poder de definição). Ao longo do desenvolvimento da explicação de cada uma das diferenças e características entre a apreciatividade e a discricionariedade, analisar-se-á a definição do que aqui se deseja chamar de apreciatividade administrativa.

1. As diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos e entes administrativos

A chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade dos órgãos e entes administrativos, os quais, por conseguinte, possuem elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem a existência de outras formas de liberdade ou margens distintas na maneira de atuar da administração, mas que não são as três citadas. As mais mencionadas são o poder agraciável, poder facultativo, poder avaliativo e até uma liberdade prognóstica.

António Francisco de Sousa[1] menciona duas formas de subjetividade ou autonomia pública: a discricionariedade e a valorização/*prógnosis*.

Bernado Diniz de Ayala[2] inclui no campo da margem da livre decisão, também, a discricionariedade técnica e todos os aspectos da justiça burocrática e exclui desse âmbito e, por conseguinte, classifica como modalidades de regras de conduta da Administração: a interpretação de conceitos classificatórios; as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados; a liberdade probatória; aspectos da justiça burocrática relacionados com a liberdade probatória; e a remissão da lei para as normas extrajurídicas.

---

1 SOUSA, António Francisco de. O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Reforma do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

2 AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 130.

Daria de Pretis[3] refere um "*potere di valutazione (non discrezionale)*" da administração. Segundo o autor, a administração possui distintas atividades valorativas, e a mais comum é a discricionariedade em sentido estrito, mas, também, há outras atividades de "*apprezzamento*". Segundo seu entendimento,[4] essa valorização não discricional da administração se diferencia da típica discricionariedade porque não possui uma autorização expressa da norma, porém apenas uma autorização genérica ou abstrata. Não confundir a norma imprecisa com a norma genérica que atribui tal liberdade. E afirma[5] a respeito:

> *alla luce del principio di legalità e ferma restando (di regola) l'irrilevanza di elementi sostanziali attinenti all'oggetto delle valutazioni, l'unico sicuro criterio cui rifarsi al fine di individuare le ipotesi di potere amministrativo di valutazione è dunque necessariamente la norma: il potere deriva all'amministrazione da un'apposita attibuzione normativa. Tuttavia, la norma non dovrà semplicemente "comportare" un'attività valutativa da parte dell'amministrazione, perché questa possa essere considerata alla stregua di potere di valutazione, ma dovrà segnatamente, volutamente, consapevolmente affidare questo potere all'amministrazione.*

Recorda o autor[6] que a norma é referência à caracterização das condições para a ação da administração, seja ela discricional, a avaliação não discricional, ou meramente avaliativa. Conclui esclarecendo[7] que:

> *Aver riconsociuto il fondamento di poteri amministrativi di valutazione (non discrezionale) per un verso nell'attitudine dell'amministrazione, per la necessaria sottensione della sua organizzazione ai principi di buon andamento e di imparzialità, ad esprimere al meglio giudizi caraterizzati da un irrisolvibile grado di opinabilità e soggettività e, per altro verso, nella necessaria previsione legislativa dell'affidamento, qualificata da una consapevole volontà legislativa di attribuzione — desumibile anche in via sistematica dall'ordinamento —, già rileva, in una certa misura, anche rispetto al problema che qui segnatamente ci ocupa.*[8]

---

3 PRETIS, Daria de. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*. Padova: Cedam, 1995. p. 363.
4 Ibid., p. 374.
5 Ibid., p. 376.
6 Ibid., p. 389.
7 Ibid., p. 405.
8 Assim, esta avaliação não discricional assinada à administração como poder pode ser controlada pelo poder judicial, contudo (ibid., p. 410): "*devrebbe essere (solamente) quell'aspectto*

Mortimer R. Kadish e Sanford H. Kadish[9] diferenciam a discricionariedade em si da discricionariedade para determinar quem tem discricionariedade; para tanto, referem que a "*discretion is one thing; discretion to determine competence to exercise discretion is quite another*". Com essa expressão, os autores desejam fazer um alerta: "*that the rule-of-law model is not necessarily the ideal model for the functioning of legal systems*".[10] Isso significa que, para os autores, a administração pode atuar sem lei que a autorize. Acreditam que a legalidade existe e deve ser respeitada, mas também há funções oficiais que permitem uma atuação, denominada, pelos autores, "*deviational discretion*". Conforme os autores citados, essa discricionariedade pode ser entendida como "*power to act according to the agent's best judgment in ways that are unauthorized or even prohibited by rules of competence*".[11] De acordo com os estudiosos, tal fenômeno é singular e anômalo, inclusive o chamam de "*legitimate interposition*".

Satvinder S. Juss[12] concorda com a ideia de "*deviational discretion*" — de Mortimer R. Kadish e Sanford H. Kadish — e, segundo ele, o "*even if mandatory rules of law exist to prescribe the exercise of oficial power there is still room, in some cases, for officials to act in clatant disregard of those rules*". Para o autor, ainda, a conduta de desvio somente é aceita dentro do contexto do sistema jurídico porque está em consonância com a finalidade básica do sistema legal, "*that is, they replenish the Rule of Law model by making the law conducive to greater individualised justice […] In addition, however, the day-to-day functioning of the jury, the police, the public prosecutor and the judge is dependent, to no small degree, on the power to deviate from mandatory legal rules. All, however, find ready justification within the legal system itself*".

Hans Julius Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober[13] admitem que exista uma "*discrecionalidad de dispensa*", outorgada por uma autorização de exceção, ou seja, há casos atípicos que permitem que a administração se desvie da

---

della determinazione amministrativa — da qualificarsi in tal senso come riservata — che non può essere risolto che attraverso una scelta di carattere eminentemente ed irriducibilmente soggestivo, una scelta cioè non condizionata da criteri cui possa essere riconosciuto un grado di oggettività sufficiente ad elevarli a ragionevoli parametri della verifica giurisdizionale della correttezza della scelta stessa". Nesse sentido, a atividade avaliativa não discricional pode ser considerada poder ou prerrogativa.

9 KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. *Discretion to disobey*: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press, 1973. p. 44.

10 Ibid., p. 45.

11 Ibid., p. 66.

12 JUSS, Satvinder S. *Discretion and deviation in the administration of immigration control*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997. p. 205 e 206.

13 WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo* (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1, p. 448 e ss.

realização dos efeitos jurídicos fixados na norma por questões comprovadas de especial relevância.

Denis J. Galligan[14] chama a atenção ao que denomina "*unauthorized or assumed discretion*". Segundo o autor, enquanto a discricionariedade é outorgada pela norma jurídica, existem outras circunstâncias em que os agentes públicos assumem, sem expressa autorização, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por motivos de justiça, ou por necessidade prática, ou conveniência e oportunidade.[15] O resultado de tal afastamento poderá ser de forma organizada e sistemática, dentro de uma organização, quando os superiores estipulam como as prerrogativas serão exercidas ou manifestadas apenas individualmente, como decisão pessoal dos agentes públicos em particular não realizando qualquer comprovação, ou melhor, onde há aceitação por parte do superior hierárquico. Aduz o autor que, conquanto legítima, é preciso ter muita cautela ao utilizar a "*unauthorized or assumed discretion*".

---

[14] GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers*: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 46 e ss.; id. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 319 e 320.

[15] Denis J. Galligan (ibid., p. 46) sustenta: "*Departure here must be taken in a broad sense to include acting in direct violation of a legal standard; or acting in a more subtle and roundabout way with the practical consequence that the standard is not followed or only partly followed; or by adopting such a strained or distorted interpretation that the effect is substantially to alter the standard; or, finally, to apply the standard in a selective and piecemeal manner*".
Em obra mais recente, esse autor (GALLIGAN, Denis J. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 319) relata que os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei: "*their concern is with point and purpose rather than the strict letter of the law, while their understanding of what constitutes the point and purpose is linked to their social spheres and the underlying social relations. From that perspective, the law sometimes appears inadequate or unsuitable in advancing its own aims and proposes; it may also be contrary to the officials` view of how best to achieve them. At an indefinable point, the process of applying the law subtly becomes modifying, departing from, or marginalizing it. The concern to uphold the point and purpose of the law imperceptibly shifts to being a concern to advance other aims. […]*
The tendency for officials to evaluate laws against their point and purpose is common to any legal system. Whether it is authorized or not is unclear, and again legal theory has no answer. Unauthorized discretion is a term meant to capture the ambiguity between applying rules according to their exact terms, or acting for other good reasons such as pursuing the underlying purpose. Whether or not the term does so adequately, it draws attention to a common phenomenon that shows itself in many ways. […]
Unauthorized discretion is a useful notion through which to view the way legal rules reach down into their social context. This, in turn, connects with the issue of what it means for officials to accept the authority of law, the suggestion being that general acceptance of the rule of recognition, and rules made under it, is part of a more complex process of acceptance, with the fuller account to be found in the institutional setting of officials. How law is regarded — what it means, how far it stretches, and how it relates to factors within the various social spheres — is resolved within that setting".

O primeiro autor a tratar da "*unauthorized discretion*" talvez tenha sido Robert A. Kagan,[16] o qual elaborou uma distinção entre a ênfase na adesão às normas e na relação dos fins da organização. Sobre a base destas dimensões, distingue quatro modos ou estilos de aplicação das normas nas agências reguladoras estadunidenses: o "*judicial*", conhecido por todos; o "*legalism*", que ignora a finalidade das normas que se aplicam; a "*unauthorized discretion*", que ignora o cumprimento formal desta norma; e o "*retreatism*", que faz ambas as coisas. Operando sob "*unauthorized discretion*", a decisão realizada não presta atenção às normas, às regras e aos princípios das agências, além de não respeitar as noções gerais do devido processo, mas simplesmente busca resultados favoráveis à sua noção do que melhor se adapta aos objetivos da agência. Segundo o autor, os agentes que assim atuam fazem uso das normas somente *a posteriori* para justificar suas decisões.

Para Denis J. Galligan,[17] o problema é saber com que base o agente se afasta da norma. De acordo com o autor, sob um enfoque moral, é certo que há circunstâncias em que o agente não está autorizado para afastar-se da norma jurídica, mas estaria cometendo um erro moral se a cumprisse. Já sob o enfoque legal, alega que todo o sistema jurídico está formado por normas, regras e princípios, e que os princípios proporcionam aos agentes a capacidade de modificar e afastar-se da norma em circunstâncias específicas. Acrescenta que:

> *the discretion to depart from a binding rule, guided by abstract principles, need not be radically different from any other broad discretion; the risks of arbitrariness and eccentricity can be guarded against by an understanding that the discretion to depart from the rules should be assumed only in very clear cases, and supported by reasons which appeal to both principles and consequences, and by the provision of adequate review procedures*.

E coloca, ainda, que um enfoque alternativo para se justificar seria a noção de finalidade. O poder é conferido aos agentes e instituições para um fim específico, o que significa que cada agente possui uma finalidade expressa por meio de objetivos/finalidades ou valores gerais que proporcionam a base para afastar-se de certas normas.

---

[16] KAGAN, Robert A. *Regulatory justice*: implementing a wage-price freeze. Nova York: Russell Sage Foundation, 1978. p. 91.

[17] Denis J. Galligan, *Discretionary powers*, op. cit., p. 51-54.

Há, até mesmo, quem afirme que exista um "*direito discricional*" de realizar ações ou promover certos objetivos. Tom Campbell[18] utiliza a expressão *"discretionary rights"* para referir-se aos direitos positivos de realizar ações e promover certos objetivos. Distingue o autor três sentidos do que chama de "*discretionary rights*" conforme o conteúdo específico dos direitos dependa de avaliações discricionais. Ou seja, que o agente possua não apenas o poder de exercer sua discricionariedade e o dever de exercê-la sob os interesses públicos, mas, também, possua um direito de exercer e ter a liberdade de realizar ações ou promover certos objetivos à sua vontade.

Observa-se, assim, que a ideia de outra modalidade de subjetividade ou autonomia pública administrativa que não seja a liberdade de conformação, a discricionariedade administrativa em sentido jurídico ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é aceitável pela doutrina. Agora, existem opiniões distintas tratadas de formas superficiais e díspares. O fato é que existe uma liberdade de conduta, ou melhor, de apreciação que opera como se tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo. A isso melhor seria denominá-lo apreciatividade. Não é que não exista um poder de avaliação, desviado, de dispensa ou não autorizado, como informam os autores já citados. As subjetividades ou autonomias públicas são sempre autorizadas, mas, algumas vezes, por normas genéricas.

2. As diferentes nomenclaturas relacionadas com a apreciatividade

A doutrina chama o que aqui se denomina apreciatividade de distintas maneiras. Há quem afirme que qualquer ação, independentemente de estar estritamente regida por normas jurídicas, mas que contenha um elemento significativo de juízo pessoal, é uma atuação discricional. Outros afirmaram que, por mais que uma ação possua um elemento de juízo pessoal na adoção das eleições/decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações, não se estará diante de uma discricionariedade em estrito sentido técnico-jurídico, senão, ante o vocábulo empregado em sua acepção mais comum. Por isso que a maioria simplesmente a denomina discricionariedade, como Denis J. Galligan,[19] o qual indica que quem a chama de "*discrecionalidad*" está

[18] CAMPBELL, Tom. Discretionary "rights". In: TIMMS, N.; WATSON, D. (Ed.). *Philosophy in social work*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1978.

[19] Denis J. Galligan, *Discretionary powers*, op. cit., p. 23.

baseado em duas variáveis: "*the scope for assessment and judgment left open to the decision-maker by the terms of his authority, and the surrounding attitudes of officials as to how the issues arising are to be resolved*".[20] Há quem a considera um tipo de discricionariedade, como Miguel Sánchez Morón[21] e Martin Bullinger,[22] que chamam, ao que aqui se denomina apreciatividade, discricionariedade táctica (*taktisches Ermessen*). Tal modalidade é configurada como aquela que a norma concede à administração "*para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible una finalidad estratégica, adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual*". Já Eva Desdentado Daroca[23] denomina essa possibilidade de discricionariedade instrumental, configurando-a como uma atividade em que o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios para a tomada de decisão.

Há, também, quem evite utilizar o termo discricionariedade, então, preferindo outros referentes a "*márgenes*", como Javier Barcelona Llop,[24] que a chama de folga ou margem de apreciação. António Francisco de Sousa[25] discorre sobre liberdade de conformação. Outros preferem liberdade de configuração (*Gestaltungsfreiheit*), como se costuma fazer ao referir-se à liberdade do legislador.[26] E há, ainda, quem mencione margem de confiança[27] e margem cognitiva de apreciação.[28]

---

[20] Outros doutrinadores que também a denominam de discricionariedade são: RICO, José Maria. El poder discrecional de la policía y su control. In: ____ (Coord.). *Policía y sociedad democrática*. Madri: Alianza, 1983. p. 217; LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy*: dilemmas of the individual in public services. Nova York: Russell Sage Foundation, 1974. p. 7-14; KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. *Discretion to disobey*: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973. p. 44; HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: ____. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 39 e 41; entre outros.

[21] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994. p. 130.

[22] BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial. *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madri, n. 4, p. 896-911, out./dez. 1987. p. 902.

[23] DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas* (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madri: Civitas, 1997. p. 61-69.

[24] BARCELONA LLOP, Javier. El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de Derecho Administrativo). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988. p. 241 e 242.

[25] António Francisco de Sousa, O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose, op. cit., p. 412.

[26] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador*: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madri: Civitas, 1998. p. 94.

[27] BARNES VÁZQUEZ, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19. IV). In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Madri: Civitas, 1993. p. 178.

[28] ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 541.

Ainda, entre as diferentes terminologias para denominar o que aqui se pretende chamar apreciatividade, existe quem a chame liberdade de manobra ou "*freedom of manœuvre*",[29] para designar qualquer tipo de atuação de eleição livre por parte da administração; "*street discretion*",[30] para descrever uma ampla liberdade de decisão dos agentes da rua (*street-level bureaucrats*); "*apprezzamento*",[31] para referir-se aos inevitáveis momentos de liberdade pelos quais o administrador necessariamente passa, seja para interpretar a norma que a administração tem de aplicar, seja na fixação dos fatos que serão pressupostos de sua atuação e para não estender mais; "*Definitionsmacht*"[32] (poder de definição), para, por exemplo, referir-se às decisões feitas na rua para delinear o cumprimento da norma no direito penal.

Apesar de observar muitas semelhanças nesses conceitos com a denominada apreciatividade, a verdade é que ninguém parece fazer uma diferenciação entre o que se propõe chamar apreciatividade e discricionariedade, tampouco se observa a realização de um estudo profundo. Os autores se limitam a mencionar ou levantar polêmicas, mas não em desenvolver uma análise sobre tais institutos.

Utiliza-se o termo apreciatividade por vários motivos. Primeiro, para evitar uma contradição com outros institutos, como se percebeu na análise realizada anteriormente. Segundo, como se demonstrará nas próximas páginas, o que se pretende denominar aqui como apreciatividade é substancialmente diferente de qualquer das nomenclaturas mencionadas, sendo merecedora de um termo novo, ainda que suponha a necessidade de criar uma nova palavra, como se explicou na introdução. Terceiro, porque o núcleo central da tese que se pretende defender neste trabalho é que exista, fora a liberdade de conformação, a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos

---

[29] HARLOW, C.; RAWLINGS, R. *Law and administration*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1997. p. 617.

[30] BROWN, Michael K. *Working the street*: police discretion and the dilemmas of reform. Nova York: Russell Sage Foundation, 1988.

[31] PRETIS, Daria de. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*. Padova: Cedam, 1995. p. 363.

[32] FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard. *Die Definitionsmacht der Polizei*. Dusseldorf: Bertelsmann, 1972.

João Raposo (RAPOSO, João. Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível? In: VVAA. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. Doutor António de Sousa Franco*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v. 2, p. 412), por exemplo, afirma que "*poder de definição*" significa um leque de opções que se abre aos agentes policiais em seu desempenho de suas atividades cotidianas.

jurídicos indeterminados, outra forma de subjetividade ou autonomia pública administrativa que se denomina, como já se referiu, apreciatividade.

Quiçá o termo apreciatividade administrativa não seja o melhor para designar o que se passará a conceitualizar como tal, mas, na ausência de um termo melhor, é o que se empregará. Talvez, o termo que mais se acerca, em inglês, ao termo apreciatividade seja "*leeway*", cuja definição é "*a margin of freedom or variation […] freedom to move within limits*",[33] ou seja, margem de liberdade ou variação para mover-se dentro de certos limites. O termo "*room*" ou "*space*" para designar um espaço para mover-se não chega a ser tão claro como "*leeway*". Porém não existe nenhuma tradução que não seja "*libertad de acción*" nos idiomas de origem latina. Outro termo que também poderia ser útil é o alemão "*willkür*", que significa arbítrio e que nos dicionários de alemão vem descrito como "*das Handeln nur nach eigenem Belieben, bei dem man keine Rücksicht auf andere Menschen od. Auf irgendwelche Regeln od. Gesetze nimmt*", ou seja, a única ação que a pessoa estime oportuna, na qual não se tem em consideração qualquer lei ou norma. O problema deste último termo é que mais bem denota a arbitrariedade que o arbítrio em sua concepção positiva.

Desde logo, não seria nada mau um nome próprio e distinto para designar certos tipos de espaços de livre decisão administrativa que não fosse a discricionariedade ou a margem de livre apreciação. A apreciatividade pode (e deve) ser tratada como uma categoria global e autônoma. Assim, passa-se a tratar da apreciatividade administrativa.

3. Atividade apreciativa da administração pública

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.[34]

---

[33] Disponível em: <www.thefreedictionary.com/>.

[34] Pense na situação dos agentes de polícia ante hipótese de perigo para a segurança cidadã; um médico perante um paciente com iminente perigo de vida; um bombeiro que tenha de optar entre salvar a vida de uma entre duas pessoas em um incêndio; as autoridades monetárias

Trata-se de hipóteses, como já se esclareceu, que não podem ser aceitas como de livre conformação, como discricionariedade em sentido técnico-jurídico ou como uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas que também concedem valorização na tomada de eleição/decisão.

O problema está na análise das distintas formas de atuação administrativa do Poder Executivo. A administração, no exercício de suas distintas atividades, detém uma série de prerrogativas, todas norteadas de "*subjetividade*" ou "*autonomia*", entre elas, um vasto poder de direção sobre os administrados.[35] Essas valorizações subjetivas que impregnaram toda a atuação da Administração são distintas em função das diferentes formas de atuação, ou seja, conforme se constituam em um ato administrativo, uma coação administrativa ou uma atividade técnica ou material administrativa.

Assim o é porque a atuação administrativa necessita de certa liberdade, sendo tal margem inseparável e inescapável da essência mesma da ação humana. A característica da ação humana é precisamente a liberdade. A forma de atribuição diferenciar-se-á dependendo da atuação que estiver realizando. Na apreciatividade, o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimentos, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática.[36]

---

diante dos movimentos especulativos; os órgãos de governo diante de catástrofes naturais e imprevistas. Em todas essas situações, a administração deve raciocinar com prontidão e firmeza.

35 Jean-Claude Venezia (VENEZIA, Jean-Claude. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris: LGDJ, 1959. p. 127) dita que: "*le pouvoir de commandement de l'administration se traduit, en effect, par diverses attitudes qu'elle adopte dans ses relations avec les administrés; soit qu'elle prohibe, soit qu'elle provoque, soit qu'elle permette, l'administration dispose en géneral d'un large pouvoir discrétionnaire*".

36 Veja o exemplo da polícia: Pietro Virga (VIRGA, Pietro. *La potestà di polizia*. Milão: A. Giuffrè, 1954. p. 41, 54, 55 e 57) considera que a discricionariedade policial é mais ampla que aquela de outros poderes administrativos dada a variedade de situações em que essa deve atender, amplitude que não escusa ao autor de apontar o seguinte: o reconhecimento de um poder discricional exercível nas limitações à liberdade não acarreta autorização para proceder à limitação absoluta; e a apreciação das circunstâncias do tempo ou do lugar exigido pelo exercício da discricionariedade deve estar conferida à autoridade competente, atribuição que conduz à norma deixa ao policial a eleição de quando e como intervir, assim como a do meio a utilizar em cada caso.

Filippo Satta (SATTA, Filippo. *Principio de legalitá e pubblica amministrazione nello stato democratico*. Padua: Cedam, 1969. p. 214 e ss.) menciona que a discricionariedade em sentido estrito não existe em relação à polícia. Não obstante, José Maria Rico (José Maria Rico (Coord.), *Policía y sociedad democrática*, op.cit., p. 212) afirma que a discricionariedade policial é "*cualquier toma de decisión que no está estrictamente regida por reglas legales sino que contiene más bien un elemento significativo de juicio personal*". No mesmo sentido, Carl B. Klockars (KLOCKARS, Carl B. *The idea of police*. Thousand Oaks: Sage Pubns, 1985. p. 92-121) aduz: "*un oficial de policía debe ejercer la discrecionalidad siempre que los límites efectivos de la norma le dejen la libertad de realizar la elección entre emprender una acción o no*".

Henri Souchon (SOUCHON, Henri. *Admonester*: du pouvoir discretionnaire des organes de police. Paris: Editions du centre national de la recherche scientifique, 1982. p. 140 e 141): "*Sur le plan théorique, le pouvoir discrétionnaire consiste, pour un policier, à évaluer la dangerosité d'un délinquant pour la société et à décider si elle doit prévaloir sur l'intérêt du coupable à préserver sa liberté jusqu'à sa comparution devant un juge. […]*

En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire de la police est fondé en principe sur deux facteurs: les caractéristiques de l'individu déviant et la situation dans laquelle il se trouve par rapport au plaignant".

Michael K. Brown (Michael K. Brown, *Working the street*, op. cit., p. 3) estuda o policial que patrulha as ruas e que faz decisões rotineiras, ou seja, estuda as "*decision to stop and 'shake' two black kids walking down the street; a decision to let a drunk driver meander on his way; a decision to forcibly bleak up a fight between a man and his wife; a decision to pull the trigger to stop a suspected 'felon' as he recedes into the darkness*". Segundo o autor (ibid., p. 4), discricionariedade é um elemento inescapável do trabalho policial, e surge de dois fatores: "*the ever present reality of scarce resources and the ambiguity of the law*".

Denis J. Galligan (Denis J. Galligan, *Discretionary powers*, op. cit. p. 49 e 50) lembra que é necessário, para o sistema, que a polícia tenha uma liberdade em sua forma de atuar, por exemplo, deter alguém. O problema, segundo o autor, é que essa "*unofficial discretion*" está nas mãos do policial e que seria preferível que estivesse nas mãos dos oficiais de grau hierárquico superior. Sustenta que, no caso de aplicar ou não a norma pela polícia, os estudos demonstram que a tarefa principal desse é manter a ordem, mas, ao mesmo tempo, faz parte de um complexo sistema social que faz gerar atitudes particulares, normas e convenções informais que encorajam e premiam concepções individuais de efetividade. Estes atos, juntos, exercem uma considerável influência sobre a atuação e atitude dos policiais, dessa maneira, manifestando uma grande força nas "*unauthorized or assumed discretion*".

Ranelletti (1912 apud AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madri: Civitas, 1990. p. 164) reconhece um amplo poder discricional na polícia, pela impossibilidade de prever e determinar todas as causas de perturbação, assim como os meios e formas a empregar em cada suposto singular. O dever de atuar com rapidez e segurança faz necessário um "*cierto arbítrio*" ou poder de apreciação, com o qual a polícia enfrenta as necessidades, e a garantia dos particulares fica reduzida à possibilidade de recorrer contra os atos administrativos ou a exigência de responsabilidade.

A. Turk (1969 apud João Raposo, Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível?, op. cit., p. 412), *in verbis*: "na verdade, a polícia dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efectiva aplicação da lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais. A polícia pode partir espontaneamente à descoberta e à detenção dos delinquentes, ou operar apenas quando a prova lhe é oferecida. Pode ignorar uma actividade ilícita, salvo se ela aparece associada a outros factores, como acontece quando fecha os olhos às partidas semanais de poker das zonas urbanas privilegiadas, mas se detém ante uma banca onde se jogam as cartas num bairro de lata habitado por negros. Poder realizar a justiça à margem dos registros, prender ou apenas admoestar. Resumidamente: a polícia tem ao seu dispor todas as possibilidades: desde o entusiasmo à apatia, desde o fanatismo às discriminações subtis entre situações análogas, desde o comportamento legal ao ilegal".

António Francisco de Sousa (SOUSA, António Francisco de. Discricionariedade na atuação policial. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Reuniões e manifestações de atuação policial*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 215) também reconhece a discricionariedade policial e afirma:

"A questão fundamental que se coloca em sede de discricionariedade policial não é a de saber se existe uma discricionariedade policial, mas qual a sua dimensão no caso concreto". O mesmo autor (ibid., p. 216-219) coloca que as forças de ordem e segurança pública integram a administração, logo, subordinadas aos princípios da atuação administrativa, mas, por sua importância, onipresença e significado, destaca dois princípios na atuação policial: o princípio da legalidade e o da proporcionalidade. Fazendo uma relação com tais princípios, ressalta existirem fundamentalmente três teses relacionadas com discricionariedades policiais:

1) a tese clássica defende que a autoridade policial goza de uma ampla liberdade de atuação para poder atuar oportuna e adequadamente às circunstâncias permanentemente mutáveis com que se depara em seu dia a dia. Marcello Caetano (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. v. II, p. 1124) defendia o seguinte: "Nunca foi possível, porém, cingir completamente a polícia na legalidade, reduzi-la a mera actividade executora da lei nos precisos termos por esta regulados. Embora no direito moderno os poderes de polícia, como todas as formas de competência, tenham de ser conferidos por lei, o facto de as autoridades que os exercem estarem permanentemente em face das manifestações multiformes das condutas individuais e da vida social em tantos casos imprevisíveis senão na forma pelo menos quanto ao lugar, tempo e modo de produção, força a deixar-lhes uma certa margem de liberdade de actuação" e conclui afirmando que: "A polícia ficou, pois, sempre a ser um sector só parcialmente controlado pela lei". Esse entendimento é muito criticado por entender que a discricionariedade é sempre produto da norma;

2) a tese mista tradicional sublinha que a atuação policial de prevenção do perigo é dominada pela discricionariedade da autoridade, diferentemente da atuação policial de repressão criminal que é dominada pelo princípio da legalidade; e

3) a tese mista reelaborada afirma que a discricionariedade é uma característica (e exigência) da atuação policial da prevenção do perigo, diferente da atividade da perseguição criminal, que é dominada pelo princípio da legalidade. Sem embargo, também, certos domínios da repressão legal estão dominados pela discricionariedade.

Outros, como Manfred Rehbinder (1981 apud GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *El ejercicio legítimo del cargo*: **discrecionalidad administrativa y error en derecho penal.** Madri: Universidad Complutense — Facultad de Derecho, 1980. p. 54), negam a existência de uma verdadeira discricionariedade policial, afirmando, em seu lugar, a existência de conceitos jurídicos indeterminados. Para Alfonso J. Villagómez Cebrián (VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad*: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997. p. 192): "*la configuración que la doctrina y la jurisprudencia han hecho del concepto y extensión de la discrecionalidad administrativa, no puede ser aceptada en la caracterización jurídica de la actividad de la policía de seguridad*". Sustentam que não se pode admitir que a polícia disponha de uma possibilidade de eleger entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito. No entanto, a apreciação policial encaixa no que o autor chama "*margen de confianza necesario*" que o legislador outorga à administração policial, mas sempre contrastada com técnicas jurídicas de redução e de controle.

Para F. L. Knemeyer (KNEMEYER, F. L. Literatur — Polizei— und Ordnungsrecht. *Neue Zeitschrift fur Verwaltungsrecht*, a. 2, n. 20, 2001, p. 50. In: Javier Barcelona Llop, *El régimen jurídico de la policía de seguridade*, op. cit.), a polícia "*se halla vinculada desde el instante en que examina los casos con los que se encuentra, por muy insignificantes que sean: los policías, en su relación con los administrados, al examinar cada suceso que afecta al ámbito policial, tanto en su fase de reflexión, como de decisión, están actuando de un modo vinculado*". Ele afirma que, mais que diante de hipóteses de discricionariedade administrativa, estará ante a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que admitem, desde a função integrada com a realidade que se predica de todo conceito jurídico, uma única solução justa.

Desde outra perspectiva, é reconhecida a existência de um poder apreciativo policial em: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 61, p. 125-141, jan./abr. 1970. p. 136 e ss.; partindo da atividade de coação em geral, VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 1, n. 3, p. 53-129, set./dez. 1950. p. 58 e 59; e, em relação à polícia administrativa em sentido

Em nenhum caso, portanto, duvida-se da existência de uma tomada de decisão pessoal do agente público em sua conduta diária.[37] Pelo contrário, é ela necessária[38] e imprescindível.[39] Peter Neyroud e Alan Beckley[40] advertem que a discricionariedade não é algo maléfico que deve ser restringido ou eliminado. Antes, deve ser encarada como uma realidade que necessariamente existe e, em lugar de tentar limitá-la por meio de um controle rigoroso e de regras inflexíveis, deve-se ensinar a praticá-la corretamente, mediante um esforço de instalar nos elementos da atividade uma constante atitude de reflexão, ponderação e responsabilidade nas decisões que tomam, características indispensáveis para o desenvolvimento da função pública.

Robert E. Goodin[41] questiona a necessidade e imprescindibilidade da apreciatividade afirmando que esta não é logicamente impossível de ser

---

amplo, GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 1, n. 28, p. 11-50, set./dez. 1959. p. 27 e 28.

37 A aceitação de um poder discricional não exclui que José Maria Rico observe duas consequências negativas: a) a de acarretar uma desigualdade de tratamento, pois nem todos os policiais atuam de igual maneira em idênticas circunstâncias, e recorda que investigações efetuadas nos Estados Unidos mostraram a realidade de um tratamento discriminatório e diferente aos negros, às classes menos privilegiadas e aos grupos de adolescentes; e
b) a dos excessos e erros cometidos na atualização do poder discricional "*el hecho de ser poseedor de un poder legal casi absoluto y de un poder real extensible a voluntad, así como el carácter impreciso y anticuado de ciertas legislaciones dan a menudo como resultado que la policía sobrepasa los límites de la legalidad*" (José Maria Rico, El poder discrecional de la policía y su control, op. cit., p. 217).

38 Para P. A. J. Waddington (WADDINGTON, P. A. J. *Policing citizens*: authority and rights. Londres: UCL Press, 1999, p. 31), a discricionariedade constitui um assunto crucial da atividade policial, em que respeita ao processo de decisão, dado que "*discretion is the pivot upon which the exercise of authority revolves*".

39 Tomando, por exemplo, a discricionariedade policial, Lord Scarman (1981 apud Javier Barcelona Llop, *El régimen jurídico de la policía de seguridade*, op. cit.) afirma: "*el ejercicio de la discrecionalidad se encuentra en el fundamento mismo de la acción (at the heart of the policery function). Es innegable que hay una única ley para todos y es justo que así sea. Pero es igualmente reconocido que el éxito policial depende del ejercicio de la discrecionalidad en la forma de hacer cumplir la ley. La buena reputación de la policía depende del conocimiento práctico y del discernimiento que los policías demuestran en las circunstancias particulares de los casos e incidentes que requieran su intervención. La discrecionalidad es el arte de acomodar la acción a las circunstancias particulares. Es el trabajo diario de los policías*".
Assim entende: BLUNTSCHLI, Johann G. *Derecho público universal***.** Madri: Góngora, 1880**.** t. II, p. 280**;** ORLANDO, V. E. *Principios de derecho administrativo***.** Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978. p. 187 e 188. Outros autores evidenciam o significado da discricionariedade na prática da linha de frente (*front line practice*), ver: LEWIS, J.; GLENNERSTER, H. *Implementing the new community care*. Buckingham: Open University Press, 1996. p. 18; O'SULLIVAN, T. *Decision making in social work*. Basingstoke: Macmillan, 1999. p. 35; entre outros.

40 NEYROUD, Peter; BECKLEY, Alan. *Policing, ethics and human rights*. Oregan: Willan Publishing, 2001.

41 GOODIN, Robert. E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, verão 1986. p. 233 e 237.

eliminada. Assevera que: "*some kinds of discretion are ineliminable, and some problems with discretion are apparently insurmountable*", no entanto, dita que *"eliminating such discretions may be inadvisable, but it is not logically impossible. […] These are discretions that are inevitable, in the sense that they are logically necessary to the operation of a system of rules at all. Such discretions are truly ineliminable: they cannot be eliminated except by eliminating the system of rules itself*". Corrobora, portanto, que a apreciatividade pode ser removida de um agente em particular até outro ou, inclusive, em uma esfera de poder até outra.

A existência da apreciatividade é considerada o resultado da prática que se produz: "*away from direct scrutiny by managers, who may themselves also be ignorant of the existence of, or detail in, policy guidance and regulations*".[42] De fato, os responsáveis da formação de políticas públicas, ao menos na prática, usualmente, são profissionais ou ex-profissionais do setor ou segmento que será regulado, sendo conscientes de que os procedimentos serão ignorados ou interpretados por profissionais que, ao praticar suas funções, farão por si mesmos a formulação de suas próprias políticas.[43] É assim porque todo profissional possui certa autonomia, que é constantemente objeto de tentativa de controle pelos superiores e, ao mesmo tempo, objeto de manobras e estratégias de ampliação de autonomia para a gestão dos dilemas que são partes integrantes de suas tarefas. Daí que o tamanho da margem de liberdade está influenciado pelas culturas em torno das distintas classes profissionais.[44]

Michel Lipsky[45] é um dos maiores defensores da existência de um espaço de liberdade dos servidores que atuam na linha de frente ou que tenham contato direto com os cidadãos, por isso, alude que "*unlike lower-level workers in most organizations, street-level bureaucrats have considerable discretion in determining the nature, amount, and quality of benefits and sanctions provided by*

---

[42] PRESTON-SHOOT, M. Regulating the road of good intentions: observations on the relationship between policy, regulations and practice in social work. *Practice*: Social Work in Action, Londres, v. 13, n. 4, p. 5-20, out./dez. 2001. p. 9.

[43] Avante analisar-se-á que a política pública é, efetivamente, o que os agentes da linha de frente fazem.

[44] Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 35) afirma que a formação de uma cultura se dá quando comportamentos são imitados em razão de sua presumida funcionalidade para a satisfação de interesses vivenciados e convivenciados, individuais ou coletivos e, com a repetição de hábitos, transformados em costumes, genera-se a instituição, como um determinado complexo comportamental estabilizado em uma sociedade, que passa a ser um padrão regular de condutas socialmente previsíveis de atores sociais a ser postos sob determinadas circunstâncias.

[45] Michel Lipsky, *Street-level bureaucracy*, op. cit., p. 14 e 15.

their agencies". Sustenta que muitos dos problemas de que ele trata em seu livro desapareceriam caso os agentes não possuíssem a discricionariedade, mas refere que "*certain characteristics of the jobs of street-level bureaucrats make it difficult, if not impossible, to severely reduce discretion. They involve complex tasks for which elaboration of rules, guidelines, or instructions cannot circumscribe the alternatives*". É assim, segundo o autor, porque tais agentes trabalham, normalmente, em situações muitos complicadas, o que dificulta que a discricionariedade seja reduzida a formatos previamente programados. Alega, também, que o fato de que a conduta de tais agentes necessite de resposta a situações de dimensões humanas dificulta sua eliminação. Eliminar a discricionariedade de tais agentes obrigará a fazer o mesmo com a discricionariedade dos agentes de nível baixo.

Muitos agentes públicos, em seu dia a dia, trabalham atuando por meio de seus próprios juízos.[46] Os superiores hierárquicos estabelecem critérios ou políticas, mas a aplicação destes são atuações realizadas com uma margem de liberdade, geralmente, executadas pelos agentes que estão em contato direto com o cidadão.[47] Daí a importância da ideia do agente público ideal. Segundo

---

[46] Discute-se na doutrina se esse julgamento vem sendo incrementado ou reduzido. Michelle A. Johnson e colaboradores (JOHNSON, Michelle A. et al. Implementing welfare-to-work services: a study of staff decision-making. *Families in Society*: The Journal of Contemporary Social Services, Milwaukee, v. 87, n. 3, p. 317-328, jul./set. 2006. p. 317), ao tratarem sobre discricionariedade social, enfatizam um incremento da discricionariedade do agente de linha de frente que implementa uma política social em seu dia a dia: "*Today, frontline staff have more flexibility and discretion in their jobs than they had pior to welfare reform*". Em seguida, falam de uma discricionariedade dos agentes em influir o acesso de participantes e em definir os termos da participação social. Citam que o nível de discricionariedade se reflete no desenho do programa social que, por exemplo, obriga o agente a optar por oferecer ao participante quando pela primeira vez acessa o sistema, ou seja, oferece-se um conjunto de ajudas, uma ajuda financeira ou um plano de serviços.
Em sentido contrário, Tony Evans e John Harris (EVANS, Tony; HARRIS, John. Street-level bureaucracy, social work and the (exaggerated) death of discretion. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 34, n. 6, p. 871-895, set. 2004. p. 871) questionam a discricionariedade dos agentes da rua. Para esses autores, muitas formas da administração erradicam ou reduzem a discricionariedade, não apenas porque empregam tecnologia de informação, senão também por um controle de supervisão próximo. Ambas as perspectivas possuem a tendência de tratar a discricionariedade profissional como um fenômeno que ou está presente ou ausente e repousa em uma hipótese de que é evidentemente um "*good thing*". Afirmam que a proliferação de "*rules and regulations*" não deveria ser sinônimo de maior controle sobre a discrição profissional, pois, paradoxamente, quanto mais normas se criam, mais discricionariedade existirá. Também colocam que a discricionariedade não é nem boa nem ruim. Em certas circunstâncias, pode ser um atributo profissional importante, e em outras circunstâncias, pode ser um pretexto para que os responsáveis adotem decisões políticas em que poderão se esconder ou pode ser uma oportunidade para o abuso de poder dos profissionais.

[47] Normalmente, é o comissário de polícia quem tem o dever de fazer cumprir a norma penal, ninguém tem o poder de forçá-lo a cumprir seu dever: "*the responsibility for law enforcement lie*

J. Tompkins, M. J. Laslovich e J. D. Greene,[48] o agente público deve ser "*one who is politically sophisticated, technically competent, well grounded in conceptual and theoretical knowledge, and cognizant of the values that connect the means and ends of government*".[49]

Recorde que o aparato administrativo está composto por distintos níveis de agentes, todos e cada um com uma função importante dentro da máquina administrativa. Mas, quando se focalizam relações da administração com terceiros, o certo é que não são os diretores os que as realizam. Não corresponde à realidade administrativa achar que são aqueles que tenham ajuste direto com os administrados. São os servidores que atuam na linha de frente, ou seja, que estão diretamente em contato com os cidadãos, o que importa ter em conta.

Muitas das eleições ou da tomada de decisões rotineiras, regulares e cotidianamente realizadas por tais agentes públicos possuem uma margem de liberdade bem mais ampla do que se pode imaginar. Pode-se supor, por exemplo, que a base para a não execução de determinada obrigação normativa, muitas vezes, é uma ação deliberada, inclusive não existindo em normas excepcionais. E assim ocorre por ter ideia do propósito da norma, por ser já considerada a norma obsoleta ou injusta; por falta de recursos financeiros; por um sistema social por debaixo das necessidades; porque a cultura da localidade autoriza determinada circunstância, não considera tão grave e até, inclusive, permite-a entre muitas outras situações.[50] A capacidade de apreciatividade pode levar a resultados melhores, mais benéficos para a sociedade, menos injustiças e, por conseguinte, a resultados mais eficazes e eficientes.[51]

---

on him. He is answerable to the law and to the law alone". [Regina v. Commissioner of Police 1968 2 W.L.R 903-4 (C.A.)]. É ele quem normalmente tem a subjetividade de traçar uma política pública.

48 TOMPKINS, J.; LASLOVICH, M. J.; GREENE, J. D. Developing a competency-based MPA curriculum. *Journal of Public Administration Education*, Lawrence, v. 2, n. 2, p. 117-130, verão 1996. p. 121.

49 Vollmer (1936 apud João Raposo, Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível?, op. cit., p. 417) refere que o policial ideal é aquele que tenha, simultaneamente, "a sabedoria de Salomão, a coragem de David, a paciência de Job, a liderança de Moisés, a delicadeza do Bom Samaritano, a estratégia de Alexandre, a fé de Daniel, a diplomacia de Lincoln, a tolerância do Carpinteiro de Nazaré, a ciência de Galileu e por último um conhecimento profundo de todos os ramos das Ciências Naturais, Biológicas e Sociais".

50 As normas jurídicas punitivas ou sancionárias não atribuem poder ao agente policial. O dever da polícia faz cumprir a norma quando eles pensam que são justas, ou quando pensam que a execução não é inconveniente, ou quando pensam que a execução não é excessivamente custosa. Tal obrigação está sempre disposta na norma jurídica, além de ser implícito do conceito básico da função policial.

51 Denis J. Galligan (Denis J. Galligan, *Discretionary powers*, op. cit., p. 48) expõe que é necessária

O importante, no entanto, é saber que a margem de manobra existente nestes agentes é outorgada de maneira distinta das que possuem os órgãos diretivos. Enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes.

No entanto, não se pode contemplar como usurpadores de tal autoridade nem infringentes do princípio da legalidade, pois o sistema modula suas funções para ser assim. Afinal de contas, não há nenhuma sanção substancial contra tais eleições ou decisões; pelo contrário, há, muitas vezes, sanções em caso de que o agente não respeite a ordem. É bem sabido que o legislador não faz a norma de maneira perfeita, não é possível detalhar todas as situações suscetíveis de acontecer,[52] por isso, muitas vezes, a não execução de uma norma, por exemplo, serve em certa medida para compensar tal inabilidade.

A apreciatividade, na realidade, é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da pretensão, isto é, da composição e do funcionamento dos órgãos competentes a determinar seu alcance.

É certo que todo agente possui sua função e competência atribuídas por uma norma jurídica, ainda que seja esta genérica. A diferença da discricionariedade, a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.[53]

---

uma distinção quando se está diante de uma norma ineficiente, irreal ou injusta ou quando diante de uma norma aceitável por todos, mas que uma discricionariedade residual para afastar-se dela (a norma) é um elemento necessário para a justiça ou moralidade. E completa que a diferença é uma linha tênue.

[52] Alejandro Nieto García (NIETO GARCÍA, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 14, n. 44, maio/ago. 1964. p. 155) aponta que "*la realidad administrativa es algo que no puede encerrarse en fórmulas, por muy perfectas que sean*".

[53] Peter Mirfield (MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 125) traz essa noção relacionada ao policial: "*The investigative power of the police are both the creatures of, and regulated by, the law. There is, of course, a police discipline code, to which all officers are subject. The matters with which it deals, though often of great public*

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para eleger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade à mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.[54]

Muitas ações administrativas estão à margem de qualquer regulamentação, nem sempre as fontes habilitadoras descrevem todas as condutas. Mesmo assim, tal atuação se trata de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de interesses públicos para a qual seu executor direto se vê rodeado de "*subjetividades*".

Tais decisões subjetivas são praticamente imunes a um controle, já que não é possível reproduzir em um processo a situação de iminência. Isso não significa que a apreciatividade carece de limites, mas estes não podem aplicar-se,

---

significance, are clearly internal to the police. The general law of the land regulates police powers in three distinct ways. First, the common law continues to govern some aspects of their conduct. For example, the doctrine requiring certain information to be given to persons arrested or searched was established by Christie v. Leachinsky, though it now has statutory force. Christie would seem to be quite capable, because it is clearly based upon a general principle that citizens should be informed of what coercive powers are being used against them and of the reason why, of generating equivalent requirements in respect of newly-created police powers. Furthermore, the general law, applicable to all citizens, may prove significant in some cases. It was undoubtedly a very significant factor in the decision in Matto v. Wolverhampton Crown Court that, at the time when the police had required the accused to provide them with a sample of breath, the officers were knowingly trespassing upon the accused's land. Secondly, statutory provisions now impinge very extensively indeed upon the exercise of investigative powers. The most wide-ranging statute is the 1984 Act, but there are many other. Thirdly, there are the codes of practice mane under the Act. At present, there are five such codes, regulating the exercise of powers of stop and search (Code A), the exercise of powers to search premises and seize property found therein (Code B), the detention, treatment, and questioning of members of the public (Code C), the identification of alleged offenders (Code D), and the tape-recording of interviews (Code E)".

Sobre tais códigos, Peter Mirfield afirma (op. cit., p. 126): "*The form in which the codes are drafted is such that there may be as many as three different elements. There are, in all of them, numbered paragraphs, many of which are drafted in duty-imposing or power-conferring form. Some of them also have annexes, in differently numbered paragraphs, to which reference is made in the main part and which, again in many cases, impose duties of confer powers. Finally, there are what sub-headings in the codes describe as "Notes of Guidance" The clear purpose is to provide guidance to police officers with regard to the exercise of their duties and powers. However, in so doing, they often seem to qualify, limit, or even extend those duties and powers*".

Tais "*notes for guidance*" são notas guias para que seus executores e outros tenham um maior conhecimento a respeito de sua aplicação e interpretação. Assim o é porque os códigos de conduta devem ser interpretados com suas notas.

Ante tal situação, é também importante afirmar que não se pode esquecer a jurisprudência que, muitas vezes, se configura como um guia para o executor; e não apenas como uma circunstância para outro juiz. Não é função primária dos Tribunais disciplinar, educar e, inclusive, punir a administração, mas é certo que, ao resolver litígios, também, atua desse modo, e tal forma de atuação ajuda a administração a administrar.

[54] António Francisco de Sousa, Discricionariedade na atuação policial, op. cit., p. 221 e 222.

então, senão de uma forma muito flexível (erros absolutos de apreciação, medidas totalmente desproporcionais etc.), pois, do contrário, o sentido da responsabilidade jurídica poderia paralisar os órgãos de decisão, tornando a intenção de impor alguns limites abstratos e rígidos a seu exercício de total futilidade.

É evidente que, muitas vezes, o agente executor que atua com imediatidade ou urgência elege alternativas ou opções debilitadas de elementos para ações pautadas no direito, ocasionando ações "*trágicas*". São basicamente nessas ocasiões que o controle, interno ou externo, conseguirá conter essa margem de liberdade em seus limites.

A ação apreciativa do executor administrativo possui dificuldade de controle. Mas, em compensação, quando ela é controlada, estão disponíveis todos os elementos jurídicos existentes no direito. E isso significa que os elementos disponíveis para a ação imediata ou urgente são distintos dos elementos dispostos no momento do controle, pois, muitas vezes, aos primeiros executores administrativos cabe-lhes um juízo de valor influenciado por questões psicológicas, pressão, grau de informação, grau acadêmico, preconceitos,[55] entre outros que possam aparecer na fase de controle e que apenas ulteriormente possam ser avaliados mediante todas as normas, regras, princípios e demais elementos do direito, que esse executor jamais poderia ter a pretensão de pensar no momento do fato administrativo.

Deixar esse executor sob a eterna tensão de ser responsabilizado por tal atuar imediato ou urgente ou, ao contrário, por sua omissão, pode equiparar-se a deixar de proteger a ação administrativa, o serviço público e, consequentemente, o administrado. Além disso, pode-se promover o desinteresse dos bons profissionais pelo serviço público em razão do medo de assumir o risco de responder pessoalmente por conduta imediata ou urgente. A verdade é que, se toda norma jurídica fosse executada de maneira estrita, viver-se-ia em uma sociedade insuportável. Deve-se ter em conta que a decisão individual do agente não muda o *status* legal do administrado.[56]

---

[55] Não se deve esquecer que a administração atua por meio de pessoas físicas com suas fraquezas, paixões, preferências e pontos de vistas particulares, assim, propiciando que, em determinadas ocasiões, prevaleçam outros interesses em lugar dos interesses objetivos da coletividade aos que estão destinados a servir (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 5. ed. Madri: Civitas, 2008. p. 134).

[56] Imagina uma pessoa que não tenha cumprido uma norma penal e um policial que tenha decidido de não a prender, mas somente chamar atenção, sua situação jurídica será de infrator e ainda estará sujeito às punições que a norma o impuser.

Conclusões

A chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existam outras formas de liberdade ou margens distintas dessas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por motivos comprovados de especial relevância. E tem ainda quem prefere mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por questão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei.

Logo se defende que exista uma quarta forma de manifestação subjetiva ou de autonomia pública, distinta das três mencionadas e pouco desenvolvida pela doutrina e que se prefere denominar apreciatividade administrativa. A apreciatividade administrativa é aquela margem de liberdade de que a administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação não deôntica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciatividade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas.

Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance.

A doutrina chama o que aqui se denomina apreciatividade administrativa de distintas maneiras. Tem quem afirma que qualquer ação, independentemente de estar estritamente regida por normas jurídicas, mas que contém um elemento significativo de juízo pessoal, é uma atuação discricional. Outros colocam que, por mais que uma ação possua um elemento de juízo pessoal na adoção das eleições/decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações, não se estará diante de uma discricionariedade no estrito sentido técnico-jurídico, senão, ante um vocábulo empregado em sua aceitação mais comum. Assim que a maioria simplesmente a denomina discricionariedade. Tem quem a considera um tipo de discricionariedade, chamando, ao que aqui se denomina apreciatividade, discricionariedade tácita (*taktisches Ermessen*) ou discricionariedade instrumental. Outros, ainda, evitam utilizar o termo discricionariedade, preferindo: folga ou margem de apreciação, liberdade de conformação ou liberdade de configuração (*Gestaltungsfreiheit*), margem de confiança e margem cognoscitiva de apreciação. Existe, também, quem a chame de liberdade de manobra (*freedom of manœuvre*), "*street discretion*", e para não se estender muito, "*Definitionsmacht*" (poder de definição). A utilização de um novo *nomen iuris* para evitar contradição com outros institutos, porque o que se pretende denominar apreciatividade é substancialmente diferente de quaisquer das nomenclaturas mencionadas. Ou seja, trata-se de supostos que não se podem aceitar como liberdade de conformação, discricionais em sentido técnico-jurídico, ou como margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas que também concedem subjetividade ou autonomia na tomada de eleição/decisão. É, na realidade, um novo instituto.

Assim como não é uma tarefa fácil definir a discricionariedade administrativa, pior é definir a apreciatividade administrativa. Isso é assim porque ambos os termos são ambíguos e porque o segundo não possui um desenvolvimento na ciência jurídica. Porém, por ser uma espécie de gênero de subjetividade ou autonomia pública, podem-se extrair três elementos essenciais, próprios da apreciatividade administrativa: subjetivo, somente a administração pública possui esse tipo de subjetividade, mas, principalmente, os servidores que atuam em linha de frente ou que tenham contato direto com os cidadãos que para empregá-la utilizam uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem. Ou seja, optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções que tenha. Formal, derivado da

indeterminações do direito, como o conteúdo do direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, normalmente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo necessariamente um ato administrativo formal ao final de seu exercício. Volitivo, por ser uma margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito em que se exercite. Tal liberdade de conduta é frequentemente rotineira, regular e cotidiana, realizada com algum caráter imediato ou de urgência. Além desses elementos essenciais, a apreciatividade possui um elemento objetivo, que é o dever de atenção aos interesses públicos gerais e específicos. Exceto o último elemento, onipresente em toda a administração pública, os demais elementos possuem diferenças substanciais em relação aos mesmos elementos da discricionariedade e, por isso, não pode ser tratada de forma idêntica a essa, mas isso seria tema de outro trabalho.

Pode-se concluir, então, que não existe uma descaracterização do instituto da discricionariedade administrativa, mas bem o que tem é um acréscimo à ideia genérica de subjetividade ou autonomia pública. Acréscimo de um novo instituto cuja noção se depreende de duas formas: por inclusão, visto que necessariamente deve ser uma margem de liberdade/autonomia/volição; e por exclusão, pois tudo que não seja identificado como liberdade conformadora, discricionariedade administrativa ou margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é apreciatividade administrativa.

Referências

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madri: Civitas, 1990.

ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

BARCELONA LLOP, Javier. *El régimen jurídico de la policía de seguridad (un estudio de derecho administrativo)*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19. IV). In: ____ (Coord.). *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Madri: Civitas, 1993. p. 135-206.

BLUNTSCHLI, Johann G. *Derecho público universal*. Madri: Góngora, 1880. t. II.

BROWN, Michael K. *Working the street*: police discretion and the dilemmas of reform. Nova York: Russell Sage Foundation, 1988.

BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial. *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madri, n. 4, p. 896-911, out./dez. 1987.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. v. II.

CAMPBELL, Tom. Discretionary "rights". In: TIMMS, N.; WATSON, D. (Ed.). *Philosophy in social work*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1978. p. 409-440.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madri: Civitas, 1997.

EVANS, Tony; HARRIS, John. Street-level bureaucracy, social work and the (exaggerated) death of discretion. *British Journal of Social Work*, Oxford, v. 34, n. 6, p. 871-895, set. 2004.

FEEST, Johannes; BLANKENBURG, Erhard. *Die Definitionsmacht der Polizei*. Dusseldorf: Bertelsmann, 1972.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 5. ed. Madri: Civitas, 2008.

____. *De la arbitrariedad del legislador*: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madri: Civitas, 1998.

____. Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 61, p. 125-141, jan./abr. 1970.

GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers*: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990.

____. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 1, n. 28, p. 11-50, set./dez. 1959.

GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *El ejercicio legítimo del cargo*: discrecionalidad administrativa y error en derecho penal. Madri: Universidad Complutense — Facultad de Derecho, 1980.

GOODIN, Robert E. Welfare, rights and discretion. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 232-261, verão 1986.

HARLOW, C.; RAWLINGS, R. *Law and administration*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1997.

HAWKINS, Keith. Using judicial discretion. In: ____. *The uses of discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 89-111.

JOHNSON, Michelle A. et al. Implementing welfare-to-work services: a study of staff decision-making. *Families in Society*: The Journal of Contemporary Social Services, Milwaukee, v. 87, n. 3, p. 317-328, jul./set. 2006.

JUSS, Satvinder S. *Discretion and deviation in the administration of immigration control*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.

KADISH, Mortimer R.; KADISH, Sanford H. *Discretion to disobey*: a study of lawful departures from legal rules. Stanford, California: Stanford University Press. 1973.

KAGAN, Robert A. *Regulatory justice*: implementing a wage-price freeze. Nova York: Russell Sage Foundation, 1978.

KLOCKARS, Carl B. *The idea of police*. Thousand Oaks: Sage Pubns, 1985.

LEWIS, J.; GLENNERSTER, H. *Implementing the new community care*. Buckingham: Open University Press, 1996.

LIPSKY, Michel. *Street-level bureaucracy*: dilemmas of the individual in public services. Nova York: Russell Sage Foundation, 1974.

MIRFIELD, Peter. *Silence, confessions and improperly obtained evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEYROUD, Peter; BECKLEY, Alan. *Policing, ethics and human rights*. Oregan: Willan Publishing, 2001.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 14, p. 147-162, n. 44, maio/ago. 1964.

O'SULLIVAN, T. *Decision making in social work*. Basingstoke: Macmillan, 1999.

ORLANDO, V. E. *Principios de derecho administrativo***.** Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978.

PRESTON-SHOOT, M. Regulating the road of good intentions: observations on the relationship between policy, regulations and practice in social work. *Practice*: Social Work in Action, Londres, v. 13, n. 4, p. 5-20, out./dez. 2001.

PRETIS, Daria de. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*. Padova: Cedam, 1995.

RAPOSO, João. Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível? In: VVAA. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. doutor António de Sousa Franco*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v. 2.

RICO, José Maria. El poder discrecional de la policía y su control. In: RICO, José Maria (Coord.). *Policía y sociedad democrática*. Madri: Alianza, 1983. p. 211-233.

____ (Coord.). *Policía y sociedad democrática*. Madri: Alianza, 1983.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.

SATTA, Filippo. *Principio de legalitá e pubblica amministrazione nello stato democratico*. Padua: Cedam, 1969.

SOUCHON, Henri. *Admonester*: du pouvoir discretionnaire des organes de police. Paris: Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1982.

SOUSA, António Francisco de. Discricionariedade na atuação policial. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Reuniões e manifestações de atuação policial*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 215-232.

____. O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Reforma do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

TOMPKINS, J.; LASLOVICH, M. J.; GREENE, J. D. Developing a competency-based MPA curriculum. *Journal of Public Administration Education*, Lawrence, v. 2, n. 2, p. 117-130, verão 1996.

VENEZIA, Jean-Claude. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris: LGDJ, 1959.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad*: del orden público a la seguridad ciudadana. Galicia: Ara Solis, 1997.

VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madri, a. 1, n. 3, p. 53-129, set./dez. 1950.

VIRGA, Pietro. *La potestà di polizia*. Milão: A. Giuffrè, 1954.

WADDINGTON, P. A. J. *Policing citizens*: authority and rights. Londres: UCL Press, 1999.

WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo* (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.