

LEGALIDADE, VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

DOMINGOS PEREIRA DE SOUSA*

Sumário: 1. O princípio da legalidade no Estado de Direito. 1.1 Legalidade formal e legalidade material. 1.2 Juridicidade ou legalidade em sentido amplo. 2. Legalidade na doutrina portuguesa e espanhola. 3. Os novos paradigmas da discricionariedade. 4. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. 4.1 As teorias unitárias da doutrina alemã. 4.2 A moderna doutrina alemã. 4.3 Discricionariedade na doutrina italiana. 4.4 Discricionariedade na doutrina portuguesa. 4.5 Discricionariedade na doutrina espanhola. 4.6 A nossa posição.

RESUMO: A evasão fiscal e a necessidade de mais receitas no Estado Social colocam o problema do equilíbrio entre o poder de tributar e o dever de contribuir. A Administração Tributária precisa de uma margem de liberdade na avaliação e investigação das situações tributárias. Em contrapartida, o contribuinte necessita de ver compensado o aumento da discricionariedade com mais garantias, através do contraditório no procedimento tributário e, sobretudo, através de um controlo judicial efectivo e pleno dos actos tributários. Essencial é garantir que a discricionariedade não resulta em arbitrariedade, e evitar que a função tributária se desenvolva fora do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Tributar; Garantias dos Contribuintes; Legalidade, Discricionariedade; Arbitrariedade.

ABSTRACT: tax evasion and the need for more revenue in the Social State pose the problem of balancing the power to tax and the duty to contribute. The Tax Administration needs a margin of freedom in the assessment and investigation of tax situations. On the other hand, the taxpayer needs to see compensated for the increase in discretion with more guarantees, through the contradictory in the tax procedure and, above all, through effective and full judicial control of tax acts. It is essential to ensure that discretion does not result in arbitrariness, and to prevent the tax function from developing outside the law.

KEYWORDS: Power to Tax; Taxpayers Guarantees; Legality; Discretion; Arbitrariness.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa). Investigador do CEAD – Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO DE DIREITO

A discricionariedade é, definitivamente, um dos temas mais controversos na doutrina do direito público, em particular quando se analisam a sua localização e a forma do seu exercício no Estado de Direito contemporâneo assente na denominada separação de poderes, entendida hoje como divisão de funções derivadas do exercício do poder político intrínseco à soberania popular, nos termos constitucionais.

Enquanto fenómeno sociopolítico, o princípio da legalidade é, sem dúvida, um dos mais importantes princípios gerais de direito aplicáveis à Administração pública e assume, no actual Estado de Direito Social e Democrático, um conteúdo bem diferente e mais amplo do que aquele que lhe outorgara o Estado liberal².

A afirmação do positivismo jurídico conduziu à mudança do paradigma axiológico do princípio da legalidade, implicando que a discricionariedade administrativa passasse a ser explicada dentro do sistema jurídico, como poder emanado da norma legal e por ela estritamente limitado.

De acordo com esta concepção moderna, “os órgãos e agentes da Administração só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”³. Agora, a lei define o que a Administração deve ou pode fazer, quando anteriormente estabelecia o que ela estava proibida de fazer.

O poder discricionário passa a ser uma atribuição legal expressa à Administração, fruto de uma vinculação positiva da Administração ao Direito, de tal modo que a lei é, agora, não só um limite à actuação da Administração, mas também o próprio fundamento da actuação administrativa. À margem da lei não existe discricionariedade e os poderes discricionários só existem porque a lei assim o determina⁴.

2 A partir da afirmação do liberalismo e da soberania do povo representado no parlamento, a vontade da lei substituiu a vontade do Rei como limite da actuação dos órgãos do Estado.

3 Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II (Coimbra, Almedina, 2004), 42. No mesmo sentido, J. M. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos* (Coimbra, Almedina, 1987), 15; J. C. Vieira de Andrade, «O Ordenamento Jurídico Administrativo», in *Contencioso Administrativo*, (Braga, 1986), 35; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, I, 2.ª Ed. (Lisboa, 1999), 81-89.

4 Neste sentido, Eduardo García de Enterría, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», in *Revista de Administración Pública*, n.º 27 (1958),

Nesse sentido, as faculdades discricionárias são prerrogativas concretas, limitadas; não configuram poderes ilimitados, antes se trata de atribuições feitas pela lei, nas quais há uma certa margem de indeterminação que será concretizada pela Administração.

A discricionariedade administrativa tem a sua origem no modelo liberal do Estado de Direito, onde aparece configurada como um poder de actuação autónoma conferido à Administração, livre de vinculação à lei e de qualquer sindicabilidade judicial.

1.1. LEGALIDADE FORMAL E LEGALIDADE MATERIAL

Enquanto no domínio do Estado “absolutista” a Administração se apresentava legalmente incondicionada, o modelo liberal do Estado de Direito impôs a conformidade da Administração à lei. A lei passou a ser fundamento e limite de toda a actuação do Estado, cuja Administração passa a estar plenamente vinculada ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, inicialmente fonte de legitimação do poder ilimitado do Rei assume agora o papel de efectivo limite à actuação do Estado. Esta primeira mudança de conteúdo do princípio da legalidade deve-se, sobretudo, às transformações socioeconómicas operadas pela revolução liberal. A burguesia emergente necessitava de garantir a liberdade e a propriedade. A lei assume essa função de garantir, através do Estado, a segurança da burguesia e o seu direito subjectivo à livre iniciativa económica, à apropriação individual e à livre transmissão da propriedade em vida ou por via sucessória. O Estado não devia ofender os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervir na ordem social ou económica, caracterizando-se pelo não intervencionismo e pela posição da vinculação negativa.

63. Afirma o autor que “Es ya conocida la distinción entre el efecto habilitante o apoderamiento de las normas y el efecto obligante o limitador de las mismas. Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento” (80).

Em razão do papel estritamente formal desempenhado pelo princípio da legalidade, a Administração estava legitimada a fazer tudo o que a lei expressamente não proibisse. Então, a Administração passa a poder fazer não só o que a lei expressamente permite, mas também tudo o que a lei não proíbe.

Esta concepção de legalidade corresponde à velha doutrina da “vinculação negativa” da Administração, segundo a qual a lei apenas impõe limites externos à proclamada liberdade de autodeterminação da Administração Pública.

Com a evolução do modelo liberal para o novo modelo social do Estado de Direito verifica-se uma profunda alteração no conceito material de lei. Para além de proteger a esfera jurídica dos cidadãos, a lei passou a definir e a assegurar a prossecução do interesse público. Daí que a lei não é apenas um limite à actuação da Administração, mas passa a ser também seu pressuposto e fundamento. Deixa de fazer sentido a identificação redutora entre Lei e Direito. Agora, passa a ser juridicamente relevante a Constituição, o Direito Internacional e os princípios gerais da actividade administrativa que passam a ter dignidade constitucional.

Caminha-se para uma nova realidade na qual se afirma o bloco da juridicidade e com ele a actividade administrativa passa a estar subordinada ao Direito. Fala-se agora de legalidade democrática, no sentido em que a Administração está submetida ao Direito, “sujeita a normas jurídicas obrigatórias e públicas”⁵.

Contudo, a afirmação do positivismo jurídico conduziu à mudança do paradigma axiológico do princípio da legalidade, implicando que a discricionariedade administrativa passasse a ser explicada dentro do sistema jurídico, como poder emanado da norma legal e por ela limitado. Agora, a lei define o que a Administração deve ou pode fazer, quando anteriormente estabelecia o que ela estava proibida de fazer.

Por força do princípio da separação de poderes, a Administração não dispõe de liberdade para escolher os fins que prossegue. Essa é uma função do legislador, a quem cabe, em exclusivo, definir esses fins, escolher os órgãos competentes para os prosseguir e atribuir os poderes de que os órgãos carecem para actuar.

5 Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2005), 122-123. Como assinala o autor, durante muito tempo “considerou-se que o exercício das funções de autoridade pública pela Administração era inteiramente livre, apenas se encontrando submetido ao direito aquilo que fosse desempenho de actividades privadas”.

Por vezes, em razão de exigências acrescidas de maior densidade normativa, o legislador vai mais longe e fixa ele próprio o conteúdo dos actos a praticar. É o que acontece nalguns domínios do Direito Tributário, nomeadamente na definição legal dos elementos essenciais dos impostos, em que se manifesta uma especial e mais rigorosa vinculação da Administração à lei.

A doutrina mais recente entende o princípio da legalidade de uma forma positiva. Agora diz-se o que a Administração deve ou pode fazer, quando anteriormente se dizia o que ela estava proibida de fazer.

1.2. JURIDICIDADE OU LEGALIDADE EM SENTIDO AMPLO

Está hoje ultrapassada a concepção clássica da legalidade assente numa visão liberal de exclusividade do poder legislativo em favor do Parlamento⁶. Com o abandono da identificação entre lei e direito, o princípio da legalidade estrita não abarca mais toda a problemática da subordinação da Administração ao Direito.

Agora, a Administração Pública está sujeita a todo o bloco da juridicidade, onde relevam, fundamentalmente, os princípios jurídicos fundamentais, a Constituição, os princípios de Direito Internacional, os Tratados e as Convenções, os princípios gerais da actividade administrativa e os próprios regulamentos.

Daí que, apesar de o legislador continuar a usar correntemente a expressão princípio da legalidade, verdade é que não se trata, hoje, de um princípio que signifique a mera subordinação da Administração e do Juiz à lei, mas de um verdadeiro princípio da juridicidade, enquanto imperativo que vai para além da mera conformidade com a lei, e busca uma compatibilização com o Direito, entendido como um todo na plenitude do ordenamento jurídico⁷.

Neste sentido mais amplo, a actuação da Administração estará sempre vinculada, no exercício de determinada actividade, a princípios gerais de grau

6 Os parlamentos nacionais vão perdendo o monopólio legislativo, uma vez que os governos passam a dispor de competência legislativa normal.

7 Actualmente, nem a Administração está confinada ao papel de mera executora da vontade do legislador, nem o Juiz é mais o autómato subsuntivo que pronuncia as palavras da lei. Ambos, cada qual em sua função, passam a ter um papel de produção jurídica dentro dos limites do Direito.

superior alternativos à lei parlamentar, aos princípios e regras constitucionais e os actos normativos praticados pela própria Administração terão de conformar-se com os princípios constitucionais e com o Direito vigente. Exige-se conformidade com a lei e com o Direito⁸.

A subordinação da Administração pública à lei em sentido amplo está bem patente na Constituição portuguesa, cujo artigo 266.º, n.º 2 estabelece que «Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé»⁹.

A subordinação da Administração a todo o Direito tem outra consequência prática de importantíssimo relevo, no sentido de que ao controlar a legalidade da actuação administrativa, os Tribunais Administrativos e Fiscais devem fazê-lo não apenas no que respeita à legalidade em sentido estrito, mas a todo o bloco da juridicidade. O fundamento da discricionariedade encontra-se, assim, na actualidade, na própria Constituição. Dela se deduz que os poderes discricionários da Administração tributária são limitados e sobretudo, absolutamente sujeitos ao controlo judicial¹⁰.

8 A moderna superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade conduz a que a actuação da Administração deve ser analisada com referência não só à lei habilitante, mas a todo o “bloco legal” de que falava Hauriou, no sentido de uma compatibilidade com o Direito, por forma a abranger não só as leis mas, também, os princípios gerais de Direito. Esta nova concepção da juridicidade é mais exigente. Agora a discricionariedade não está fora, antes está dentro do ordenamento jurídico.

9 Em coerência com o imperativo constitucional estabelece o artigo 3.º, n.º 1 do CPA que «os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao Direito...». No mesmo sentido, mas de forma bem mais nítida e expressiva, a Constituição espanhola estabelece no artigo 9.º, n.º 1 que «Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico» e no n.º 3 determina que «A Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroactividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos». E no artigo 103.º, n.º 1 estabelece que «A Administração Pública serve com objectividade os interesses gerais e actua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação com submissão plena à lei e ao Direito».

10 Carmen Uriol Egido, *La Discrecionalidad en el Derecho Tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002), 9. Sustenta a autora que “Hasta ese momento, los actos discrecionales estaban excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, porque el concepto de acto discrecional era otro. Es decir, la discrecionalidad se entendía como ausencia de norma, y el acto discrecional era sinónimo de acto libremente emitido por la Administración. Sin embargo, como bien apunta la Exposición de Motivos del citado texto legal, “al relacionar los actos excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la

Hoje, o princípio da legalidade, deve ser encarado numa nova perspectiva que torna necessário substituir a sua concepção, enquanto expressão da exigência de lei formal, pelo princípio da juridicidade ou da legalidade material. Neste sentido mais amplo, a actuação da Administração estará sempre vinculada, no exercício de determinada actividade, a princípios gerais de grau superior alternativos à lei parlamentar, aos princípios e regras constitucionais. Os actos da Administração terão de conformar-se com os princípios constitucionais e com o Direito vigente. Exige-se conformidade com a lei e com o Direito.

Do nosso ponto de vista, a delimitação legal expressa do exercício da função administrativa é exigência que decorre do princípio democrático, por força do qual toda a actuação dos poderes públicos é manifestação da vontade expressa em lei pelos representantes do povo, únicos com legitimidade para restringir os direitos e liberdades individuais em prol da supremacia do interesse público, desde que tal restrição se revele materialmente compatível com os princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, resguardando, sempre, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Com efeito, a instituição do controlo judicial da constitucionalidade das leis veio colocar a legalidade num plano mais exigente, conferindo ao princípio da legalidade constitucional um novo sentido bem mais amplo, assente na ideia da superlegalidade material e formal das normas constitucionais, transformando em destinatários do princípio da legalidade os próprios detentores do poder legislativo¹¹.

discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, o un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un «prius» respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar a cerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado lo que sea de interés público”. Por ello, el artículo 40 excluyó, dentro de los actos no impugnables, los dictados en el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración. Em relação a este ponto é especialmente significativa a Sentença do Tribunal Supremo de 24 de Outubro de 1959 (*Aranzadi*. 4024), quando, sobre o acto administrativo discricionário, afirma que, “sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional”.

11 Sobre os conceitos da superlegalidade material e formal, ver J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.ª ed. (Coimbra, 1993), 696.

Verifica-se desta forma, uma nítida superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, o que conduz a que a actuação da Administração deve ser analisada com referência não só à lei habilitante, mas a todo o “bloco legal” de que falava Hauriou, no sentido de uma compatibilidade com o Direito, por forma a abranger não só as leis mas, também, os princípios gerais de Direito.

Esta nova concepção da juridicidade é mais exigente. Agora a discricionariedade não está mais fora, antes está definitivamente dentro do ordenamento jurídico. A subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. O respeito da legalidade requer, agora, a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional¹².

Esta visão mais ampla da legalidade referenciada ao “bloco da legalidade” corresponde à afirmação de uma nova concepção do Estado de Direito, uma concepção jus-filosófica, em que se busca a realização da justiça material, substantiva. Esta mudança no paradigma do Estado de Direito arrasta consigo uma mais profunda alteração no conteúdo axiológico do princípio da legalidade. Perspectivado, agora, o princípio da legalidade ao serviço da realização da justiça material, a discricionariedade ganha uma série de limitações constitucionais, no sentido de que a actuação da Administração já não se legitima unicamente numa lei autorizante, antes deve decorrer de acordo com os princípios e valores constitucionais que vinculam toda a Administração Pública¹³.

Esta nova formulação do princípio da juridicidade não atende apenas à protecção dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos dos particulares, mas visa, também, garantir o respeito das normas aplicáveis. Neste sentido mais amplo, a legalidade surge, agora, não apenas como

12 Nesta perspectiva é altamente sugestiva a sentença do Tribunal Supremo espanhol, de 7.6.1972 (*Aranzadi*. 3123), em que se salienta que “afirmar que a actividade da Administração é vinculada tão só quando o acto se acha regulado por uma lei, regulamento ou ordenança, equivale a cair num puro formalismo jurídico e desconhecer que à margem destas disposições formais, a acção da Administração se rege por fins teleológicos irrecusáveis e por princípios indestrutíveis que regem a sua conduta com tanto ou mais vigor que as disposições legais”.

13 Com o advento do mais recente modelo do Estado de Direito foi-se abandonando a ideia do positivismo formalista, que não dava conta das promessas do Estado Social. Com a introdução da democracia participativa, inicia-se a fase da participação popular no processo político, e com ela a velha ideia de uma justiça formal garantida pela submissão do Estado à lei é abandonada, para dar lugar à ideia de Estado submetido ao Direito.

limite, mas também, como fundamento da actuação da Administração pública, orientada no desempenho do dever de prosseguir o interesse público como fim.¹⁴

Assim se justifica a afirmação de que a Administração não tem um verdadeiro poder de actuar, antes recai sobre ela um dever de agir que implica a atribuição de determinadas “prerrogativas” ou faculdades de actuação no exercício vinculado de poderes-deveres ou *potestades*. A Administração não tem, por conseguinte, a livre disposição de seus poderes (deveres), isto é, só possui poderes e só pode exercê-los na medida em que se mostrem necessários e indispensáveis ao exercício dos deveres que a sua função implica¹⁵.

A delimitação das competências da Administração continua a pertencer ao legislador, que não consegue, seja por impossibilidade material, seja por impossibilidade jurídica, antever de forma completa a multiplicidade das situações susceptíveis de ocorrerem na complexidade social e, por isso, não pode naturalmente delimitar na sua plenitude o desempenho da função administrativa, o que torna indispensável a previsão legal do poder discricionário, por vezes com recurso a cláusulas gerais, conferindo ao órgão da Administração um poder de decisão para aferir, de acordo com o caso concreto, em que sentido deve actuar na realização do interesse público.

Do nosso ponto de vista, a discricionariedade, sendo imprescindível no âmbito de um Estado de Direito, não existe sem a legalidade, antes a pressupõe e somente dentro dela se consegue explicar. Juridicamente a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Em democracia, o poder discricionário da Administração é necessário e útil, mas deve ser exercido e mantido dentro dos limites do Direito.

14 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 895; Vieira de Andrade, *O Ordenamento Jurídico Administrativo*, 41.

15 A juridicidade colocou o controlo judicial da actuação da Administração, em moldes bem mais amplos do que a estrita legalidade formal. A principalização do direito coloca a discricionariedade no plano mais vasto do ordenamento jurídico. O controlo deixa de ser feito com base exclusiva na lei. Agora, o Tribunal pode e deve utilizar novos critérios na realização do exame e neles fundamentar o seu juízo. Tais critérios não têm de ser necessária e exclusivamente legais, mas é indispensável que sejam jurídicos, no sentido em que são extraídos do ordenamento jurídico e, antes de tudo, da Constituição. Com este modelo de controlo, o mérito passa a constituir o único aspecto da discricionariedade que não é susceptível de controlo jurisdicional.

2. LEGALIDADE NA DOUTRINA PORTUGUESA E ESPANHOLA

A vinculação da Administração à legalidade tem sido objecto de novas reflexões, nas quais predomina a preocupação com a necessidade de um desempenho eficiente de funções, em nome do interesse público.

Em Portugal, a doutrina administrativista tradicional define o princípio da legalidade pela negativa, no sentido de que a Administração pública está proibida de lesar os direitos ou os interesses legítimos dos particulares, salvo autorização da lei.

Marcello Caetano defende que “nenhum órgão ou agente da Administração pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior”¹⁶.

Nesse quadro, mais do que significar que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam, o princípio da legalidade corresponde à exigência de que a prática de um acto pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente. Assim se afirma o princípio da legalidade administrativa na sua dupla vertente da precedência e da reserva de lei, princípio que, no dizer de Marcello Caetano, constitui a trave mestra de um Direito Administrativo gerado como técnica do exercício da autoridade executiva e da sua limitação jurídica¹⁷.

Afonso Queiró considera a legalidade em dois sentidos conexos. Num primeiro sentido, legalidade equivale à expressão “primado do direito”, ou seja, a um Estado que age não só de acordo com as normas jurídicas positivas (Estado de Direito formal) mas também que a sua conduta, de acordo com certos valores, visa a realização da justiça, salvaguardando os direitos fundamentais do homem e prevenindo o abuso do poder (Estado de Direito material). Nesse sentido, o princípio da legalidade encontra tradução não só no plano administrativo, mas também no legislativo, judiciário e processual. Num segundo sentido, legalidade refere-se apenas à Administração (princípio da legalidade administrativa) e exprime-se na ideia de que a actividade da Administração está subordinada à lei¹⁸.

16 Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I (Lisboa, 1973), 30.

17 Marcello Caetano, *Estudos de Direito Administrativo*, (Lisboa, 1974), 433.

18 Afonso Rodrigues Queiró, «Legalidade», in *Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, (vol. XI), 1637.

A doutrina moderna portuguesa está representada, entre outros, por Sêrvulo Correia e Vieira de Andrade, autores que analisam a vinculação da Administração não só à lei mas a todo o Direito, perspectivando um sentido amplo e material da legalidade.

Em Espanha, a discussão tem sido intensa, verificando-se a existência de duas correntes bem definidas, agrupando por um lado, entre outros, Garrido Falla e Sánchez Morón e por outro lado, Garcia de Enterría e Fernández Rodríguez.

Garrido Falla¹⁹, retomando a discussão entre vinculação negativa e vinculação positiva à legalidade, formula dois entendimentos diversos que expressam distintas formas de submissão à lei. Um primeiro sentido significa apenas a vinculação negativa, ou seja, considera que seria lícita a actuação administrativa desde que não houvesse violação às leis existentes, não podendo a Administração praticar actos *contra legem*. Num segundo entendimento haveria também vinculação positiva, no sentido em que todas as atribuições e competências da Administração têm de ser cometidas por lei.

Por seu turno, Sánchez Morón,²⁰ adepto da vinculação negativa, considera uma tese radical a vinculação positiva, defendida, entre outros, por García de Enterría e Fernández Rodríguez, os quais procedendo a uma interpretação do artigo 103.1 da Constituição Espanhola afirmam que a Constituição ao utilizar a expressão “submissão” quis excluir toda e qualquer possibilidade de actuação administrativa *contra legem* y *contra ius*, defendendo uma compreensão mais dinâmica e menos formalista do princípio da legalidade, distinguindo-o do princípio da reserva legal.

Sustentam estes professores que a doutrina da vinculação negativa se baseia num equívoco de fundamentos, decorrente da herança de uma interpretação rígida da separação de poderes e de um suposto fundamento democrático que não rejeitaria a sujeição da Administração, no exercício da função

19 Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13.ª Ed., (Madrid: Tecnos, 2002), 198. Afirma o autor que “las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley, siendo imposible todo el tipo de actuación que no haya sido previamente encomendado a la Administración pública por el legislador”.

20 Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, (Madrid: Tecnos, 1995), 116.

discricionária, livremente exercida nos contornos da legalidade, sem necessitar de norma habilitante para tanto. Mais argumentam estes autores que todo o poder que não seja juridicamente conferido tende a ser arbitrariamente exercido, o que é inadmissível perante a consagração do princípio constitucional de interdição da arbitrariedade pelos poderes públicos constante do artigo 9.3 da Constituição Espanhola.²¹

Como sugestivamente afirma Fernández Rodríguez, “vista de uniforme ou vista à civil, a Administração Pública é sempre um poder público e, como tal, não pode decidir de forma arbitrária, tem de comportar-se sempre com objectividade, deve limitar-se em todos os casos aos princípios de mérito e capacidade, há-de formar a sua vontade através de um procedimento externamente relevante...e, sobretudo, deve respeitar sempre os direitos fundamentais dos cidadãos”²².

Com efeito, é bastante discutida a questão do grau de sujeição e a intensidade da vinculação da Administração, na medida em que, considerando a vinculação apenas negativa, ela pode actuar discricionariamente para a satisfação do interesse público como entender mais conveniente e mais oportuno, independentemente de norma jurídica habilitante; todavia, considerando a doutrina da vinculação positiva, a Administração deve exercer apenas as competências que lhe forem juridicamente cometidas para a realização do interesse público predeterminado, mais ou menos genericamente, pela Constituição e pelo legislador.

A questão ganha nova importância ao nível do controlo judicial da actuação administrativa, uma vez que no âmbito da vinculação negativa, por não existir a norma jurídica habilitante, segundo alguns autores não haveria controlo, tese que refutamos, na medida em que sempre existe vinculação ao Direito, o que exige o controlo externo do acto.

21 E. García de Enterría, y T. R. Fernandez Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 10.^a Ed. (Madrid: Civitas, 2001). A Constituição espanhola estabelece no artigo 9.1 que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Mais adiante, no artigo 103.1, dispõe que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

22 T. R. Fernández Rodríguez, «Las Transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las Privatizaciones» in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Studia Iuridica, n.º 60 (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 334.

Com razão afirma Sánchez Morón “que a função do princípio da legalidade da Administração no sistema da Constituição não pode ser pensada hoje à maneira formalista de antigamente”. Com efeito, como salienta o autor, nada impede que, fora do âmbito da reserva de lei, o Governo e a Administração possam tomar iniciativas no exercício das suas próprias funções, nada impedindo o legislador de inclusive nas matérias reservadas à lei atribuir àqueles amplos poderes normativos e, desde logo, discricionários²³.

Do nosso ponto de vista, a evolução jurídico-política do Estado moderno, desde o modelo liberal até ao actual Estado social determina uma profunda alteração na concepção, conteúdo e alcance do princípio da legalidade. Com o aparecimento do Estado Social e Democrático, é abandonada a concepção de discricionariedade por oposição à legalidade. O entendimento de que a discricionariedade é uma faculdade de actuação da Administração à margem da lei, insusceptível de controlo judicial, dá lugar à ideia de uma Administração submetida ao Direito, no desempenho de uma competência funcional. A discricionariedade da Administração encontra-se, hoje, limitada pelos princípios constitucionais e pelos valores do Estado Social e Democrático. A Administração está submetida ao princípio da legalidade, só podendo actuar com base na lei, não somente lei em sentido formal, mas em sentido material, lei enquanto direito. Esta mudança profunda torna indispensável que os Tribunais possam controlar a actividade discricionária da Administração, não apenas sob o ângulo da legalidade formal, mas principalmente sob o novo prisma axiológico da juridicidade, o que exige o exame da motivação do acto da Administração, a fim de averiguar se ali não se escondem ilegalidades ou violações aos princípios constitucionais.

3. OS NOVOS PARADIGMAS DA DISCRICIONARIEDADE

Existem dois paradigmas que se afirmam, hoje, como princípios fundamentais na estruturação do ordenamento jurídico e que, em certa medida, conflituam na delimitação do poder discricionário: o princípio do Estado de Direito e o princípio da separação de poderes.

²³ Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa*, 108.

A prevalência do primeiro remete para uma maior protecção dos direitos subjectivos e interesses legítimos dos particulares, em que se procura reduzir ao mínimo os espaços discricionários da Administração e, sobretudo, eliminar toda e qualquer possibilidade de intromissão arbitrária e injusta nas esferas jurídicas dos cidadãos (contribuintes). Nessa perspectiva, em que a discricionariedade é vista como um “mal necessário”, defende-se uma maior determinação legislativa e um controlo mais intenso da actividade administrativa pelos Tribunais. Ao invés, o princípio da separação de poderes conduz-nos a uma ideia de maior autonomia e responsabilidade da Administração, à afirmação da legitimidade e autonomia próprias do poder administrativo em face dos outros dois poderes, o legislativo e o judicial.

Esta perspectiva sublinha a necessidade de evitar a chamada “dupla administração” que sempre existiria se o Juiz estivesse em condições de anular as escolhas administrativas, substituindo pelos seus próprios critérios aqueles que foram utilizados pela Administração. Neste sentido, entende-se que a Administração é também responsável pela realização da ideia de Direito, pela realização e concretização deste. A Administração tem perante a Constituição uma dignidade igual à do poder legislativo e à do poder judicial. Da mesma forma que ela não pode assumir um poder constitucionalmente atribuído aos outros poderes estaduais, estes também não podem intervir na esfera reservada à Administração.

Do nosso ponto de vista, a discricionariedade deve merecer um enquadramento unitário à luz de uma actualização da separação de poderes em termos de uma indispensável interdependência funcional dos poderes estaduais. A Administração detém a competência para a prossecução do interesse público, devendo fazer as escolhas e tomar as decisões que se mostrem adequadas. Ao Juiz compete assegurar o controlo da juridicidade dessas decisões. Na defesa desta tese sublinha-se a legitimidade democrática dos órgãos administrativos, a capacidade técnica, a responsabilidade pelas suas opções, a maior proximidade da Administração à realidade dos factos e a garantia de defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

4. A DISCRICIONARIEDADE E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Uma das formas mais usadas pelo legislador para atribuir poderes discricionários é através do que podemos designar de indeterminação estrutural da norma.

Como é sabido, a norma é constituída por duas partes: uma previsão ou hipótese e uma estatuição. A previsão contém a descrição típica de uma situação da vida; a estatuição inclui as medidas ou providências que o destinatário deve adoptar perante a verificação, em concreto, dessa situação. Entre a hipótese e a estatuição há um elemento de ligação que define a correspondência entre aqueles dois elementos, fixando o sentido da norma em termos de dever jurídico. Daí que, a norma impõe, permite ou proíbe.

A norma atribui poderes discricionários quando tem uma natureza facultativa, isto é, quando o elemento de ligação é um “pode”, o que se verifica quando a estatuição consiste em medidas alternativas (A, B ou C). Nestes casos, a discricionariedade corresponde à possibilidade de escolha de conteúdo.

O legislador utiliza, frequentemente, conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados²⁴, cujo âmbito se apresenta em boa medida incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador faz corresponder certo efeito de direito. São conceitos que se compreendem melhor do que se definem e por isso se contêm em noções que se especificam não tanto pelo seu conteúdo mas mais pelo seu sentido (v.g. interesse público, conveniência de serviço, solução adequada, despesa razoável, valor real).

Coloca-se, pois, a questão de saber se o legislador, ao utilizar conceitos indeterminados, está a atribuir poderes discricionários à Administração. Na resposta, alinham-se duas posições contrárias.

Uma primeira resposta é dada pela concepção mais antiga defendida por Laun e que ficou conhecida pela teoria da discricionariedade. Sustentava este autor que sempre que o legislador utiliza conceitos indeterminados está a conceder à Administração o poder de agir livremente. Esta doutrina acabou por exercer grande influência na definição do âmbito do controlo jurisdicional.

24 Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6.ª Ed. (Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983), 208.

O Juiz, ao controlar a actuação administrativa, ficava impossibilitado de reconstruir o preenchimento valorativo do conceito indeterminado efectuada pela Administração.

A segunda resposta vem formulada pela concepção do controlo total, nos anos cinquenta e sessenta, sustenta que, ao usar conceitos indeterminados, o legislador não atribui quaisquer poderes discricionários à Administração. A questão dos conceitos indeterminados reconduz-se, afinal, a um mero problema de interpretação conceptual. Esta concepção, preconizada por Rupp²⁵, parte de uma ideia de discricionariedade como liberdade absoluta e de uma ideia de Estado de Direito acentuadamente formal, segundo a qual quanto maior for o controlo judicial melhor se garantirá a ligação da Administração ao Direito. O Juiz, ao fiscalizar a actuação da Administração, deve reconstruir o preenchimento valorativo do conceito indeterminado feito pelo órgão administrativo.

Segundo Rupp não é só a propósito dos conceitos jurídicos indeterminados, mas de toda a concretização do Direito nos casos individuais, que podem surgir divergências subjectivas. Sucede assim porque, sendo o Direito aplicado por homens, não existe uma objectividade natural do pensamento livre de todos os erros. E não existem também quaisquer critérios legais que possam presidir à separação entre conceitos cujo último conhecimento caiba ao Juiz e outros conceitos sobre os quais a Administração detenha um monopólio de decisão. Pelo contrário, nos conflitos entre a Administração e os particulares, o Direito vigente confere ao Juiz a competência para a última decisão.

Para o autor as questões da discricionariedade administrativa, da discricionariedade judicial e dos conceitos jurídicos indeterminados, colocam-se

25 H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, (Tübingen, 1965), 177-221. Rupp não encontra diferença entre aplicação da lei e discricionariedade. Nesse domínio as disparidades são meramente quantitativas, já que toda a concretização de uma norma jurídica numa situação menos genérica ou abstracta envolve a inclusão de «determinantes autónomas» pelo órgão (administrativo ou judicial) incumbido de tal tarefa. Desde que se veja na aplicação do Direito não um mecanismo lógico de subsunção, mas um processo tópico, torna-se possível encontrar numa norma legal atributiva de um poder discricionário apenas uma regulamentação em aberto por causa da multiplicidade das possíveis situações de aplicação, como é afinal próprio de qualquer norma jurídica. Não obstante, Rupp não considera autorizada a conclusão de que os tribunais administrativos devam exercer um controlo ilimitado sobre a discricionariedade e de que o juiz possa substituir-se à Administração. Para este autor, em vez de ser limitado pela impossibilidade de penetrar numa «área liberta do Direito», o juiz é limitado pela necessidade de evitar colocar-se numa posição sistemática de «superioridade de conhecimento», a qual decorre do «quadro da personalidade do julgador» (*Personlichkeitsbildes des Richters*).

de modo idêntico e reduzem-se todas elas ao problema da interpretação e aplicação do Direito.

4.1. AS TEORIAS UNITÁRIAS DA DOCTRINA ALEMÃ

A par destas duas posições radicais de defesa e recusa dos conceitos indeterminados como formas de atribuição de poderes discricionários à Administração, a doutrina alemã dos anos sessenta apresenta um conjunto de teses mais moderadas que procuram delimitar os casos em que a aplicação dos conceitos indeterminados é susceptível de revisão pelos Tribunais Administrativos e Fiscais.

De entre as várias teses unitárias avançadas pela doutrina alemã, merece destaque especial a “teoria da folga” ou da “margem de apreciação”²⁶, segundo a qual o Tribunal pode refazer a interpretação que o titular do órgão ou agente administrativo fez do conceito indeterminado, mas já não pode pronunciar-se sobre a recondução da situação concreta ao esquema fixado por interpretação, porque aí a Administração goza de uma “folga” ou “margem de apreciação”. Existe uma zona indefinida do conceito que escapa ao controlo do Tribunal.

Segundo Bachof, o problema dos conceitos indeterminados é, antes de mais, uma questão de interpretação. Neste âmbito, a interpretação que tiver sido feita pelo agente administrativo pode ser repetida pelo Tribunal. Quando surge um conceito indeterminado na hipótese (nos pressupostos), a primeira tarefa do agente, na interpretação, consiste em fixar os limites externos do conceito. Na interpretação o agente só consegue definir o que não cabe dentro daquele conceito, mas não o que necessariamente lá cabe. Uma

²⁶ Otto Bachof, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts*, (Tübingen, 1967), 231. Sustenta Bachof que nem todo o conceito indeterminado confere uma margem de livre apreciação à Administração. É ao legislador que compete escolher os casos em que tal margem deve ser deixada à Administração. E fá-lo sempre que usa conceitos de valor (Wertbegriffe) ou quando emprega conceitos de experiência (Erfahrungsbegriffe) aplicáveis a situações de facto complexas ou que envolvam uma quantidade de imponderáveis. O autor distingue entre interpretação (Auslegung) e aplicação (Anwendung) dos conceitos, considerando que a interpretação é uma questão de direito e por isso totalmente sujeita a controlo judicial, enquanto que a aplicação do conceito nem sempre o será, uma vez que ela abarca a subsunção dos pressupostos de facto no conceito jurídico indeterminado contido no «Tatbestand» da norma.

vez realizada esta tarefa, que pode ser repetida pelo Juiz, segue-se a operação de subsunção, em que o agente procura apurar se determinada situação concreta se enquadra ou não no esquema geral pensado na hipótese da lei. Como se trata de subsumir uma situação real ao que está pensado na lei através de conceitos indeterminados, esta subsunção não é feita em termos irrecusáveis, mas vai deixar uma margem ou folga de apreciação ao agente. Por exemplo, se a lei utiliza o conceito de “custo padrão”, “controlo inequívoco”, “despesa exagerada”, “endividamento excessivo”, “custo razoável”, a Administração deve interpretá-lo, factor que o Juiz controla podendo refazer a interpretação realizada pelo agente administrativo; no entanto, a questão de saber se, no caso concreto, se está ou não perante um endividamento excessivo, uma despesa exagerada ou um custo razoável, não é controlada pelo Juiz que se limita a verificar se a subsunção foi ou não feita dentro dos limites fixados na interpretação.

Para Bachof não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, devendo falar-se antes de uma maior ou menor determinação ou indeterminação, podendo mesmo acontecer que um conceito originariamente indeterminado acabe por tornar-se determinado por força de um número significativo de subsunções de carácter jurisprudencial. No fundo o que importa ter em atenção é que, muitas vezes, a subsunção de uma situação concreta num conceito normativo requer um juízo de tipo valorativo em razão do número e complexidade de considerações a equacionar. Estas circunstâncias fazem com que, na prática, se torne difícil senão mesmo impossível para o Juiz repetir a subsunção, o que obriga a admitir uma certa liberdade de actuação da Administração.

Como observa este autor, quando o legislador utiliza conceitos indeterminados por considerar que uma definição legal mais concreta não é conveniente ou oportuna, nada se ganharia em substituir “o juízo problemático da subsunção da Administração pelo não menos problemático juízo do Tribunal”.

Uma segunda posição é avançada pela chamada “teoria da defensabilidade” de Ule²⁷. Sustenta este autor, que o Juiz não pode afastar a solução encontrada pelo órgão ou agente administrativo como preenchendo o conceito indeterminado se for defensável que aquela solução ainda se enquadra no

27 C. H. Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, (Munique, 1975), 7-13.

conceito legal. A questão é a mesma da teoria anterior. O problema dos conceitos indeterminados é um problema de interpretação. A haver qualquer margem de manobra, é apenas aquando da subsunção. Esta deve ser acatada pelo Tribunal se tiver uma marca de defensabilidade. Entende-se que uma subsunção é defensável quando, segundo critérios de experiência normal, ela devesse ser aceite por um homem comum como cabendo dentro do conceito.

Ao empregar conceitos indeterminados, o legislador diminui o grau de vinculação da Administração; esta fica apenas «relativamente» vinculada. Vinculada porque tem de definir a situação jurídica concreta tomando uma norma legal como base da decisão. Mas, apenas relativamente vinculada porque, não sendo a vinculação unívoca, se deve entender que o legislador deixou a última responsabilidade pela decisão ao órgão competente para a prática do acto administrativo desde que o sentido da norma não seja obviamente desrespeitado²⁸.

Na doutrina alemã surge ainda uma terceira solução moderada do problema, com a chamada «teoria da prerrogativa de avaliação», defendida por Wolff²⁹, tese que parte da ideia de que, quando a subsunção de uma situação de facto num conceito indeterminado não é possível através de um raciocínio discursivo mas tão só mediante um juízo de avaliação, ou quando a lei remete para parâmetros extrajurídicos incertos e em especial para uma estimativa de desenvolvimentos futuros, então o Tribunal deve respeitar “limites de tolerância” e não substituir a sua avaliação à da Administração.

Partindo da distinção entre conceitos classificatórios e conceitos tipo, e reportando-se apenas a estes últimos, Wolff considera que o controlo judicial da sua aplicação (mas não da sua interpretação em abstracto) pela Administração apenas os tornaria em falsamente determinados e conduziria os Tribunais a uma aplicação originária da lei, afastando-os da sua função que é a do controlo *a posteriori* da legalidade administrativa.

Os conceitos classificatórios não são verdadeiros conceitos indeterminados e, por isso, nada têm a ver com o problema da discricionariedade. Trata-se de conceitos cuja imprecisão é resolvida em sede de interpretação jurídica,

28 Neste sentido, P. Badura, «Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung», in *Festschrift Bachof*, (Munique, 1984), 184.

29 Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, 9.^a ed. (Munique, 1974), 188-191.

quer com apelo a conhecimentos médios objectivos, quer com apelo a conhecimentos técnico-científicos, quer com apelo a considerações de tempo e de lugar, como é o caso do recurso aos usos em vigor em determinado domínio, organização ou comunidade. Já os subjectivos (*v.g.*, “abastecimento adequado dos mercados”, “ordem pública”, “conveniência de serviço”), pela sua natureza, têm de ser entendidos como delegações da lei no poder administrativo. Estes conceitos são de tal forma vagos que se considera não estarem apenas em causa indeterminações conceituais, mas também indeterminações estruturais, razão pela qual sempre pertencerá à Administração a tarefa de preenchimento do seu conteúdo e subsequente aplicação aos casos da vida.

4.2. A MODERNA DOUTRINA ALEMÃ

Contrariamente ao que defendem a doutrina e jurisprudência tradicionais, não é possível distinguir nitidamente entre interpretação de conceitos indeterminados e discricionariedade. Em nossa opinião, a interpretação de uma norma não se reduz à determinação de uma vontade preexistente. É na aplicação da norma que se fixa o seu sentido. Assim, a interpretação de uma norma implica, em cada caso, uma concretização criadora (constitutiva) do direito que é mais evidente ainda quando o legislador utiliza conceitos indeterminados tipo.

A moderna doutrina alemã tem evoluído no sentido de reconhecer que existe uma quase total identidade entre a discricionariedade e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pelo menos naqueles casos em que a aplicação do conceito não seja viável através da resolução de incertezas da linguagem, sendo necessário resolver também as incertezas da avaliação da situação concreta.

Entre outros, Walter Schmidt sustenta que a vinculação às normas jurídicas e a sujeição ao controlo judicial da aplicação das leis marcam os limites da «margem» de que beneficia a Administração. O preenchimento das «margens de livre decisão» pela Administração corresponde à aplicação de uma norma jurídica, através da conjugação que esta faz de uma situação concreta com os elementos que considera relevantes da previsão normativa.

Segundo este autor, quem decide preenchendo uma «margem de livre decisão» tem de escolher entre alternativas e tal escolha pode depender de conexões diferentes e suscitar-se em momentos distintos do procedimento. Podem as alternativas suscitar-se a propósito da avaliação de elementos da situação concreta relevantes para a decisão ou em estreita ligação com a interpretação de elementos da norma jurídica. Mas pode também a conjugação da norma com os elementos da situação concreta estar feita e já não suscitar dificuldades de entendimento e, no entanto, a decisão depender ainda de ponderação para efeito de privilegiar um entre dois ou mais interesses concorrentes que, em abstracto, merecem o mesmo grau de protecção jurídica mas que, em concreto, devem ser sacrificados a um só de entre eles³⁰.

Do que vem de ser dito podemos concluir que a doutrina alemã dominante exclui da previsão qualquer margem de livre decisão e considera matéria de interpretação todos os juízos formulados relativamente à previsão, o que leva a admitir o controlo judicial pleno, com a consequente exclusão do controlo judicial da parte da estatuição atributiva da discricionariedade. A doutrina alemã configura, deste modo, um regime jurídico da discricionariedade em que se conjuga o controlo judicial pleno com a interpretação e o controlo judicial parcial com a aplicação da norma, na medida em que implique uma escolha entre alternativas.

A utilização de conceitos indeterminados corresponde a um reconhecimento por parte do legislador da impossibilidade de prever, no seu recorte hipotético, todas as situações bem como a de manusear os factos concretos. Daí a utilização de conceitos indeterminados na hipótese e a atribuição de prerrogativas de apreciação.

30 W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*, (Munique, 1982), 66 e ss. Para este autor, a avaliação de pressupostos que integram a situação concreta, para efeito da sua subsunção em conceitos indeterminados que figuram na hipótese da norma, reduz-se sempre a um problema de «prognose», quer se trate de avaliação de qualidades de pessoas ou coisas, quer, directamente, da estimativa sobre a evolução futura de processos sociais. As avaliações de pessoas ou coisas procuram, em última análise, determinar probabilidades de comportamentos ou utilidades futuras. É a este propósito que a actual dogmática administrativista fala de *Beurteilungsspielraum*. Distingue-se da prognose a opção entre interesses concorrentes, que pressupõe a respectiva valoração. É aí que reside o cerne do exercício da discricionariedade. Segundo Walter Schmidt, a estruturação do regime jurídico da «margem de livre decisão» não pode basear-se apenas em concepções gerais, como a da natureza executiva da função administrativa ou, ao contrário, a da Administração como um poder autónomo. Veja-se Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual*, 118-120.

A ideia de que a discricionariedade não pode ser uma zona livre do Direito, implicando antes a procura da melhor solução para o caso concreto, de acordo com o fim da norma e tendo por base uma racionalidade jurídica orientada pelos princípios gerais de direito vem sendo, em boa parte, seguida pela jurisprudência mais recente, que tem vindo a controlar de forma cada vez mais intensa as zonas tradicionais de “liberdade” administrativa.

Nos últimos tempos, tem vindo a falar-se de conceitos indetermináveis, na tentativa de reelaborar a concepção dos conceitos jurídicos indeterminados³¹.

Nessa perspectiva, argumenta-se que se vive perante a constante presença dos conceitos jurídicos indeterminados que admitem uma única solução justa, quando a realidade não confirma tal unidade de solução. Consideram alguns autores que só pode falar-se de conceitos jurídicos indeterminados quando a expressão se encontra amparada num suporte jurídico consolidado (costume, jurisprudência, doutrina) que permite conduzir o conceito a um resultado concreto ao confrontá-lo com a realidade. Existem casos em que o conceito jurídico admite uma única solução, mas há outros em que se pode falar de uma margem de discricionariedade, como são os casos em que o legislador emprega conceitos cujo conteúdo permanece vazio ou demasiado vago e, por falta de referências jurídicas para a sua concretização.

O mérito desta nova concepção reside na virtude de mostrar que a distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade não é, afinal, tão significativa como grande parte da doutrina pretendeu demonstrar, sendo seguro que sempre existe naqueles conceitos uma margem de apreciação que dificilmente se pode diferenciar da margem de volição presente no acto discricionário. Resulta, assim, que a distinção tem hoje uma importância prática pouco significativa, atendendo à plenitude do sistema jurídico e à consagração constitucional da tutela efectiva dos direitos subjectivos dos particulares e da defesa dos seus interesses legítimos.

31 K. Tipke, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Bestuerungsmoral und Steuermoral)*, trad. M. Herrera Molina, (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002), 34.

4.3. DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA ITALIANA

Não obstante a divergência de concepções sobre a natureza da discricionariedade, um primeiro ponto importante de consenso tem sido assinalado na doutrina italiana: a discricionariedade não se confunde com liberdade de conduta da Administração. E sucede desse modo porque a discricionariedade se situa no plano da legalidade. A posição maioritária entende que o poder discricionário decorre da lei que fixa, ainda que de forma implícita, um fim de interesse público a cujo prosseguimento fica vinculada a Administração ou o órgão administrativo³².

Sem prejuízo de algumas diferenças, quanto ao modo de conceber a discricionariedade, a moderna doutrina italiana pode agrupar-se em duas correntes, onde se destacam Giannini e Mortati³³.

Segundo Giannini, a discricionariedade comporta sempre uma eleição entre várias soluções possíveis; a eleição mais oportuna para o caso concreto. Existe uma ponderação comparativa de vários interesses secundários com a finalidade de privilegiar um de entres eles em ordem à satisfação de um interesse público primário concreto³⁴.

Para Mortati, os pressupostos da discricionariedade são o carácter funcional do poder e a inexistência ou o carácter incompleto das normas na definição do comportamento a adoptar para satisfazer no caso concreto o interesse que dita a atribuição do poder. Sempre que a lei deixe incompleto um elemento da "*fattispecie*" e se torne necessário completar a norma mediante um juízo de correlação entre as exigências consideradas pelo legislador na formulação da norma e a situação concreta, o intérprete deverá elaborar uma regra para o caso concreto mediante a conjugação de uma série de pressuposições normativas em parte fornecidas pela lei e em parte pelo sistema de conhecimentos extrajurídicos, assumindo estes últimos carácter jurídico ao servir para qualificar a relação. Neste sentido, as regras baseadas em

32 Veja-se S. Fois, «Principio di Legalità», in *Enciclopédia del Diritto*, vol. XXIII (Milão), 659; M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, (Milão: Giuffrè, 1970), 483; C. Mortati, «Discrezionalità», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, (Turim, 1960), 1103.

33 F. Satta, *Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*, (Pádua, 1980), 117.

34 Para Giannini, a discricionariedade é uma apreciação da oportunidade, de natureza política, de ponderação do interesse primário predeterminado pela norma. Giannini, *Diritto Amministrativo*, 480.

conhecimentos científicos, técnicos ou de experiência comum aplicáveis ao caso concreto têm um valor normativo indispensável ao preenchimento da “*fattispecie*” legal. Na medida em que a aplicação de tais regras se torna necessária à exacta aplicação de uma regra jurídica, o desrespeito daquelas implica violação desta³⁵.

Como explica Satta, são fundamentalmente duas as direcções em que tem evoluído a doutrina italiana da discricionariedade. Por um lado, procura esclarecer o procedimento adequado que a Administração deve seguir na prática do acto discricionário. Pelo outro, tenta delimitar a essência da discricionariedade através dos elementos que integram o momento da valoração³⁶.

Quanto à essência da discricionariedade, é maioritária a corrente doutrinária que a define como uma valoração relativa de interesses concorrentes em ordem à escolha daquele que deverá ser preferido à luz do interesse primário subjacente numa atribuição ou competência. Outros entendem, no entanto, que esta ponderação relativa de interesses constitui também uma maneira do completamento de uma norma jurídica que atribui o poder³⁷. Uma outra ideia que parece comum às várias correntes doutrinárias é a de que compete ao titular do poder discricionário estabelecer, num momento lógico anterior ao da prática do acto, a regra que o acto terá de seguir.

4.4. DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA PORTUGUESA

A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados constituem sem dúvida, os mais importantes de todos os institutos do Direito Administrativo e Fiscal que têm a ver com a delimitação não só do âmbito, *mas* da própria natureza do princípio da legalidade.

Existe hoje um amplo consenso quanto à natureza do poder discricionário. Quase toda a doutrina contemporânea reconhece na discricionariedade uma

35 C. Mortati, *Discrezionalità*, 1102.

36 Satta, *Introduzione*, 117.

37 A. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 13.ª ed., (Nápoles, 1982), 524.

criação da lei pela qual esta atribui a um órgão a competência para a prossecução de determinado fim³⁸.

Em Portugal, esta posição mais recente é defendida por Vieira de Andrade quando sustenta que a discricionariedade não é uma liberdade, mas sim uma competência à qual corresponde uma função jurídica. Segundo este autor, “A Administração não é remetida para um arbítrio, ainda que prudente, não pode fundar na sua vontade as decisões que toma. A decisão administrativa tem de ser racional, porque não pode ser fruto de emoção ou capricho, mas, mais que isso, tem de corresponder à solução que melhor sirva o interesse público que a lei determinou. A discricionariedade não dispensa, pois, o agente de procurar uma só solução para o caso: aquela que considere, fundamentalmente, a melhor do ponto de vista do interesse público”³⁹.

A decisão do órgão, como adianta Freitas do Amaral, é sempre fundada nos critérios indicados na lei, mas a concreta definição da fisionomia relevante do caso exige da parte do órgão da Administração uma reconstrução que tenha em conta os dados da realidade de facto, pelo que, com este autor, podemos concluir que “a discricionariedade não é uma liberdade, mas um poder-dever jurídico”⁴⁰.

Na doutrina portuguesa é unânime o entendimento de que não há discricionariedade quanto ao fim do acto administrativo, o qual é sempre vinculado pela lei que confere o poder discricionário⁴¹.

O poder discricionário é sempre um poder limitado pela lei, na medida em que o órgão competente não pode determinar-se por outro fim que não seja

38 Freitas do Amaral, numa primeira fase via na discricionariedade uma liberdade de decisão, política ou técnica, acerca da prática de um acto administrativo, da sua forma ou do seu conteúdo. Nesse sentido se orienta o seu artigo «Discricionariedade» in *Verbo Enciclopédia luso-brasileiro de Cultura*, vol. 6.º, 1506. Todavia, “reponderando a questão” o autor defende actualmente que “a realidade dos nossos dias demonstra, antes, que tal processo é ainda e sobretudo condicionado e orientado por ditames que fluem dos princípios e regras gerais que vinculam a Administração Pública (designadamente, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade), estando assim o órgão administrativo obrigado a encontrar a melhor solução para o interesse público” o que vem demonstrar que “o poder discricionário não é um poder livre, dentro dos limites da lei, mas um poder jurídico”. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 79-80.

39 Vieira de Andrade, *O Ordenamento Jurídico Administrativo*, 46-47.

40 Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, II, 82.

41 Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1991), 31, 183, 263; Afonso Rodrigues Queiró, *O poder discricionário da Administração*, (Coimbra, 1944); André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, (Lisboa, 1962), 213.

o de assegurar da melhor maneira possível, a efectivação do interesse público específico para a realização do qual o poder discricionário justamente lhe foi conferido. O legislador pretende conceder um poder discricionário com vista à realização de um determinado fim e, por isso, deixa ao órgão da Administração a “liberdade” para configurar esses efeitos de direito. Nesse sentido, tanto pode prever diversos efeitos em alternativa, como pode não especificar nenhum desses efeitos, embora pressupondo sempre a orientação da conduta administrativa no sentido do fim previsto.

Referindo-se aos novos domínios da acção administrativa, afirma Rogério Soares que as leis “não podem ser a figuração abstracta, até ao milímetro, do que irá ser cada um dos actos administrativos, que apenas lhe acrescentam tempo, lugar e destinatários concretos; não podem ser leis-acto-administrativo feito nas nuvens, à espera de que o administrador as puxe à Terra. Nestes novos domínios, o papel da lei é o de ser um instrumento director e ordenador duma decisão que cabe ao 2.º poder”⁴².

Boa parte da doutrina moderna continua a considerar que há discricionariedade administrativa quando a lei utiliza expressões vagas, imprecisas, plurissignificativas, ao explicitar o enunciado da regra atributiva da competência, por restar ao aplicador uma margem de decisão quanto à interpretação e aplicação da regra e, conseqüentemente, a possibilidade de praticar ou não o acto, com um ou outro conteúdo, a partir da valoração que faça dos termos legais diante da sua contextualização no caso concreto.

4.5. DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA ESPANHOLA

Posição análoga é assumida em geral pela moderna doutrina espanhola, que vê na discricionariedade a “faculdade de opção entre alternativas válidas”, a “determinação do mais oportuno”, ou a “ponderação de interesses e demais considerações subjectivas”.

Sanchez Mórón considera a existência de uma margem de apreciação quando em face do caso concreto não seja cognoscível uma única

42 Rogério E. Soares, «Administração Pública e Controlo Judicial», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3845, 229.

solução que possa considerar-se a correcta em face do interesse público envolvido⁴³.

Para García de Enterría e Fernandez Rodríguez, «a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se assim se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra jurídicos (de oportunidade, económicos, sociais, etc.) não incluídos na lei e deixados ao juízo subjectivo da Administração»⁴⁴.

Para García Trevijano, a discricionariedade significa essencialmente uma ponderação de interesses e a escolha do meio para realizar o fim⁴⁵.

Mozo Seoane sustenta que a discricionariedade é uma “faculdade de ordem volitiva dirigida a conformar o interesse público previsto pelo ordenamento”⁴⁶.

No mesmo sentido Sainz Moreno defende que “decisão discricionária é aquela que se toma entre duas ou mais soluções, todas igualmente válidas para o direito”, concluindo que sem alguma liberdade não há discricionariedade⁴⁷.

43 M. Sanchez Mórón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, 116-120. Sustenta o autor que «En cambio, en caso de duda razonable la aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita, sin que pueda el juez contencioso-administrativo sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos propios, puesto que el ordenamiento no ha conferido la potestad discrecional tampoco en estos supuestos a los órganos judiciales, incluyendo en esa potestad la de valorar las situaciones fácticas opinables según su saber y entender». Este autor considera a discricionariedade como «la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adaptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adaptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia, bien para optar entre unas u otras soluciones posibles cuando la tarea de gobernar o de administrar impone tomar una decisión».

44 García de Enterría e Fernandez Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, 386.

45 José Antonio García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3.ª ed. (Madrid, 1974), 422. Defende o autor que a discricionariedade é “una ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, de los cuales la Administración toma uno. No se trata de fijar unos fines; los fines vendrán fijados por la política. La Administración tiene que elegir determinados caminos para poder llegar a estos fines. La norma fija imprecisamente el interés, y de aquí que en la elección de este medio exista discrecionalidad”

46 Antonio Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, (Madrid: Montecorvo, 1985), 369. Sustenta o autor que “el órgano administrativo (cuya competencia venga también atribuida por el ordenamiento) se limita a ejercitar la facultad de decidir qué medida o actuación concreta satisface adecuadamente el interés público que la norma señala”.

47 Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, (Madrid: Civitas, 1976).

Em matéria tributária, a Administração tem a obrigação legal de exigir o pagamento do imposto, mas dispõe de uma certa margem de discricionariedade na decisão de como comprova os factos declarados pelo contribuinte, no modo como investiga os factos realmente verificados. A actividade discricionária da Administração tributária deverá desenvolver-se de acordo com as regras de boa gestão, ser a mais adequada para alcançar a finalidade legal e, sobretudo, ser consentânea com a ordem constitucional.

A actividade discricionária deve ser analisada no âmbito da legalidade, formal e material, no sentido de realização da justiça material, cabendo ao Tribunal controlar os actos praticados pela Administração no uso de poderes discricionários, por forma a descobrir e declarar as ilegalidades independentemente do plano normativo em que elas se situem.

4.6. A NOSSA POSIÇÃO

Por nós, o problema dos conceitos indeterminados deve ser resolvido, através de um enquadramento unitário e amplo da discricionariedade, entendida como um espaço de actuação e decisão da responsabilidade da Administração que decorre de uma indeterminação normativa, seja ela de ordem estrutural ou conceptual. Neste sentido, cabe à Administração completar ou preencher o pressuposto de facto imperfeito da norma jurídica habilitante, resolvendo, através de critérios próprios, a incerteza que caracteriza a norma legal.

O enquadramento que propomos parte da leitura actual que fazemos da separação de poderes e que se centra na indispensável interdependência de poderes estaduais, no sentido de que hoje existe uma repartição de competências entre a Administração e os Tribunais, entendida como distribuição de tarefas ou funções organizacionais dentro do Estado.

A competência para a prática dos actos e a inerente responsabilidade pela prossecução do interesse público são exclusivas da Administração. Aos Tribunais está atribuída a competência para proceder à fiscalização da compatibilidade dessa actuação administrativa com as normas legais e com os princípios gerais de direito que enformam o ordenamento jurídico, por forma a garantir

a juridicidade e o respeito dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

Toda a actividade administrativa, incluindo a que se desenvolve no espaço da discricionariedade, é funcional e materialmente jurídica: visa a aplicação do direito ao caso concreto, na procura da melhor solução orientada pelo fim da norma (interesse público específico); é regulada por uma racionalidade jurídica resultante da obediência aos princípios jurídicos da igualdade, imparcialidade, justiça, proporcionalidade, da necessidade, racionalidade, boa-fé, proibição do arbítrio, e no respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos administrados e contribuintes.

A vinculação ao Direito (juridicidade) conduz ao abandono do controlo limitado (contencioso de mera legalidade ou de anulação) e remete-nos para a defesa de um novo paradigma de controlo de toda a actividade da Administração, ainda que se aceite que esse controlo não tenha sempre a mesma intensidade. Juridicidade implica, necessariamente, que ao Juiz compete zelar pelo cumprimento das leis e proteger os direitos e interesses legítimos dos particulares. Por isso, ele não deve retrair-se no julgamento de questões que envolvam o uso de poderes discricionários, uma vez que o que se espera do Juiz é que ele vá até onde o bloco da juridicidade permite e exige que ele exerça o seu controlo.

A Administração está subordinada à lei e ao Direito. Mas, a lei umas vezes regula de forma pormenorizada o acto a praticar pela Administração, outras vezes não aponta para uma única consequência jurídica e opta por habilitar a Administração a determinar ela própria a consequência em relação à situação jurídica abstractamente definida na norma. De facto, a actividade administrativa ou está legalmente regulada de forma precisa ou de forma imprecisa e em consequência existe vinculação ou discricionariedade.

Poderemos ilustrar esta problemática através da figura do acto tributário de liquidação do imposto mediante o qual a Administração tributária declara ao contribuinte qual o montante que ele tem de pagar. Como é sabido, em matéria de impostos, as leis determinam a incidência do imposto, as isenções e a taxa correspondente.

A Administração tributária limita-se a apurar o rendimento (matéria colectável) desse contribuinte, a efectuar as deduções legais e a aplicar a taxa correspondente ao montante assim apurado. Todas estas tarefas são

hoje realizadas através de meios informáticos, e são mesmo legalmente confiadas aos próprios contribuintes que as fazem chegar por meio electrónico, limitando-se a Administração tributária a controlar e a corrigir, se for o caso.

Estas operações são, essencialmente, de comprovação da realidade, de identificação dos pressupostos do facto gerador e concretizam-se através de operações de aritmética elementar e aplicação de percentagens. As leis tributárias — geralmente codificadas — regulam todos os aspectos da acção administrativa, pelo que tudo se processa de forma mais ou menos mecânica até se chegar a um resultado que é o único legalmente possível. Mesmo que haja erro, este terá de ser corrigido, posto que só há um resultado correcto, matematicamente possível. Então, a actividade da Administração tributária respeitante ao apuramento da dívida de imposto é uma actividade totalmente vinculada.

Aliquidação é um acto definitivo que encerra uma decisão da Administração através da qual esta declara o direito no caso concreto em termos obrigatórios. A lei regula em todos os aspectos aquilo que deve ser feito. Em todo o caso, a lei fixa sempre um prazo — o qual é de caducidade — para a prática do acto de liquidação e dentro desse prazo pode a Administração escolher livremente o momento que considere mais adequado para a sua prática. A liquidação do imposto e o desenvolvimento das tarefas de apuramento e de avaliação que lhe estão associadas fazem parte da quantificação da incidência tributária e integra-se no elenco das matérias que devem estar sujeitas a uma forte densidade normativa e em que a actividade administrativa se desenvolve, aparentemente, de forma estritamente vinculada.

Não obstante, essa aparente vinculação, a Administração tributária goza de um conjunto de faculdades de actuação na apreciação dos factos tributários e na comprovação e correcção dos valores declarados pelo contribuinte; ela tem a faculdade de decidir, dentro de um limite temporal, o momento para a prática do acto de liquidação e tem, ainda, o poder discricionário de decidir o momento para dar início a um procedimento de comprovação ou de inspecção tributária. Estes exemplos são mais do que suficientes para demonstrar a existência da discricionariedade, ainda que em graus diversos, no âmbito do direito tributário.

São vários os aspectos em que pode manifestar-se a discricionariedade. Fala-se de discricionariedade quanto aos pressupostos, quando se verifica a faculdade de acrescentar aos pressupostos de facto fixados na norma outros que a Administração considere indispensáveis para uma decisão racional.

Existe discricionariedade de decisão, quando a Administração goza da faculdade de agir ou não agir. Verifica-se a discricionariedade de escolha quando existe a possibilidade de fixar o conteúdo da decisão, escolhendo uma de entre várias opções previstas pelo Direito, enquanto conjunto de regras e princípios jurídicos. Em definitivo, o exercício do poder discricionário implica a ponderação comparativa de interesses e esta deve realizar-se com consideração dos princípios constitucionais e dos princípios gerais de Direito.

Do que fica dito, pode concluir-se que são vários os critérios que o Tribunal deve utilizar no exame da decisão administrativa. O Juiz deve verificar se estão reunidos os pressupostos da decisão; se há ou não faculdade de agir e de decidir da Administração; se se verifica a liberdade de escolha e de fixação do conteúdo. Estes são os aspectos da juridicidade que o Juiz deve controlar plenamente. A estes acrescem, ainda, os critérios da oportunidade e conveniência, a considerar pela Administração, os quais respeitam ao mérito, são alheios aos princípios constitucionais e gerais e nessa medida escapam ao controlo judicial.

O exercício da discricionariedade insusceptível de prefixação legal e de fiscalização jurisdicional fica, assim, confinado ao mérito do acto administrativo, enquanto zona da autonomia da Administração.

Feito o balanço acerca da evolução do conceito de discricionariedade, associada ao conceito de legalidade, fica visto que são vários os ângulos através dos quais os autores procuram delimitar o campo de acção da Administração, procurando argumentos que justifiquem esse “actuar livre” nos quadros do Estado de Direito democrático, por forma a que aquela actuação se não confunda com uma qualquer manifestação arbitrária de poder, esta constitucionalmente postergada e expressamente proibida.

Aqui chegados, estamos, finalmente, em condições de fixar e explicitar o nosso entendimento da discricionariedade como uma discricionariedade de meios.

Por nós, consideramos a discricionariedade como sendo uma margem de liberdade que a lei confere à Administração para que esta possa escolher e adoptar a solução que considere mais adequada ao interesse público a prosseguir, sempre que no caso concreto existam várias soluções juridicamente válidas, seja por disposição expressa da norma, seja pela utilização legal de expressões vagas ou conceitos imprecisos. Adoptamos um significado amplo de discricionariedade que contempla a necessidade de a Administração tomar em conta critérios extrajurídicos para a tomada de decisão, sejam eles critérios de ordem política, de mera oportunidade ou conveniência (económica ou social), ou mesmo critérios de ordem técnica e científica.

A necessidade de adoptar tais critérios, uns ou outros ou todos em simultâneo, pode colocar-se ao nível da tomada de decisão da iniciativa de governo ou ao nível da gestão e Administração financeira e tributária. O exercício de “faculdades” discricionárias verifica-se no plano da Administração tributária sempre que aquela tem o dever de seguir uma orientação legal imprecisa. O mesmo se verifica sempre que a Administração tem de avaliar e valorar uma situação de facto para a qual a lei estatui uma determinada consequência jurídica ou sempre que, na tomada de decisão, o órgão ou agente da Administração tem de optar entre várias soluções possíveis.

Em definitivo, a discricionariedade não pode ficar confinada a um simples processo de aplicação de uma norma em sentido estrito, como pretende a doutrina tradicional. O exercício de um poder discricionário implica um processo volitivo da parte do órgão ou agente da Administração em função das circunstâncias concretas da situação de facto a considerar, o que pressupõe uma actuação administrativa com certa “margem de liberdade” a qual, ainda que limitada, todavia terá de ser suficiente para decidir da forma mais conveniente para o interesse geral e da forma mais adequada e conforme com o Direito, segundo o juízo do administrador. A discricionariedade supõe, teoricamente, a possibilidade de escolher entre várias soluções alternativas igualmente justas e idóneas e, portanto, juridicamente indiferentes. Este é um dado fundamental.

Sendo certo que no plano estritamente teórico, discricionariedade significa faculdade de escolher entre alternativas juridicamente indiferentes, justifica-se investigar até que ponto resultam indiferentes para o ordenamento

jurídico as distintas opções que se supõem justas e idóneas. Por outras palavras, importa averiguar se, efectivamente, existe uma liberdade de opção da Administração ou se, na realidade, deve prevalecer alguma das alternativas sobre as demais, no sentido de que a Administração deve ter em conta que uma delas se ajusta melhor ao fim público prosseguido pela norma habilitante. Importa ter presente que o fim constitui um importante limite à liberdade de escolha entre as várias alternativas em presença e, nesse sentido, um limite também à forma de actuar do órgão administrativo.

Por isso, temos vindo a insistir em que, no exercício das suas faculdades discricionárias, a Administração tributária actua no uso do que chamamos de um verdadeiro poder-dever, na exacta medida em que aquela se encontra perante uma obrigação legal de realização do fim visado pela norma (dever de resultado), e, para tanto, a Administração dispõe de uma margem de decisão (poder ou potestade) na determinação do meio a empregar para a realização do fim e, por vezes, de preenchimento na determinação do próprio conteúdo.

Em conclusão, existindo várias alternativas que, *a priori*, podem parecer juridicamente indiferentes, sempre haverá alguma delas que se adegue em maior grau ao interesse público estabelecido na norma. Sendo certo que o fim não justifica todos os meios, a decisão da Administração terá de recair na escolha do meio mais adequado ao fim público a prosseguir e para ser adequado terá de ser proporcional, razoável e racional. Daí que, deve ficar sempre reservada a possibilidade de, por via do controlo judicial, se anular o acto praticado pela Administração, desde que os motivos e fundamentos revelem que a decisão não é razoável, ou se mostra desproporcionada e injusta.

