

MARGEM DE LIVRE DECISÃO, EQUIDADE E PREENCHIMENTO DE LACUNAS: AS AFINIDADES E OS SEUS LIMITES

MARGIN OF FREE DECISION, EQUITY AND GAP FILLING: THE AFFINITIES AND THEIR LIMITS

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor catedrático jubulado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
sc@servulo.com

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6838-2605>].
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.25.correia>].

Recebido em: 19.01.2023 | Received on: January 19th, 2023
Aprovado em: 25.02.2023 | Approved on: February 25th, 2023

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RESUMO: Pretende-se, com este trabalho, analisar a proximidade entre as figuras da margem de livre decisão e do preenchimento de lacunas do sistema normativo e, ainda, entre elas e a equidade, destacando-se a similitude e a distinção entre os três métodos de descobrimento do Direito aplicável e considerando o conflito de perspetivas generalista e individualista de interpretação e aplicação do ordenamento. Para tal, analisa-se a essência da margem de livre decisão administrativa, aborda-se a discricionariedade jurisdicional e contrapõem-se as figuras da discricionariedade, da equidade e do preenchimento de lacunas.

PALAVRAS-CHAVE: Margem de livre decisão – Discricionariedade – Equidade – Lacunas normativas – Ponderação – Procedimento de decisão.

ABSTRACT: The aim of this work is to analyse the proximity between the figures of the margin of free decision, the filling of gaps in the normative system and, among them and a third one: legal equity, highlighting the similarity and distinction between the three methods of discovering the application of the Law and considering the conflict of generalist and individualist perspectives of interpretation and application of the legal system. To this purpose, the margin of free administrative decision is analysed, jurisdictional discretion is addressed and discretion, equity and gap filling are compared.

KEYWORDS: Margin of free decision – Discretion – Equity – Regulatory gaps – Weighting – Decision procedure.

SUMÁRIO: I. O tema. II. A margem de livre decisão administrativa. III. A discricionariedade jurisdicional. IV. Discricionariedade e equidade. V. Discricionariedade e preenchimento de lacunas. VI. Referências.

I. O TEMA

Hesitava¹ quanto à escolha de um tema que, situado no meu habitual campo de estudo, proporcionasse uma frescura de análise idônea para homenagear um jurista como Miguel Galvão Teles, que de há muito admiro pela sua inventiva profundidade. E foi um acaso da vida profissional que, subitamente, me despertou para uma realidade à qual até agora me mantivera desatento, talvez por ser ela tão óbvia. Refiro-me à proximidade entre as figuras da discricionariedade administrativa e do preenchimento de lacunas do sistema normativo.

Configurava-se, numa situação da vida real, um caso de formalidade impossível por se conjugarem acidentalmente num mesmo órgão a competência decisória e a competência para emitir um parecer legalmente requerido. E o enquadramento jurídico não permitia uma ultrapassagem do obstáculo pelo recurso às vias da substituição ou da delegação de poderes. Cumpria então apurar se se revertia para o âmbito da cláusula geral de discricionariedade procedimental², cabendo na condução do procedimento um juízo de oportunidade sobre a eventual solicitação de parecer a outra instância consultiva cuja intervenção não requerida por lei coubesse ainda assim na respetiva competência em razão da matéria.

Despontou, no entanto, nessa altura uma interrogação alternativa sobre se não seria de encarar a jacência de uma *lacuna oculta*³ sob a exigência legal do parecer naquela eventualidade impossível. Assim seria se a lógica do sistema impusesse, em caso de impossibilidade do parecer explicitamente requerido, a solicitação de pronúncia consultiva ao órgão da entidade cujas atribuições correspondessem mais de perto àquelas que ditavam a escolha expressa de uma instância consultiva pelo legislador.

A ser correta esta interpretação da norma, já nos não encontraríamos perante discricionariedade procedimental, mas, pelo contrário, perante uma vinculação; a de obter um parecer. Até aqui, poderia dizer-se que tal conclusão proviria de uma interpretação extensiva e não do preenchimento de uma lacuna⁴. Mas, a concluir-se

-
1. .Como citar este artigo | *How to cite this article*: CORREIA, José Manuel Sérvulo. Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 237-264, abr./jun. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.25.correia.correia>].
 2. Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 413, 414, 657 a 660; SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano: Giuffrè, Reimp. de 1964, p. 93 a 95; STELKENS, *Verwaltungsverfahren*, München: Beck, 1991, p. 63 e 152.
 3. Sobre o sentido de *lacuna oculta*, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 9.ed. Coimbra: Almedina, 1995; p. 429 e 430.
 4. Veja-se, no entanto, a relativa indiferenciação, em diversos setores da doutrina, entre as figuras da interpretação extensiva e do preenchimento de lacunas através da analogia: ESSER,

pela manutenção da necessidade de obter um parecer, surgiria uma verdadeira lacuna no tocante à determinação da entidade a quem o mesmo deveria ser solicitado. Nesta segunda hipótese, o aplicador defrontar-se-ia com uma diferente abertura do sistema (mas, ainda assim, uma abertura!) respeitante à identificação da instância consultiva subsidiária, a colmatar com emprego de metodologia de preenchimento de lacunas estatuída pelo artigo 10 do Código Civil.

Este caso da vida real denota a proximidade que, pelo menos em dadas circunstâncias, pode verificar-se entre a discricionariedade e o preenchimento de lacuna enquanto instrumentos metodológicos de completamento de espaços de abertura existentes no sistema normativo⁵.

No quadro do Direito Administrativo, justificar-se-á por certo com frequência o cuidado na qualificação da tessitura aberta do sistema normativo a fim de concluir sobre se ela remete para a decisão autodeterminada segundo critérios de conveniência ou, diferentemente, para a procura de uma aplicação analógica enquanto instrumento de igualdade. A imponderável leveza da interpretação qualificativa poderá ressaltar também da comprovação de que, à luz das circunstâncias, o correto emprego de qualquer das metodologias conduz eventualmente ao mesmo resultado.

A proximidade entre as figuras da *margem de livre decisão* e do *preenchimento de lacunas* do sistema normativo – e entre elas e a *equidade* (por força de também esta poder servir de instrumento de densificação de aberturas normativas⁶) – suscita a questão de saber se se trata de metodologias de concretização jurídica apenas diferenciáveis em termos gradualistas⁷. Em contraste com esta hipótese

Grundsatz und Norm, 4.ed. Tübingen: Mohr, 1990, p. 255; PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 2.ed. Heidelberg: Müller, 1991, p. 221. Este segundo Autor sublinha, contudo que, no âmbito de certos ramos de Direito, como o Direito Administrativo (ou o Penal, ou o Fiscal), onde é mais frequente a restrição de direitos através do exercício do poder público, a distinção entre as figuras se impõe em consequência dos limites constitucionais à analogia (p. 222).

5. Nomeadamente por respeito dos limites de extensão de um estudo com a finalidade do presente, só trataremos aqui do *exercício individual e concreto da margem de livre decisão administrativa*. Convém, no entanto, não esquecer que existe, para o exercício deste tipo de poder, a modalidade alternativa do *exercício genérico* mediante a emissão de regulamentos. Através das normas habilitantes, a Administração vê constituída a seu favor uma *margem de livre decisão para o desenvolvimento de programas de decisões concretas*. No seu exercício, não se orienta pelas circunstâncias específicas de cada caso, mas por tipos de casos concretos. V. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ed. München: Beck, 2011, p. 147.
6. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A equidade como fonte de direito*, In: O Direito, Ano 144. – 2012, I, p. 19.
7. Cfr. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien: Springer, 1982, p. 364 e 365.

explicativa, justifica-se que se procure analisar com maior rigor aquilo que distingue qualitativamente os três métodos de descobrimento do Direito aplicável (*Rechtsfindungsmethoden*).

Além disso, não poderia ignorar-se a este propósito o incremento da *feição orientadora* no âmbito das funções do Direito Administrativo. Embora o caráter ordenador e constitutivo deste ramo do Direito não tenha desaparecido, mas, apenas, se haja enfraquecido⁸, a crescente preferência do legislador por um papel elasticamente orientador de condutas e decisões vem conduzindo a técnicas de gradualização descendente da intensidade da vinculação normativa. Correlativamente, multiplicam-se os espaços de concretização construtiva das normas jurídicas (*Rechtserzeugungsräume*), que se não limitam aos modelos clássicos da *margem de livre decisão administrativa* (doravante, MLD), podendo também situar-se noutros utensílios metodológicos cuja origem e âmbito se não confinam sob esta perspetiva⁹.

Vale a pena considerar por momentos estas duas coordenadas, que encontraremos disseminadas ao longo das secções seguintes.

Com o presente estudo, tenta-se situar reciprocamente as figuras da MLD, do preenchimento das lacunas e da equidade, sob uma perspetiva eminentemente metodológica. Observa-se, no entanto, que, a fronteira entre a metodologia e a dogmática jurídicas não é objeto de consenso ou de delimitação fácil¹⁰. E também as tarefas da dogmática, na vertente da descrição do Direito em vigor e, sobretudo, na do tratamento concetual-sistemático e na da organização prático-normativa das soluções¹¹, se tornam mais complexas em consequência da diafaneidade das barreiras entre aplicação subsuntiva, realização criativa e desenvolvimento do Direito. Não perfilhamos a ideia de que o juízo decisório se cumpra na mera aplicação lógico-subsuntiva de uma norma auto-suficiente. Mas a sua rejeição irrestrita obriga a pôr em causa de um modo radical a diferença entre *aplicação hetero-determinada* e

8. Cfr. VOSSKUHL, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, In: HOFFMANN-RIEM; SCHMIDTASSMANN; VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, München: Beck, 2006, p. 20 a 26.

9. Cfr. APPEL, *Das Verwaltungsrecht zwischen Klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch*, In: VVDStRL 67, Berlin: De Gruyter, 2008, p. 255 a 271 e, em particular, 262 e 263.

10. V., a título de exemplo, FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 280, 296 e 431; PAWLOWSKI, *Methodenlehre...*, Op. cit., p. 4s.

11. Sobre as referidas três tarefas da dogmática jurídica e as suas consequentes dimensões descritivasempírica, lógicoanalítica e prácticonormativa, v. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 308.

ponderação. Mas essa será já uma operação subsequente. Mesmo quando o aplicador seja chamado, devido à falta de caso análogo, a imaginar a norma que criaria, ele terá de o fazer dentro do espírito do sistema (Código Civil, artigo 10., n. 3). Neste processo, as convicções do aplicador não terão força independente porque elas não deverão reproduzir as suas preferências subjetivas de política legislativa, mas um seu juízo objetivo sobre aquela opção legislativa que mais conforme se mostraria com os parâmetros valorativos e sistêmicos proporcionados pela Ordem Jurídica da atualidade⁷². Em vez de ponderação dos interesses num caso concreto, temos, pois, um processo intra-sistemático de integração normativa.

Ainda outra diferença relevante consiste em se não admitirem, no Direito Administrativo, lacunas de normas de competência. Todos os subsistemas normativos são lacunosos e o Direito Administrativo não escapa a essa condição. Mas as lacunas só existem por via da regra na regulação do processo de agir⁷³. Não podem, portanto, despontar do processo de integração normas atributivas de poder discricionário.

Tratando-se de uma tarefa totalmente enquadrada por parâmetros de jurisdição, a integração de lacunas efetuadas pelo aplicador administrativo é passível de controlo jurisdicional pleno. Não há aqui lugar a qualquer reserva, ainda que parcial, da Administração. O preenchimento faz-se através de um raciocínio teórico – discursivo o qual se encontra, por definição, ao alcance do julgador.

VI. REFERÊNCIAS

- ALEXY, *A Theory Of Constitutional Rights* (trad. do alemão por JULIAN RIVERS), Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- APPEL, *Das Verwaltungsrecht zwischen Klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch*, In: VVDStRL 67, Berlin: De Gruyter, 2008.
- BADURA, Staatsrecht, München: Beck, 1986.
- BARILE, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, 6.ed. Padova: CEDAM, 1991.
- BRITO, Susana Brasil de. A Justiça do Caso Concreto é a Equidade, In: AUGUSTO SILVA DIAS et al. (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Coimbra: Alameda, 2009.
- BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien: Springer, 1982.

72. Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, reimp. de 1994, p. 118.

73. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ed. I, Lisboa: Coimbra, 1973, p. 134.

- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ed. Lisboa: Coimbra, 1973.
- CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, II, Coimbra: Coimbra, 1995.
- COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ed. Berlin: de Gruyter, 1985.
- DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2006.
- DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, reimpr. de 1994.
- EGÍDIO, Mariana Melo. *Discricionariedade judicial no contencioso administrativo e princípio da separação de poderes*, trabalho policopiado inédito apresentado como relatório de mestrado na menção de Ciências Jurídico – Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.
- ENGLISH, Karl. *Introdução Ao Pensamento Jurídico*, Trad. De BAPTISTA MACHADO, 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESSER, *Grundsatz und Norm*, 4.ed. Tübingen: Mohr, 1990.
- HANS – JOACHIM KOCH; RUBEL; HESELHAUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. ed. München: Luchterhand, 2003.
- KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Tübingen: Mohr, 1999.
- KAUFMANN, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1984.
- KOCH, *Die Normtheoretische Basis der Abwägung*, in ERBGUTH et al. (Org.), *Abwägung im Recht, Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1996.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa: Fragmentos, 1990.
- MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ed. München: Beck, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, *A equidade como fonte de direito*, In: O Direito, Ano 144. – 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 9.ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen: Mohr, 2001.
- PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 2.ed. Heidelberg: Müller, 1991.
- PORTOCARRERO, Maria Francisca. *Notas sobre variações em matéria de discricionariedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e da importância de construções dogmáticas pelas nossas doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo*. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, Azeredo. (Coords.), *Juris Et De Jure*, Universidade Católica: Porto, 1998.
- RASCHAUER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien: Springer, 1998.
- REIS NOVAIS, *Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2006.

- RÜTHERS, *Rechtstheorie*, München: Beck, 1999.
- SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1964.
- SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.
- SÉRVULO CORREIA, *O Incumprimento Do Dever de Decidir*, In: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, II, Lisboa: Coimbra, 2006.
- SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen: Mohr, 1997.
- STELKENS, *Verwaltungsverfahren*, München: Beck, 1991.
- VOSSKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, In: HOFFMANN-RIEM; SCHMIDTASSMANN; VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, München: Beck, 2006.
- WOLFF; BACHOF; STOBER. *Verwaltungsrecht I*, 11.ed. München: Beck, 1999.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Discricionariedade, vinculação, proporcionalidade, de Vitalino Canas – RDAI 23/135-85.