

A discricionariedade na Administração Pública: arbitrariedade ou liberdade condicionada?

Perdigão, João

Vendas Novas, 17 de março de 2025

Resumo: Na Administração Pública (AP), discricionariedade refere-se à liberdade de ação que a administração tem para tomar decisões dentro dos limites constitucionais e legais, considerando a adequação e a oportunidade das situações não previstas na lei. Embora permita flexibilidade para adaptar decisões a contextos específicos, não pode ser confundida com arbitrariedade, que seria agir em sentido contrário ao previsto na legislação. Deste modo, discricionariedade não significa total liberdade, mas uma “liberdade condicionada”¹, equilibrando eficiência administrativa e boa governança com os princípios como o da legalidade, da razoabilidade e do interesse público.

Palavras-chave: Administração Pública; Ato administrativo; Discricionariedade; Princípio da Legalidade

I. Introdução

A Administração Pública deve atuar sempre em conformidade com a lei e visando o interesse público, conforme previsto na Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 266º, número 1². Na prossecução deste princípio constitucional, o legislador conferiu, à AP, duas formas de atribuir competências: a vinculação e a discricionariedade.

Na vinculação, a lei determina com rigor os critérios/atuação da AP, não permitindo que esta a possa interpretar ou modificar de forma diferente (exemplos: concessão de licença de construção, atribuição de um subsídio, autorização de férias, entre outros) – obrigatoriedade devidamente regulada/parametrizada. Contudo, há situações em que o legislador permite ao decisor político uma certa margem de liberdade para decidir sobre diversos assuntos administrativos que não são possíveis de tipificar na lei. Essa margem de liberdade é o que se entende como discricionariedade³.

A discricionariedade refere-se, desta forma, à margem de liberdade que a AP tem para decidir em situações onde a lei não estabelece de forma

rigorosa como deve ser tomada a decisão, como por exemplo, na atribuição de subsídios a coletividades.

Segundo o professor Freitas do Amaral, “... a lei não regula sempre do mesmo modo os atos a praticar pela Administração Pública: umas vezes concretiza tudo até ao pormenor, outras vezes não o faz, e prefere habilitar a Administração a determinar ela própria as escolhas a fazer”⁴.

A “flexibilidade” resultante da impossibilidade do legislador prever todas as situações possíveis (e indeterminadas⁵) na lei, comporta o risco de se transformar em arbitrariedade⁶ – abuso da liberdade de escolha, resultando em decisões que violam princípios, onde são tomadas decisões que não têm justificação plausível ou que são contrárias ao interesse público.

De acordo com o professor Marcelo Caetano, “discricionário significa livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim visado pela lei. Por isso se acentua constantemente que o discricionário não é arbitrário”⁷.

O presente trabalho tem como objetivos analisar a discricionariedade (na AP), explorando os seus limites e a relação com o

¹ Termo utilizado (por mim) para referir-me a uma discricionariedade “balizada”, isto é, condicionada, por exemplo, por um ato vinculativo parametrizado.

² “A AP visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”

³ No dicionário a palavra discricionário apresenta vários significados: (1) sem restrições. (2) arbitrário (3) ilimitado.

⁴ Amaral, D. Freitas, Curso de Direito administrativo, vol. II, 3.ª edição, Almedina, 2017, pg- 65-66

⁵ Apresentada neste trabalho com o sentido de não ser possível prever (normativamente) todas as ocorrências do dia-a-dia.

⁶ No dicionário: (1) comportamento arbitrário; (2) que é fora da lei; capricho; abuso; despotismo; prepotência

⁷ Caetano, Marcello, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Coimbra. Almedina, 1996, pg129

princípio da legalidade, a fim de evitar a arbitrariedade. Por outro lado, serão apresentados alguns exemplos, na AP (em particular, os municípios) onde se aplica a discricionariedade.

2. A Constituição da República Portuguesa e o Código de Procedimento Administrativo como os “travões” dos atos discricionários arbitrários

Conforme referido anteriormente, o poder discricionário é a capacidade que a AP possui de decidir, dentro de certos limites, a melhor forma de atuar para alcançar o interesse público, sem estar “totalmente vinculada” a normas legais rigorosas. Contudo, esse poder não é ilimitado e deve ser exercido de acordo com os princípios constitucionais e administrativos estabelecidos pela Constituição da República Portuguesa (CRP) e pelo Código de Procedimento Administrativo (CPA), a saber-se:

✓ **Artigo 266º da CRP:** “2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

A Constituição de 1976 estabelece neste artigo, no seu número dois, que todos os atos praticados (pela AP) devem prosseguir o estipulado na lei. O poder discricionário não pode ser sinónimo de atuação fora dos limites da legalidade, reforçando a ideia de que há limites e, esses, devem ser exercidos dentro de um quadro legal bem definido.

✓ **Artigo 13º da CRP** (Princípio da Igualdade): “2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

Este princípio, no seu número dois, consagra que todas as decisões sejam fundamentadas e não discriminatórias, não podendo ser

exercidas de forma arbitrária ou desigual, devendo assegurar que a discricionariedade não pode ser usada para favorecer ou prejudicar injustificadamente. Este artigo é claro: não pode haver arbitrariedade, isto é, todos os cidadãos têm igualdade jurídica relativamente à AP.

O CPA nos seus artigos 3º ao 13º, a meu ver, limitam a arbitrariedade, ou, por outras palavras, “o tudo vale”, aquando da aplicação, no dia-a-dia, de condutas administrativas discricionárias pela AP: Artigo 3.º (*Princípio da legalidade*); Artigo 4.º (*Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos*); Artigo 5.º (*Princípio da boa administração*); Artigo 6.º (*Princípio da igualdade*); Artigo 7.º (*Princípio da proporcionalidade*); Artigo 8.º (*Princípios da justiça e da razoabilidade*); Artigo 9.º (*Princípio da imparcialidade*); Artigo 10.º (*Princípio da boa-fé*); Artigo 11.º (*Princípio da colaboração com os particulares*); Artigo 12.º (*Princípio da participação*) e o Artigo 13.º (*Princípio da decisão*). Deste modo, e face ao número de artigos que citei, chamo a atenção para o **princípio da legalidade** uma vez que também já o referi na CRP (Artigo 266º, nº 2). Assim sendo, o poder discricionário não são exceções à lei, “mas sim uma das formas possíveis de estabelecer a subordinação da Administração à Lei”⁸.

O CPA, no seu artigo 56º, é claro no que se refere à liberdade da AP, embora condicionada, para a discricionariedade – **Princípio da adequação procedimental**, cuja redação do artigo é “Na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão.”

Em suma, o princípio da legalidade é um dos princípios basilares do Direito Administrativo em Portugal e “exige” que todos os atos da AP sejam realizados em conformidade com a lei,

⁸ Amaral, D. Freitas, Curso de Direito administrativo, vol. II, Almedina, 2017

sendo a lei a “base de uma pirâmide” que orienta a atividade administrativa.

3. A ilegalidade de um ato administrativo discricionário: o que diz a CRP e o CPA?

A discricionariedade na AP pode gerar graves consequências, tais como, desigualdade entre cidadãos, corrupção, desconfiança nos políticos, decisões arbitrárias, ineficácia administrativa entre outros. Estes fatores revelam a importância de “condicionar” a arbitrariedade no ato administrativo. A AP vê-se, desta forma, “obrigada” a praticar a transparência, legalidade e ética na gestão da coisa pública. Conforme referido anteriormente, compete ao aplicador do ato administrativo garantir a execução do princípio da legalidade para monitorizar o que está a definir, isto é, usar esse princípio como mecanismo de controlo, condição fundamental para que a discricionariedade seja considerada legítima e que daí não advenham conflitos jurídicos entre as partes envolvidas.

Os atos administrativos que envolvem poder discricionário não estão isentos de controle jurídico. A **CRP**, no seu artigo 268.^º, prevê que os tribunais possam controlar a legalidade dos atos administrativos, incluindo aqueles que envolvem exercício discricionário, especialmente quando se verificar abuso de poder ou violação dos direitos dos cidadãos. Contudo, há a referir que, o controle jurídico não pode limitar a arbitrariedade discricionária da administração, mas sim garantir que seja exercido dentro dos limites legais e constitucionais.

O **CPA** trata do tema da invalidade dos atos administrativos do artigo 184.^º ao artigo 192.^º.

4. Atos discricionários na AP: o caso dos municípios

Nesta secção pretende-se dar alguns exemplos de atos administrativos municipais que se inserem no discricionário, pela sua natureza. Os exemplos aqui apresentados refletem o papel dos órgãos locais no ajuste das suas políticas em função das necessidades e prioridades traçadas para o respetivo território.

4.1. Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI)

O IMI pode ter uma gestão discricionária em relação a algumas isenções e descontos previstos em lei, bem como para imóveis destinados a fins específicos, mas a cobrança do imposto em si é vinculada a critérios fixados por lei, com limites mínimos e máximos, onde as autarquias podem definir as taxas dentro desses limites – discricionariedade com liberdade condicionada.

Os municípios não são obrigados (por lei) a aplicar uma redução, mas têm a liberdade de fazê-lo se assim o entenderem.

A decisão de redução da taxa de IMI é, desta forma, uma competência dos municípios; essa escolha (discricionária) depende da política promovida pelo executivo municipal (Câmara Municipal) para o seu município, refletindo critérios políticos, económicos e estratégicos definidos por esse órgão (de acordo com o programa político e sufragado em eleições).

O Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI), no seu artigo 112.^º, número 5 refere que, “*Os municípios, mediante deliberação da Assembleia Municipal, fixam a taxa a aplicar em cada ano, dentro dos intervalos previstos na alínea c) do n.º 1, podendo esta ser fixada por freguesia.*”

⁹ No número 4, pode ler-se: “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.”

¹⁰ Destaca-se, a título de exemplo, o número um, a saber-se: “Os executados podem impugnar administrativa e contenciosamente o ato exequendo e, por vícios próprios, a decisão de proceder à execução administrativa ou outros atos administrativos praticados no âmbito do procedimento de execução, assim como requerer a suspensão contenciosa dos respetivos efeitos.”

A figura I mostra-nos, para o ano transato, o valor que foi cobrado (de IMI) por alguns municípios em Portugal.

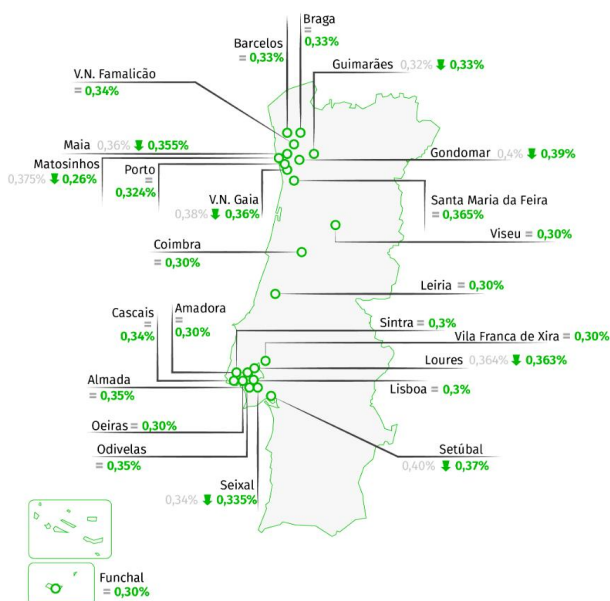


Figura I. Taxa de IMI cobrada pelos vinte cinco municípios portugueses com mais de cem mil habitantes, em 2024 (Fonte: eco.sapo.pt)

A análise da Figura I é clara e ilustra bem a liberdade (condicionada por lei) que cada município teve na cobrança do IMI junto dos seus munícipes no ano 2024; a dispersão de valores observada no mapa de Portugal varia entre os 0.3 e os 0.39, muito abaixo do valor máximo (0.45) imposto por lei.

Ainda no que diz respeito ao IMI, esta discricionariedade foi “mais longe” quando, em 2016, os municípios puderam atribuir um desconto aos proprietários de habitação permanente e com filhos – o chamado *IMI Familiar*, conforme consta no CIMI, artigo 112.º-A, no seu número um: “Os municípios, mediante deliberação da assembleia municipal, podem fixar uma redução da taxa do imposto municipal sobre imóveis que vigorar no ano a que respeita o imposto, a aplicar ao prédio ou parte de prédio urbano destinado a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, e que seja efetivamente afeto a tal fim, atendendo ao número de dependentes que, nos

termos do Código do IRS, compõem o respetivo agregado familiar (...).”

Conclui-se, deste modo, que embora a coleta do IMI seja um ato vinculado, a decisão sobre a redução do IMI é discricionária, mas dentro de certos limites¹¹ e condições previamente estabelecidos por lei.

4.2. Serviço de abastecimento de água

A Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, “*Estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais*”. De acordo com o disposto na Lei das Finanças Locais, os Municípios têm discricionariedade na fixação de taxas e preços relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos, os quais devem ter em conta o interesse público e a boa governança (não devem ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens, medidos em situação de eficiência produtiva).

O Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL¹²), prevê no seu artigo 33º, número um, a aplicação, por parte da Câmara Municipal, de tarifas e preços.

Nesta subsecção, analisa-se a discricionariedade da taxa cobrada pelo consumo da água, por município, recorrendo a um estudo realizado, em 2024, pela DECO PROteste.

No estudo efetuado foi analisado o preço cobrado pelo serviço de abastecimento de água¹³ a agregados familiares não elegíveis para a tarifa social nem para a tarifa de famílias numerosas. Esse estudo restringiu-se apenas à água, não tendo sido analisados os valores respeitantes ao preço do saneamento e dos resíduos.

O resultado do estudo revelou, de acordo com a DECO, que “as tarifas diferenciam os portugueses consoante a região onde vivem, mesmo

¹¹ O termo que tenho usado neste trabalho como liberdade condicionada.

¹² Lei nº 75/2013, de 12 de setembro.

¹³ O valor de referência utilizado foi 120 metros cúbicos de água gastos por ano.

que, por vezes, a poucos quilómetros de distância.”¹⁴.

A Figura 2 mostra-nos a variabilidade de taxas cobradas aos municípios em Portugal.

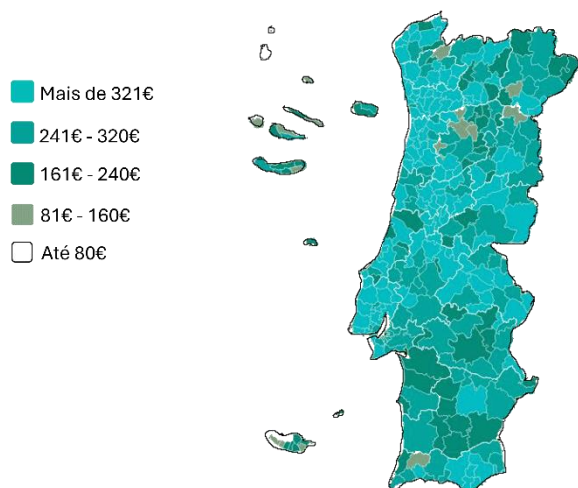


Figura 2. Preço do consumo de água (120m³ anuais) por município/2024 (Fonte: DECO PROteste)

A discricionariedade na taxa de água, tal como visto anteriormente para o IMI, está patente na Figura 2, onde a fixação do valor a cobrar foi variável nos vários municípios, alguns com diferenças bastante significativas entre eles.

4.3. Apoios a coletividades

As coletividades, como associações culturais, desportivas, recreativas e outras organizações de interesse público, desempenham um papel fundamental nas comunidades locais.

Uma vez que os municípios têm a autonomia (liberdade) de decidir a natureza e a quantidade de apoio concedido, este apoio é, muitas vezes, um ato discricionário.

Ao contrário do IMI e da taxa da água, os municípios têm margem de liberdade para decidir como e de que forma prestam esses apoios (sem estar tipificado na lei). Ainda assim, tendo em conta o já referido ao longo deste trabalho, devem fazê-lo com base em critérios objetivos e transparentes e na base do princípio da legalidade. Ou seja, os apoios não podem ser arbitrários, devendo os municípios definir

critérios de elegibilidade – regulamentos – para que as coletividades possam candidatar-se, bem como assegurar que o apoio não favorece uma coletividade em detrimento de outras, evitando práticas discriminatórias ou clientelistas.

Por exemplo, na autarquia de Vendas Novas, concelho onde vivo, no ano passado, foram atribuídos¹⁵, a 42 associações, 245.736,50 euros, divididos entre apoio financeiro (148.974€), transportes municipais (75.762,50€) e outros apoios (21.000€). O movimento associativo teve ainda direito a usar gratuitamente equipamentos municipais. Estes exemplos refletem claramente a discricionariedade nas dimensões políticas (resultado das medidas previstas e sufragadas no programa político do partido vencedor) e, face a outros concelhos é, de certeza, completamente diferente dos praticados neste concelho – a discricionariedade “em ação”.

5. Conclusão

A discricionariedade na Administração Pública portuguesa é uma “ferramenta” essencial para garantir agilidade, flexibilidade e adaptação das decisões administrativas às realidades concretas e variáveis da AP.

O poder discricionário tem de ser (sempre) exercido para o interesse público e deverá ser “balizado” pelos princípios previstos no CPA e na CPR. Deste modo, a discricionariedade não é, sinónimo de liberdade absoluta, mas de “liberdade condicionada”.

A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. As diferenças entre arbitrariedade e legalidade são cruciais para compreender a atuação dos gestores públicos e dos decisores políticos. A discricionariedade, por sua vez, só pode ser exercida quando não houver uma norma legal clara sobre a matéria (ato vinculativo), permitindo ao administrador tomar decisões dentro de certos limites.

¹⁴<https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/orcamento-familiar/noticias/abastecimento-agua-precos-cada-vez-mais-desiguais>

¹⁵ In, <https://odigital.sapo.pt/vendas-novas-camara-atribui-quase-246-mil-euros-em-apoios-a-42-associacoes/>

Embora o administrador (ou político) tenha certa margem de liberdade para decidir, essa liberdade está limitada pelas normas legais e pela necessidade de justificar suas escolhas de forma transparente e fundamentada. O controle judicial e o controle interno da AP são cruciais para garantir que a discricionariedade seja exercida de maneira responsável evitando, desta forma, abusos de poder.

Deste modo, *“há sempre dois aspetos do ato administrativo aos quais nunca pode haver poder discriminatório, a saber-se: a competência e o fim”*¹⁶.

Assim, a discricionariedade bem aplicada contribui para decisões mais justas e adequadas e para um país mais próspero e desenvolvido.

maiores-municipios-ha-oito-que-vao-baixar-o-imi-em-2024-saiba-quais-sao/

(Acesso: 15/03/2025)

✓ **Jornal o Digital:**

<https://odigital.sapo.pt/vendas-novas-camara-atribui-quase-246-mil-euros-em-apoios-a-42-associacoes/>

(Acesso: 16/03/2025)

6. Bibliografia

✓ **Amaral, D. Freitas**, Curso de Direito administrativo, vol. II, 3.^a edição, Almedina, 2017

✓ **Azevedo, Patrícia**, Lições de Direito Administrativo, 1.^a edição, Primeira Edição, 2020

✓ **Caetano, Marcello**, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Coimbra. Almedina, 1996

✓ **Canotilho, J. J. Gomes, Moreira, Vital**, Constituição da República Portuguesa, 8.^a Edição, Coimbra Editora, 2008

✓ **Círculo dos Leitores**. Lexicoteca: moderno dicionário da língua portuguesa. Volume I. Lisboa: Círculo de Leitores, 1985.

✓ **Código do Procedimento Administrativo**, 7.^a Edição, Edições Almedina, 2023

✓ **DECO**: Abastecimento de Água com preços cada vez mais desiguais: <https://www.deco.proteste.pt/> (Acesso: 10/03/2025)

✓ **Eco**: IMI entre os 25 maiores municípios: <https://eco.sapo.pt/2023/12/22/entre-os-25->

¹⁶ Azevedo, Patrícia, Lições de Direito Administrativo, 1.^a edição, Primeira Edição, 2020, pg., 169