

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Luciana Sant’Ana Nardi

Discrecionariedade administrativa e “discrecionariedade técnica”

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC–SP

Luciana Sant’Ana Nardi

Discrecionariedade administrativa e “discrecionariedade técnica”

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado – Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

SÃO PAULO
2009

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

_____ São Paulo, _____ de _____ de _____

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Francisco e Maria de Lourdes, que me deram a oportunidade de estudar e que com seu exemplo de vida digna souberam guiar os meus passos ensinando-me o caminho da retidão e do trabalho.

Ao meu filho João Pedro, que ilumina minha vida.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, pelo exemplo profissional, pela generosidade, paciência e pela acurada orientação prestada na elaboração deste trabalho.

RESUMO

NARDI, Luciana Sant'Ana. **Discricionariedade administrativa e “discricionariedade técnica”**. 2009, 147 f., Dissertação – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo, 2009.

O presente estudo tem por objetivo analisar a chamada “discricionariedade técnica”, seu alcance, e verificar a existência, ou não, do mesmo regime jurídico da discricionariedade administrativa. No início, a expressão “discricionariedade técnica” surgiu como maneira de afastar do controle judicial certos atos administrativos e, depois, foi sendo utilizada em vários sentidos, o que levou à grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Na primeira parte deste trabalho investigamos o conceito, a estrutura lógico-normativa da discricionariedade, seu fundamento e a relação com o princípio da legalidade. Almejamos neste estudo abordar o regime jurídico da discricionariedade administrativa para, então, analisarmos se existe ou não a chamada “discricionariedade técnica” e se esta possui regime jurídico diferenciado, de modo a justificar a nomenclatura específica. Na sequência, cuidamos da chamada “discricionariedade técnica”, sua origem, a evolução nas doutrinas espanhola, italiana e norte-americana e a posição da doutrina brasileira sobre o assunto. Enfatizamos o estudo da atividade normativa das agências reguladoras, já que a idéia de “discricionariedade técnica” vem sendo usada para dar suporte a esta atividade, por vezes burlando o princípio da legalidade. Por fim, tratamos do controle judicial dos atos administrativos, por ser este o mecanismo que possibilita que a atividade administrativa não se desvie dos objetivos prescritos pelo ordenamento jurídico e, justamente, por ser o confronto entre a liberdade da Administração e a autoridade do controle judicial tema de maior importância para o Direito Administrativo. Para tanto, fizemos um estudo sobre as teorias do desvio de finalidade e dos motivos determinantes e sobre os princípios da Administração Pública.

Palavras-chave: funções estatais, discricionariedade administrativa, “discricionariedade técnica”.

ABSTRACT

NARDI, Luciana Sant'Ana. **Administrative discretion and “technical discretion”**. 2009, 147 f., Dissertação – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo, 2009.

The aim of this study is to understand the so-called “technical discretion”, its meaning, its scope and whether it features the legal regime present in the administrative discretion. At first the expression technical discretion started to be used in order to avoid legal control over some administrative actions. Since then it has been used in several different meanings, which has resulted in great doctrinal and jurisprudential divergence. Firstly on this paper, we started with a research about the concept and the normative structure of the administrative discretion. Such research includes an analysis of its basis and its relation with legal principles. On this project, we intend to cover the legal system involved in the administrative discretion, so that we may analyse whether the so called “technical discretion” exists and if a different legal system is applied in this case. Secondly, we present an analysis of the so called “technical discretion”, including studies of its origin, its evolution on the Spanish, Italian and North American doctrines and the opinion of the Brazilian doctrine on this matter. Our researches gave emphasis to the activities of regulatory agencies since the concept of “technical discretion” has been used by them to support such activities and these procedures may, consequently, cause the breach of legal principles. Finally, a discussion on the judicial control over administration is also presented, since such procedure ensures that administrative activities are followed in accordance with the orders set forth in the legislation and, for this reason, as a consequence, a clash between freedom of administration and judicial control authority arises. Such controversial question is considered of greatest importance for the Administrative Law. Taking the aforementioned facts into consideration, we prepared a research about the principles of Public Administration and the theories explaining why objectives are conducted to different directions.

Key words: State functions, administrative discretion, “technical discretion”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NOÇÕES GERAIS	13
1.1 A função administrativa	13
1.2 Vinculação e discricionariedade	19
1.3 Evolução histórica da discricionariedade	25
1.4 Fundamentos da discricionariedade.....	31
1.5 Localização da discricionariedade na estrutura da norma jurídico-lógico-formal administrativa	35
1.6 Discricionariedade e o caso concreto	48
CAPÍTULO 2 “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA” E AS CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA ESTRANGEIRA PARA O EXAME DA MATÉRIA.	50
2.1 A Origem da expressão “discricionariedade técnica”	51
2.2 A natureza e dimensão da discricionariedade técnica na doutrina estrangeira.	52
2.2.1 Direito italiano	52
2.2.2 Direito espanhol	61
2.2.3 Direito Norte Americano	66
CAPÍTULO 3 “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA” NO DIREITO BRASILEIRO ...	72
3.1 Os sentidos da expressão “discricionariedade técnica”	76
3.2 A “discricionariedade técnica” e as agências reguladoras	80
CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	94
4.1 Limites da discricionariedade	100
4.2 Teoria do desvio de finalidade	103
4.3 Teoria dos motivos determinantes.....	107
4.4 Princípios da Administração Pública.....	109
4.4.1 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.....	113
4.4.2 Princípio da segurança jurídica	115
4.4.3 Princípio do devido processo legal substantivo	118
4.5. Controle judicial da “discricionariedade técnica”	120
4.6 A “discricionariedade técnica” na jurisprudência dos Tribunais Superiores	123
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a chamada “discricionariedade técnica” e verificar a existência ou não de um regime jurídico que a diferencie da discricionariedade administrativa, de modo a justificar a nomenclatura específica.

Este estudo é de suma importância, já que a discricionariedade sempre despertou interesse nos estudiosos do direito, principalmente por estar diretamente relacionada com a questão do limite do controle judicial da atividade administrativa. Ademais, há sempre espaço para novas reflexões sobre a discricionariedade administrativa, pois o tema acompanha a origem e a evolução do Direito Administrativo.

Se, no início, ocorreu a isenção de controle, mesmo nos primórdios do Estado de Direito a história revela progressivos e contínuos desenvolvimentos evolutivos das técnicas de fiscalização do exercício legítimo da discricção administrativa, tais como o controle da competência, da forma, da finalidade, via *desvio de poder*, dos motivos e sua qualificação jurídica, e o controle da observância aos chamados princípios gerais do Direito.

No direito pátrio, a questão da “discricionariedade técnica”, apesar das divergências existentes, não tem sido objeto de muitos trabalhos monográficos.

Parte da doutrina sustenta que a existência de termos vagos e imprecisos pela lei como, por exemplo, “incapacidade para o trabalho” ou “risco iminente de demolição”, por se referirem a outros campos do saber humano, afastaria o controle judicial sob o argumento de que apenas a Administração Pública poderia aferir “tecnicamente” o significado destas palavras e expressões.

O termo “discricionariedade técnica” vem sendo utilizado em vários sentidos, fato este que desperta significativa confusão. Na verdade, o que existem são conceitos jurídicos indeterminados que se referem a elementos técnicos e científicos de outras áreas e que ensejam vinculação ou discricionariedade, conforme o caso.

Para atingir tal desiderato, o trabalho foi desmembrado em **quatro capítulos**: No primeiro, abordamos as noções gerais de discricionariedade administrativa e sua

evolução no Direito Administrativo, realçando os principais aspectos jurídicos tratados pela doutrina contemporânea.

Para este fim, dividimos o primeiro capítulo em seis tópicos. No primeiro, expusemos os critérios existentes para a conceituação das funções estatais e abordamos o conceito de função administrativa e a separação das funções do Estado, tendo em conta que a discricionariedade é conceito jurídico-positivo ligado à conformação que cada ordenamento jurídico dê à função administrativa.

No segundo tópico, tratamos da distinção entre vinculação e discricionariedade, da análise da evolução histórica da discricionariedade administrativa, partindo do Estado de Polícia, em que dominava a arbitrariedade no sentido de ausência de limitações legais, para passarmos ao Estado de Direito, fase em que a discricionariedade ficou adstrita a um certo tipo de atos para, em seguida, surgir como atividade limitada pela lei, até chegar na atualidade, onde é propugnada a ampliação da discricionariedade administrativa com o retorno da chamada “discricionariedade técnica”.

Após, apontamos os fundamentos destacados pela doutrina para explicar a existência da discricionariedade administrativa e, a seguir, passamos ao exame da localização da discricionariedade na estática e na dinâmica da norma, porquanto a margem de liberdade para a atuação do administrador só existirá mediante a conjugação da norma jurídica com o caso concreto.

No segundo capítulo, cuidamos da chamada “discricionariedade técnica”, sua origem, as contribuições da doutrina italiana, espanhola e norte-americana. Na sequência, adentramos na posição da doutrina brasileira com relação à competência normativa das agências reguladoras, visto que a ideia de “discricionariedade técnica” vem sendo utilizada como forma de alargar o campo da discricionariedade administrativa e, com isto, em alguns casos, burlar o princípio da legalidade.

No último capítulo, analisamos o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a chamada “discricionariedade técnica”, por ser este o mecanismo que possibilita que a atividade administrativa não se desvie dos objetivos prescritos pelo ordenamento jurídico e, justamente, por ser o confronto entre a liberdade da Administração e a autoridade do controle judicial tema de maior importância para o Direito Administrativo. Ademais, falar em discricionariedade administrativa representa, em última análise, identificar o espaço legítimo de liberdade de escolha conferido pela lei à Administração Pública, o que significa demarcar os seus limites.

Para tanto, fizemos um estudo sobre as teorias do desvio de finalidade, dos motivos determinantes e dos princípios da Administração Pública, com menção à posição adotada pelos Tribunais Superiores.

Por derradeiro, são apresentadas as considerações finais.

Atenta-se para o fato de que os textos estrangeiros citados nessa obra, quando não transcritos de outros trabalhos, foram traduzidos para a língua portuguesa pela autora com fidelidade ao sentido original, sujeitos, no entanto, às limitações referentes às traduções dessa natureza.

CAPÍTULO 1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NOÇÕES GERAIS

1.1 A função administrativa

A disciplina constitucional acerca da separação de funções estatais apresenta relevância fundamental para a construção do regime jurídico da discricionariedade administrativa, tendo em conta que, sendo a discricionariedade um conceito jurídico-positivo, depende da conformação dada à função administrativa em cada ordenamento jurídico.¹

Não trataremos do assunto com profundidade, pois levaria a demoradas considerações, distantes dos limitados objetivos do presente trabalho. Cumpre, todavia, buscar identificar a função administrativa, fazendo uma pequena análise sobre os critérios adotados para conceituá-la e cotejando-a com as demais funções estatais.

Vários são os critérios adotados pelos doutrinadores para definir função administrativa.

Renato Alessi adotou o critério *objetivo material* para definir a função administrativa, diferentemente do Direito Positivo italiano, que se baseou no critério *orgânico* ou *subjetivo*.²

Cada poder estatal tem como competência *própria* e *normal* (e não como competência *absoluta* e *exclusiva*) o exercício da função que determina sua designação, o que não elimina a possibilidade de um poder vir a exercer, sob o título de competência excepcional, as outras funções, próprias dos demais, ensejando a classificação das competências ou funções em *típicas*, ou próprias, e em *atípicas*, ou impróprias, aceita esta divisão subjetiva dos poderes estatais mais como *princípio* tendencial do que como regra absoluta.

Podendo a função administrativa ser focalizada sob alguns aspectos, Alessi salienta o caráter infralegal, entendida a legalidade sob duplo enfoque: sentido *negativo* e sentido *positivo*. No primeiro, o limite da função administrativa reside na

¹ GUIMARÃES PEREIRA, C. A. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 228.

² *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução da 3. ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona: Bosch, 1970, p. 9-14.

lei, que pode traçar-lhe os contornos da finalidade, dos meios e das formas a serem utilizados para a realização do comando legal. No segundo, mediante o comando legal de que a Administração só pode fazer o que a lei permitir, (como decorrência da natureza do mandato que apresenta a atividade administrativa).³

Desta forma, classificando as funções sob o aspecto estritamente jurídico, como formas de emanção de atos de produção jurídica ou de introdução de alterações em determinada ordem jurídica, Alessi prestigia a finalidade para a atuação do Estado, por si só à conta da expressão *função* administrativa, destinada à realização de algo posto por antecipação pela lei, que é o atendimento ao interesse público.

A *legislação* é a emanção de atos de produção jurídica primários, ou seja, fundados unicamente no poder soberano, em que a lei não é apenas uma inovação do mundo jurídico, mas uma inovação primária. É por meio da lei que o Estado regula as relações “*permanecendo por cima e à margem das mesmas*”. Já a *jurisdição* é a emanção de atos de produção jurídica subsidiários e secundários, resolutiva de conflitos e destinada a impor, com autoridade, o respeito e a observância das normas primárias.⁴

A *administrativa* é a atividade produtora de atos jurídicos igualmente secundários, *complementares* dos atos jurídicos primários, destinados a viabilizar a atuação concreta desses, e em que o órgão emissor é igualmente *parte* (sujeito da mesma relação), atuando, contudo, num plano de superioridade em relação aos demais. Ao lado dessa atividade, Alessi reconhece a existência da função *política* ou de *governo*, que se refere à direção suprema e geral do Estado, destinada a traçar os fins da atuação estatal, coordenar a atuação das outras funções, buscando a unidade de orientação que retrata a unidade da soberania.⁵

O critério *objetivo formal* baseia-se em atributos específicos de cada uma das funções, extraídos do próprio ordenamento jurídico, e faz o exame da função através da eficácia jurídica de cada uma das funções estatais. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é um critério que se apega essencialmente em características “de direito” e, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que

³ *Instituciones de derecho administrativo*, p.11.

⁴ *Ibidem*, p.11.

⁵ *Ibidem*, p. 9-14.

lhes corresponda, independente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si.⁶

É o melhor critério para definir as funções estatais, já que caracteriza a função pelo plexo de efeitos jurídicos que se desencadeiam a partir do sistema normativo e analisa as funções através da eficácia jurídica específica de cada função pública. Assim, a função *legislativa* é aquela emissora de normas gerais e abstratas, que *inovam primariamente na ordem jurídica*; a função jurisdicional é aquela que resolve as controvérsias jurídicas com a *força jurídica da definitividade*; e a função *administrativa* é aquela desenvolvida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, desempenhada mediante comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, segundo regime jurídico administrativo, submetida a um controle de legalidade hierárquico e jurisdicional.

Observamos que é grande a dificuldade de se definir e delimitar a função administrativa, em virtude da ausência de uma definição legal, o que permite que cada um dos estudiosos sobre o assunto formule o seu próprio conceito, nem sempre sendo iniciado o estudo do mesmo ponto de partida e nem sempre sendo adotado, por todos, os mesmos critérios. Essa diversidade de posições e entendimentos fatalmente conduz a que se pense a função administrativa de formas variadas, com enfoques diferenciados, dando a errônea impressão de que se está a cogitar de matérias inteiramente distintas.

Gordillo abordou a questão da metodologia e a importância de se esclarecer preliminarmente o objeto sobre o qual estamos discorrendo visto que, para a ciência do Direito Administrativo, a sistematização tem um valor maior por lidar com a dicotomia *autoridade* e *liberdade*. Pontua, ainda, que um conceito não será *verdadeiro* ou *falso*, mas *útil* ou *inútil* em relação a determinado ordenamento jurídico, e que as classificações que expõem supostas essências imutáveis não são apenas incompreensíveis, mas também danosas, tendo em conta que todo conceito sofre alterações ao longo de sua vida histórica.⁷

Nas lições de Francesco Carnelutti:

A comparação, quando põe em relevo a qualidade e os caracteres, serve de embasamento à classificação, isto é, à ordenação das imagens, e portanto dos objetos, em classes. A chave da

⁶ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

⁷ GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2003. t. I, p. 25.

classificação é a distinção entre o gênero e a espécie [...] A comparação entre os objetos e, por conseguinte, entre as imagens, leva-nos a comprovar que entre eles há alguns que têm certa qualidade idêntica ou comum, e outros não. Assim, os objetos se dividem em classes, e a comparação, como foi indicado, encabeça a classificação. Classificação quer dizer apenas distribuição dos objetos em grupos homogêneos; a homogeneidade está determinada pela comunidade ou identidade de um número maior ou menor de caracteres; por isso, a classe não é mais que um grupo homogêneo de objetos; a qualidade escolhida para o agrupamento, ou seja, a base pela qual se determina a homogeneidade ou a heterogeneidade dos objetos é que se chama critério ou o índice da classificação [...] Convém que os teóricos do Direito se dêem conta da função e da importância da classificação, e igualmente compreendam como e por que, se a observação não vai seguida da classificação, não serve para nada. A classificação deve ser feita segundo regras que eles mesmos devem tratar de descobrir.⁸

No mesmo sentido, a posição de Genaro Carrió⁹ e de Celso Antônio Bandeira de Mello. Assevera este último que “a similitude em Direito é a de regime jurídico e não alguma outra qualquer. Assim, um *nomen juris* só pode corresponder a um signo breve para nominar coisas juridicamente equiparáveis pelos princípios e normas que os regulem”.¹⁰

Dessa forma, o conceito de função administrativa não admite referência material ou a um órgão específico do sistema jurídico, pois é distribuída em diversos centros emanadores do poder estatal e caracteriza-se pela expedição de atos gerais ou concretos, provocados ou de ofício, ampliativos ou restritivos de direito, e o melhor conceito é o que leva em conta o direito positivo, o regime jurídico e a subordinação ao direito.

A função administrativa é uma das funções estatais, ao lado da função legislativa e da função judiciária e estas três funções, seguindo-se a teoria clássica de Montesquieu, não conduzem à repartição do poder estatal, visto que este é inquestionavelmente uno. Sempre que o Estado assim se manifestar através de qualquer de suas funções, deverá fazê-lo dentro da ordem jurídica, porque se vive num Estado de Direito. Essa ordem jurídica haverá de ser aquela implantada pela Constituição, como expressão maior da vontade do titular do poder, bem como pelas

⁸ *Metodologia do direito*. Tradução Frederico A. Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 55-58.

⁹ *Notas sobre el derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 99.

¹⁰ *Curso de direito administrativo*. p. 159.

normas que se lhe seguirem, todas dispostas segundo a pirâmide kelseniana do ordenamento jurídico.

Comprovado que a função legislativa se caracteriza basicamente pela elaboração de normas de conduta gerais, abstratas e impessoais, de caráter inovador da ordem jurídica, de natureza primária e que se impõem imperativamente, seguindo para isto um determinado procedimento que compõe o processo legislativo previsto em lei, o qual pode ser mais ou menos solene, tem-se que, qualquer outra norma de conduta, mesmo que geral, abstrata e impessoal, que inove a ordem jurídica, porém não em caráter primário, e se imponha imperativamente, mas que não obedeça ao processo legislativo, não poderá ser considerada *lei*, ato decorrente do exercício da função legislativa, a despeito de tratar-se de modalidade de ato normativo.

O mesmo ocorre com a função jurisdicional, consistente na resolução dos conflitos existentes na sociedade por órgão que seja imparcial e independente, mediante a atuação coativa e coercitiva do Direito. Para que esta assim seja considerada, é mister que se submeta ao regime jurídico que lhe é peculiar, o que resulta dizer que, apesar dos órgãos encarregados das funções executiva e legislativa também exercerem função assemelhada à função jurisdicional, porque estarão, de uma forma ou de outra, declarando o Direito, a declaração por eles enunciada não se revestirá das mesmas características da função jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário, porque não estará sendo exercida por órgão imparcial e independente, bem como não estará acobertada pela garantia da *coisa julgada material*, que lhe confere a *definitividade*.

Quanto à função administrativa, a sua característica é a de constituir-se em atividade infralegal, ou, excepcionalmente, infraconstitucional, vinculada, de natureza complementar, com vistas à realização do interesse público, através de manifestações concretas, ou não, sempre passíveis de exame, quanto à legalidade, pelo Poder Judiciário. Todas as vezes que os Poderes Legislativo e Judiciário assim agirem, e esta atuação não se referir às suas funções típicas, certamente que a função que estiverem a desempenhar será de natureza administrativa.

Desta forma, não se pode adotar isoladamente o critério orgânico nem o critério objetivo material para definir as funções do Estado. Se utilizados apenas tais critérios, seguramente não serão suficientes para o estabelecimento da noção exata de cada uma das funções estatais, porque inúmeras vezes os órgãos estatais

estarão desenvolvendo atividade estranha à finalidade para a qual foram criados. Apenas ao critério objetivo formal, que se prende ao regime jurídico impregnado pelo próprio Direito, poderemos render louvores pela segurança oferecida na fixação do conceito de função administrativa.

Já que o regime jurídico administrativo caracteriza-se basicamente pela observância de dois princípios fundamentais – o da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e o da *indisponibilidade do interesse público* – princípios que não são apenas norteadores do sistema, mas chegam a fazer parte do mesmo, o conceito de função conduz indubitavelmente à ideia de imposição de um *dever* e não meramente de uma prerrogativa. Se prerrogativas existem, devem ser utilizadas se, quando e na medida indispensável para atingir uma determinada finalidade, em prol do interesse público.

Com isto, quem exerce *função* não a exerce por mérito próprio, pois tem o *dever*, o encargo de satisfazer a determinadas finalidades, sempre em favor de outrem. Os poderes são instrumentais e concedidos a quem exerce *função* para que este exercício conduza à realização de determinada finalidade, a qual, no Direito administrativo, há de reverter em prol da sociedade.

O *poder* é, assim, concedido para que o seu detentor possa exercê-lo com a *finalidade* de atender ao interesse público.

Exercer função, agir com poder objetivando o atendimento de interesse diverso do interesse público importará em *desvio de poder*, porque a finalidade perseguida dissociou-se da razão de ser da sua instituição.

Pertinente é a lição de Cirne Lima ao declarar que “na administração o dever e a finalidade são predominantes”.¹¹

Sem descurar da *finalidade* a ser alcançada, e servindo esta como fundamento, ao pensarmos a função administrativa devemos ter em conta a existência dos dois princípios basilares do Direito Administrativo, repita-se, que são o da *supremacia do interesse público sobre o interesse particular* e o da *indisponibilidade do interesse público*.¹²

¹¹ *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

¹² Observa Odete Medauar que o princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, que rege muitos institutos e normas do direito administrativo, “vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos

Posto isso, o conceito de função administrativa adotado neste trabalho corresponde à atividade que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, realiza numa posição de autoridade em relação aos particulares, com submissão à lei ou à Constituição Federal, nos casos por ela expressamente previstos, segundo regime jurídico administrativo, para cumprir as finalidades assinaladas no ordenamento jurídico, submetida ao controle jurisdicional.

1.2 Vinculação e discricionariedade

Uma das importantes distinções que se faz entre os atos administrativos é a que os separa quanto ao grau de liberdade da administração ao praticar os atos chamados “discricionários” – que melhor se denominariam “atos praticados no exercício da competência discricionária” – e os atos exercidos sob a égide da competência vinculada. *Discricionários* ou *vinculados* são apenas certos aspectos do ato administrativo.

Competência é o conjunto de atribuições previstas em lei que determina a certo sujeito uma parcela de deveres a serem cumpridos através de poderes instrumentais a fim de cumprir o interesse público. O que existe, na verdade são deveres-poderes. A competência só existe para que alguém cumpra um dever e, para isso, tem uma quantidade de poderes (é a ideia de função).¹³ Por isso, a competência, em si, é sempre vinculada.

A lei pode, ao definir uma competência, dispor que o sujeito poderá escolher uma dentre uma *pluralidade de decisões legítimas*, isto é, poderá conferir a *competência discricionária* ao sujeito a quem as atribuições são confiadas. Mas isso não se confunde com a competência em si. A previsão das atribuições a dado sujeito – leia-se: a *competência* – é sempre vinculada, porque não pode a lei dizer que certos sujeitos podem, ou não, assumir o dever de realizar o interesse público previsto na própria norma ou em outra prescrição normativa.

gravosa, na obtenção de um resultado” (*Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147).

¹³ *Curso de direito administrativo*, p.142-144.

A atribuição de deveres e a responsabilidade por usá-los como instrumental ao atendimento do interesse da coletividade são sempre *vinculados* porque são dispostos por lei. O *modo*, o *momento* de cumprir estes encargos e outros aspectos do ato administrativo é que podem apresentar a discricionariedade administrativa. Daí apontar Celso Antônio Bandeira de Mello que “[...] a discricção não está no ato, não é uma ‘qualidade’ dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”.¹⁴

Isto posto, cumpre esclarecer qual o conceito de ato administrativo que adotaremos neste trabalho.

Sabemos que, no exercício da função administrativa, o Estado ou quem lhe faça as vezes, desenvolve uma pluralidade de atividades necessárias para o atendimento das múltiplas finalidades que lhe são outorgadas pelo ordenamento jurídico.

Dessa totalidade de atuações que implicam alterações no mundo do direito, importa separar a categoria “ato administrativo”.

Assim, adotaremos neste trabalho o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende ser o ato administrativo a “declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes [...], no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.¹⁵

O ato é uma declaração jurídica, logo produtora de efeitos no mundo do direito, produzida no exercício de poder público, atuando o Estado com prerrogativas próprias, fundadas na sua supremacia atribuída com base na ordem jurídica, tendo em vista a superioridade do interesse público em face dos interesses particulares. O ato se sujeita à disciplina do direito público, como as demais manifestações estatais no cumprimento de seus fins. A diferença está em que se encarta no exercício de uma específica função: a função administrativa, submissa a regime juspublicístico próprio.

O ato administrativo consiste em providências jurídicas complementares da lei, ou excepcionalmente da Constituição Federal, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Sem lei que a autorize, não se cogita da produção

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

¹⁵ *Curso de direito administrativo*. p. 357

de ato administrativo.

A declaração jurídica submete-se à apreciação do controle jurisdicional, no tocante à sua legitimidade. O ato administrativo pode ser revisto, a qualquer momento, pelo órgão competente para emitir decisões definitivas perante o direito. Em nosso sistema, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, se nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, tampouco goza dessa força jurídica o ato administrativo, sendo plenamente contrastável pelos órgãos jurisdicionais.

O conceito adotado corresponde a uma noção ampla de ato administrativo, pois abrange atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos.

Vinculação e discricionariedade são conceitos antitéticos, mutuamente excludentes e exaurientes. Na atividade decorrente da competência vinculada, a lei regula inteiramente a conduta do agente, eliminando qualquer possibilidade de apreciação subjetiva para a prática do ato ou para a realização do comportamento. O legislador define todos os componentes necessários para a existência válida do ato administrativo, restando ao administrador uma única posição diante do comando legal. A Administração não dispõe de liberdade alguma de atuação, visto que a norma atribuidora de competência pré-determinou todos os aspectos do comportamento administrativo.

A propósito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello destaca que:

o Estado, ou quem faça as suas vezes, na prática de atos administrativos pode se encontrar em duas posições antagônicas: ora deve se cingir a estritas determinações legais, a obedecer o comando da norma, em se verificando as condições de fato por ela prescritas, no caso particular considerado; ora pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira. No primeiro caso, diz-se que a Administração Pública a respeito dessa matéria tem poderes vinculados ou legais e, assim, o ato administrativo é de caráter vinculado ou legal.¹⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei pode disciplinar a conduta do agente e fixar quais as situações de fato que ensejarão determinada conduta e qual o comportamento que, perante aquela situação de fato, tem que ser

¹⁶ *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 30.

obrigatoriamente tomado pelo agente. Ressalta, porém, que tais situações são raras de ocorrer.¹⁷

Na atividade decorrente da competência discricionária, é conferida à Administração certa margem de liberdade para agir, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma para aferir da melhor providência ou do melhor comportamento com o qual se atenda à finalidade posta pela lei. Neste caso, a lei deixou a cargo da Administração analisar a melhor forma de atingir o interesse público diante do caso concreto, levando em conta critérios subjetivos.

Na verdade, o ato discricionário é um misto: ao mesmo tempo em que sempre será vinculado às determinações da lei, pelo menos em um ou alguns de seus aspectos, a mesma lei dará ao administrador a responsabilidade de encontrar a melhor solução para o caso concreto, a qual não fora predeterminada pelo ordenamento jurídico.

Justamente por isso não existe ato administrativo inteiramente discricionário, porquanto algum aspecto sempre será vinculado. Consequentemente, pode-se concluir que a discricionariedade se apresenta em um grau maior ou menor, dependendo da quantidade de aspectos vinculados, ou não, pela lei.

A discricionariedade não resulta da ausência de lei, mas, pelo contrário, a *discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal*, pois, no Estado de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei.

Por várias vezes, foi defendida a extinção da discricionariedade e sua impossibilidade de existência no Estado de Direito, já que seria um resquício de exercício arbitrário do poder. Mas não podemos confundir discricionariedade com arbitrariedade.¹⁸ São ideias antagônicas. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e, por isso mesmo, corrigível judicialmente. Já a discricionariedade é caso típico de remissão legal, como registra Enterría.¹⁹ Por sua vez, Almiro do Couto e Silva anota que

¹⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 17.

¹⁸ *Curso de direito administrativo*. p. 395.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 445.

o poder discricionário, não é, em conclusão, um resíduo do absolutismo que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo. Ele não pode ser visto como uma anomalia ou como um vírus que deva ser combatido até a extinção. Trata-se, simplesmente, de um poder contido pela lei e pelo controle judicial dos pressupostos formais do seu exercício, um poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública.²⁰

E enfatiza André Gonçalves Pereira: “O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação”. A discricionariedade é um comportamento *intra-legem* e não *extra-legem*.²¹

Caso a Administração pública atuasse apenas de forma vinculada, solucionando os casos de acordo com uma mesma e geral previsão legal, não se estaria alcançando a melhor solução para o caso, pois o agente público estaria impossibilitado de analisar as peculiaridades do caso concreto. Sabemos que nem sempre a solução proposta pela lei é a melhor para atender o interesse público, portanto, ao admitirmos a atuação vinculada como única forma de manifestação administrativa, estaríamos ignorando a própria noção de função administrativa.

Sobre a importância da existência da discricionariedade no sistema jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello acentua que:

é certo que a lei não assume indiferença quanto ao advento, nos vários casos concretos, ora de soluções sofríveis ou mesmo ruins, pois, se assim fosse, haveria sido redigida em termos de vinculação absoluta. Se não prefigurou vinculação foi exatamente porque não se satisfaz com isto e não aceita senão a providência que lhe atenda excelentemente os objetivos.²²

No mesmo sentido o registro de Cesar A. Guimarães Pereira:

Quando a Constituição (art. 40, § 1º, II) determina, p. ex., que a aposentadoria compulsória venha aos 70 anos, baseia-se na presunção de que isso vale para a generalidade dos casos, mas assume o risco de essa solução ser inconveniente em certos casos específicos de indivíduos ainda muito capacitados nessa idade. Esse é o sentido da vinculação: prestígio da clareza e segurança, com sacrifício da exatidão e justiça.

²⁰ Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990, p. 67.

²¹ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Atica, 1962, p. 222.

²² BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 33-34.

No caso da discricionariedade, ocorre o oposto. Remete-se à estimação da Administração a solução do caso concreto precisamente porque não se admite uma solução inconveniente. Espera-se da Administração que sopesse todas as circunstâncias do caso para determinar qual é a solução ótima – tomados em conta todas as determinantes normativas e todas as peculiaridades dos fatos.²³

Há quem entenda, porém, que não há mais que se falar, tecnicamente, nesta dicotomia entre atos vinculados e discricionários. Segundo Gustavo Binengojm, com a emergência da noção de juridicidade administrativa, ou seja, com o surgimento da ideia de vinculação direta da Administração à Constituição, a discricionariedade não é mais uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Na verdade, para o autor, devemos falar em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Assim, os princípios constitucionais consagrados na Constituição de 1988 são, cada vez mais, instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.²⁴

Diante das ponderações feitas sobre a distinção entre atos vinculados e discricionários, podemos conceituar discricionariedade como espaço livre de valoração decorrente da imprecisão do pressuposto ou da finalidade da norma ou da liberdade conferida no mandamento para que o administrador escolha a melhor solução para o caso concreto segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

A grande dificuldade sobre o tema está na determinação do modo como a lei atribui discricionariedade à Administração. O reconhecimento da discricionariedade pressupõe análise da norma e do caso concreto e seu exercício está condicionado pela finalidade a ser atingida e pelo critério de razoabilidade.

²³ Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 246.

²⁴ *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

1.3 Evolução histórica da discricionariedade

A evolução histórica da discricionariedade acompanhou a evolução do Estado Moderno.

Na época das monarquias absolutistas, no período do Estado de Polícia, a discricionariedade se confundia com a arbitrariedade, pois os atos da Administração não estavam subordinados à lei, nem eram passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. A palavra discricionariedade foi usada originariamente no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII e expressava a soberania decisória do monarca. Nesta fase, o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública e a equiparação entre discricionariedade e arbitrariedade teve seu apogeu. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não havia porque existir um limite externo a seu poder.

O Estado de Polícia apresentava-se como aquele Estado cuja administração era legalmente incondicionada, enquanto o Estado de Direito oferece uma administração legalmente condicionada.

Conforme ensinamentos de Afonso Rodrigues Queiró, a discricionariedade administrativa foi definida por Bühler como “a ausência de direito subjetivo”²⁵, por Presutti pela “insindicabilidade”²⁶, por Laun “como a escolha de fins”²⁷, ou por Michoud como a ação livre da autoridade, “sem que a conduta a observar lhe seja ditada antecipadamente por uma regra de direito”.²⁸

Somente a partir do século XIX, com a instauração do modelo de Estado de Direito, a Administração Pública se sujeitou aos parâmetros da legalidade e a ação estatal passou a ser subjugada por um quadro normativo. É por esta razão que Queiró frisou que a discricionariedade é um fenômeno próprio do Estado de Direito, pois depende da sujeição de uma autoridade às pautas fixadas por outra. Somente no Estado de Direito, em que a atividade administrativa se realiza por órgãos

²⁵ *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, 1914, p. 44, apud QUEIRÓ, A. R. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946, p. 42.

²⁶ *Limiti del sindacato di legittimità*, 1911, p.5-6, apud Ibidem, p. 43.

²⁷ *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910, apud Ibidem, p. 69.

²⁸ *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, 1913, p. 10, apud Ibidem, p. 43.

próprios e é regulada pela lei, é que se pode aludir à “Administração legal” e aos aspectos discricionários no exercício da competência administrativa.²⁹

Por força da juridicização das concepções políticas de Rousseau³⁰ e de Montesquieu³¹, estabeleceu-se o Estado de Direito, no qual as atividades estatais se voltam para o cumprimento da vontade fixada na Constituição e nas leis. A atividade administrativa passou a ser essencialmente sublegal e o chamado “poder discricionário” não poderia jamais resultar da ausência de lei, mas sim da forma pela qual a lei dispõe sobre certo assunto.

Voltando novamente às lições de Queiró:

Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu. O Estado de Direito não é fórmula, no nosso ponto de vista, que exclua fins econômicos, sociais, de cultura, ou éticos. O Estado de Direito pode ser Estado Ético e hoje é-o cada vez mais. A fórmula de Stahl, que perfilhamos, permite dizer que os fins do Estado devem “tecnicizar-se nas formas do Direito” (Ravà) e é o que se não passa no outro tipo técnico e histórico, o chamado Estado-Polícia, que por isso se opõe como “categoria”, como “espécie fixa logicamente” (Panunzio), ao Estado de Direito.

Portanto: o Estado do Direito Público moderno é o Estado de Direito. A sua atividade realiza-se dentro de normas, e precisamente de normas jurídicas; assim a Justiça como a Administração [...].

Em suma, o conceito de Estado de Direito na ciência do direito administrativo é útil, enquanto nos fornece, como sua determinação própria para esta ciência, o conceito de Administração legal.³²

Entretanto, na fase do Estado de Direito, durante o período do Liberalismo, a legalidade só se aplicava para proteger as liberdades individuais; portanto, a discricionariedade somente existia em relação aos atos da Administração que não dissessem respeito a tais direitos.

Nesta época, a noção de discricionariedade estava ligada ao poder de agir da Administração nos espaços livres da regulamentação da lei. É com o resultado da confusão entre lei e direito que surge a imagem da discricionariedade como um poder administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico e fundado na autonomia decorrente da personalização da Administração Pública.

²⁹ QUEIRÓ, A. R. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 45.

³⁰ *O contrato social*. Tradução Ricardo Rodrigues Gomes. São Paulo: Escala Educacional, 2001, passim.

³¹ *Do espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, passim.

³² *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. p. 47-49.

A lei era analisada sob a ótica do positivismo jurídico e, portanto, tal análise não previa o aspecto axiológico. A Administração só tinha que observar a lei em sentido formal. No Estado Liberal, embora prevalecesse a ideia de submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, este princípio teve uma concepção diversa da que prevalece hoje, mais restritiva, pois procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a ideia de discricionariedade administrativa, herdada do Estado de Polícia, em especial da teoria da dupla personalidade do Estado, que retirava do controle judicial uma parte dos atos da Administração. A discricionariedade era vista como uma atividade que não admitia controle judicial.

Vigia a doutrina da *vinculação negativa da Administração*, pela qual se reconhecia à Administração a possibilidade de fazer tudo o que estivesse previsto em lei, bem como tudo aquilo que a lei não proibisse. Observam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que “a discricionariedade operaria, assim, no espaço livre da lei”, apontando dois fundamentos para essa concepção: um de raízes históricas, pois representa

um eco da nefasta doutrina do “princípio monárquico”, que pretende justificar, na condição histórica do monarca como chefe do Executivo, um princípio de liberdade autonômica na organização e no funcionamento da Administração, que a liberaria da lei, postulada pelo princípio democrático e pela doutrina genuína da separação dos poderes; outro, decorrente de “interpretação heterodoxa da divisão dos poderes, que lança o constitucionalismo francês a partir de suas mesmas origens e que se expressa na isenção jurisdicional do Executivo, e na tendência ao fortalecimento daí resultante”.³³

Entretanto, as imperfeições e opressões do liberalismo no âmbito econômico e social acabaram por gerar inúmeras injustiças e desigualdades sociais que, “associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”.³⁴

Após a Segunda Guerra Mundial, nasce o Estado Social, ou Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Nesta época, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os homens e, para atingir esta finalidade, é dever do Estado intervir na ordem econômica e

³³ *Curso de derecho administrativo*. p. 429-430.

³⁴ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 15.

social para ajudar os menos favorecidos, o que leva a uma mudança na concepção do Estado de Direito.

Enquanto no Estado de Direito liberal prevalecia a ideia de que a Administração possuía ampla discricionariedade e poderia fazer tudo o que a lei não proibisse, no Estado de Direito Social o princípio da legalidade ganhou novo sentido, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Especificamente em relação à atividade administrativa, Maurice Hauriou, tratando da história da discricionariedade, afirmou:

A lei foi colocada sob um pedestal e uma teoria jurídica foi construída para reconduzir todo o direito à regra de direito e para subordinar a esta todo o poder, recusando ao poder discricionário qualquer relevância jurídica. Para responder a estes exageros, será suficiente recordar que mesmo na França pós-revolucionária, a supremacia da lei escrita lentamente declinou e que, por um movimento inverso, restaurou-se lentamente o poder dos juízos discricionários, a ponto de que fosse restabelecido, entre os dois domínios, um novo equilíbrio.³⁵

Deu-se, então, o que Eros Roberto Grau chamou de processo de transformação (na verdade, involução) do princípio da legalidade que

originariamente implicava em que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres, etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos de cada um dos seus componentes e requisitos de cada ato – do que resultava a concepção do Poder Executivo como *administração* e da administração como *execução*.³⁶

Atualmente, porém, vigora a doutrina da vinculação positiva, na qual todas as atividades da Administração estão limitadas pela lei, fazendo com que a Administração só possa fazer o que a lei determina. De forma pacífica na doutrina, a ideia de discricionariedade está ligada à liberdade dentro dos parâmetros legais, sendo esta noção tida como consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

Os atos normativos, tanto do Legislativo como do Executivo, eram vistos apenas em seu aspecto formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo de justiça. Com a instauração do Estado Democrático de Direito, à lei formal foram acrescentadas considerações axiológicas, ampliando-se a possibilidade de controle

³⁵ *Aux sources du droit*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1993, p. 184 -85.

³⁶ Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 78, p. 161-166, jan./dez. 1983, p. 88.

judicial. Falar hoje em princípio da legalidade significa abranger não só a lei em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma ideia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Gustavo Binenbojm registra que somente com o positivismo normativista kelseniano ganha força a justificação da discricionariedade como uma consequência inelutável da subdeterminação das diversas etapas de produção normativa. Assim, na medida em que a Administração Pública está inserida em uma dessas etapas de produção jurídica, sua atuação não se pode justificar senão como uma concretização paulatina e gradual de normas jurídicas precedentes. Isto ocorre quando a Administração edita regulamentos, com fundamento na lei ou diretamente na Constituição, como quando desce aos últimos graus de concretude, praticando atos administrativos singulares ou atos de mera execução material.³⁷

Binenbojm destaca que é possível identificar, desde o século XIX, um longo percurso no sentido do cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária, tendo sido esse balizamento, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. Sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa:

- I – a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade);
- II – o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, excesso de poder, motivos determinantes);
- III – o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;
- IV – o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.³⁸

Para Gustavo Binenbojm, ocorreu o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, passou a prescindir da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades

³⁷ *Uma teoria do direito administrativo*, p. 196.

³⁸ *Ibidem*, p. 197.

administrativas. A Constituição deixou de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passou a ser vista como norma diretamente habilitadora de competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.³⁹

Assim, a definição do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito em que a Administração está submetida ao direito e à jurisdição é um aspecto fundamental para a construção do regime jurídico da discricionariedade. É sabido que as atuais noções de discricionariedade administrativa não mais gravitam em torno da ideia de *poder* – o que, em alguma medida, esquivava-se do controle judicial, mas que, sob o regime democrático e social de Direito, a discricionariedade administrativa associa-se à ideia de *competência*, que estabelece a *medida e a definição dos poderes* como instrumentos ao cumprimento dos deveres para com a sociedade. A propósito, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

perante o direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade continua presente na Constituição tal como previsto na redação original dos artigos 37, *caput*, e 5º, II. Em consequência, a discricionariedade continua sendo um poder jurídico, ou seja, um poder limitado pela lei. A legalidade é estrita quando se trata de impor restrições ao exercício dos direitos individuais e coletivos e em relação àquelas matérias que constituem reserva de lei, por força de exigência constitucional. Em outras matérias pode-se falar em legalidade em sentido amplo, abrangendo os atos normativos baixados pelo Poder Executivo e outros entes com função dessa natureza, sempre tendo-se presente que no direito brasileiro não têm fundamento os regulamentos autônomos, que inovam na ordem jurídica, criando direito ou impondo obrigações sem prévia previsão em lei. Por outras palavras, o grau de discricionariedade continua a depender da forma como a competência legislativa é atribuída ao legislador. E a discricionariedade continua a ser poder jurídico, porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do poder público.⁴⁰

Sobre a evolução histórica da discricionariedade, assegura Odete Medauar que outros aspectos vêm à tona no questionamento da concepção clássica de discricionariedade. Ressalta que a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros públicos titulares de poderes e a ampliação de direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão de indivíduos e

³⁹ *Uma teoria do direito administrativo*. p. 37.

⁴⁰ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64-65.

grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações. Também se registram progressiva tecnização no tratamento de assuntos a cargo da Administração e a crescente adoção de práticas consensuais, conciliatórias, e não somente decisões unilaterais imperativas. Prega que o conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade e há a necessidade de uma nova disciplina da discricionariedade para que se torne objetiva, imparcial e controlável, pois não há discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete a decisão política.⁴¹

Atualmente, a discricionariedade administrativa está vinculada à ideia de que o Poder Executivo se submete não só à lei formal, mas ao Direito. A discricionariedade administrativa é a liberdade de escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito e não apenas perante a lei. A liberdade de escolha da Administração Pública está limitada pelos princípios amparados pelo ordenamento jurídico e a ideia de que a competência discricionária atua de acordo com o princípio da legalidade foi substituída pela afirmação da necessária observância da Constituição, da lei e dos princípios gerais do direito.

1.4 Fundamentos da discricionariedade

A doutrina diverge ao apontar as razões da existência, no Estado de Direito, de uma liberdade dada à Administração para agir de acordo com valorações de caráter subjetivo, diante de algumas situações práticas. Para certos autores, a justificativa é prática, para outros, é jurídica.

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se para evitar o automatismo que ocorreria caso a Administração Pública tivesse apenas que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador enfrenta. Sob este aspecto, a discricionariedade se justifica também para dar meios

⁴¹ *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 196-197.

e permitir que a Administração exerça o poder de iniciativa para atender às infinitas necessidades coletivas. Aduzem Enterría e Fernández que

é uma exigência indeclinável do governo humano; este não pode ser reduzido a uma pura “nomocracia” objetiva e neutral, a um simples jogo automático de normas, contra o que na sua época esperou a entelêquia social e política da Ilustração (e como hoje, de certo modo, alimenta mais vulgar fé na informática e nos computadores). [...] Mas é ilusório pretender esgotar em qualquer momento o âmbito completo da discricionariedade. A necessidade de apreciações de circunstâncias singulares, de avaliação da oportunidade concreta no exercício do poder público, é indeclinável e isso alimenta inevitavelmente a técnica da delegação de poderes discricionários. Substancialmente, isto é política, a qual é ilusório pretender deslocar do governo da comunidade.⁴²

A discricionariedade está ligada a certos assuntos que, em razão de sua natureza, não são passíveis de regulação hermética. Como exemplos de sua afirmação, citam o poder regulamentar, o poder de organização e as diretivas da economia em geral:

Há por isto poderes que em si mesmos são e não podem deixar de ser em boa parte discricionários, por sua própria natureza; assim, o poder regulamentar, ou o poder organizativo, ou os poderes diretivos da economia, ou, em geral, todas aquelas que implicam exercício de opções quanto a soluções alternativas. Tudo disto não é tornado mecânico em formulas fixas e vinculadas. É mais: a atribuição à Administração de muitas funções se faz buscando justamente para sua gestão a estimação subjetiva da oportunidade que somente a técnica da discricionariedade permitiria.⁴³

Como disse Locke, ainda no século XVIII, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prever e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.⁴⁴

Queiró também defende a impossibilidade material de o legislador prever todas as situações de fato, razão pela qual a lei utiliza fórmulas abstratas.⁴⁵

Ressalta que “o legislador, para se manter tal, tem que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. p. 57.

⁴³ Ibidem, p. 60.

⁴⁴ LOCKE, J. *Dois tratados sobre o Governo* (1698). 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, passim.

⁴⁵ *Teoria do desvio de poder em direito administrativo*. p. 45.

desaparecer, mas, para isso, tem de sacrificar [...] a sua própria qualidade de legislador".⁴⁶

Assim, a discricionariedade é vista como uma forma de concretizar a norma e sua finalidade. Se o legislador pudesse prever detalhadamente todas as formas de solução dos casos concretos, estaria deixando de lado sua função de criar normas gerais e abstratas e, ao mesmo tempo, invadindo a área de atuação reservada ao administrador, o que, juridicamente, em um regime de tripartição de funções do Estado, é obstado.

Para Queiró, a existência da discricionariedade administrativa fundamenta-se na: (a) impossibilidade material de o legislador regular todas as situações referentes à atividade administrativa; (b) impossibilidade jurídica de o legislador transmitir ao agente público ordens que, de tão precisas, não necessitem de interpretação, fato este que o afastaria de sua verdadeira atividade, qual seja, a de estipular normas gerais e abstratas; e (c) impossibilidade lógica de a lei utilizar apenas conceitos unissignificativos, sendo que os conceitos plurissignificativos devem ser interpretados por meio da atuação discricionária da Administração.

Nessa trilha, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o fundamento da discricionariedade reside: (a) no deliberado intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se pela melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei à vista do caso concreto; (b) na impossibilidade material de o legislador prever todas as situações, donde deve recorrer a fórmulas mais flexíveis; (c) na linha de pensamento defendida por Afonso Rodrigues Queiró, na inviabilidade jurídica, em regime de tripartição de poderes, da supressão da discricionariedade, sob pena de o legislador invadir campo de individualização de norma, o que lhe seria defeso; e (d) na impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade, pela necessária utilização na norma de conceitos indeterminados.⁴⁷

Na verdade, há um certo consenso na doutrina de que a discricionariedade detida pela Administração Pública seria: 1) justificável, ante a impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os múltiplos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir; 2) necessária, para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos que surgem; 3)

⁴⁶ *Teoria do desvio de poder em direito administrativo*. p. 49.

⁴⁷ *Curso de direito administrativo*. p. 889-891.

inevitável, diante da própria dinâmica tecnológica do mundo moderno, que exige uma atuação rápida e especializada dos gestores públicos.

A seu turno, a justificativa jurídica para a existência da discricionariedade baseia-se na teoria da formação do Direito por degraus, de Hans Kelsen, considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito. A cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior e este acréscimo se faz com o uso da discricionariedade, que torna possível este acréscimo, fazendo com que a discricionariedade administrativa possa ser compreendida da mesma forma que o próprio processo de aplicação da lei. Para ele:

a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tão-pouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. [...] Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.⁴⁸

Para Kelsen, a produção da norma individual pelo tribunal sempre envolve certa margem de livre apreciação, que se enquadra na moldura mais ou menos abrangente da norma geral.

De acordo com a visão positivista, a interpretação não é algo que decorre do conhecimento, mas da vontade do órgão competente para aplicar a norma, seja para criar outra, seja para aplicá-la ao caso concreto em decisões judiciais ou atos administrativos. De acordo com Eva Desdentado Daroca:

a discricionariedade na construção de Kelsen é, portanto, um fenômeno inerente ao próprio processo de concreção e aplicação do Direito. A decisão discricionária é aquela adotada pelo órgão competente para a aplicação e desenvolvimento da norma na margem de livre apreciação que esta deixa em aberto e consiste, portanto, na eleição da solução que se considera a mais conveniente dentro de todas as possíveis. Essa eleição não está determinada de forma alguma pelo ordenamento e, portanto, o órgão a realizará de acordo com seus próprios critérios morais e políticos.⁴⁹

⁴⁸ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 469-470.

⁴⁹ *Discrecionalidad administrativa e planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2 ed. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 45.

Daroca defende que essa noção de discricionariedade, como inerente ao ordenamento jurídico, é mais destacada na doutrina de Hart, segundo o qual a discricionariedade só aparece na solução de casos difíceis, ou seja, nos casos em que a textura aberta da linguagem não permite atingir uma resposta unívoca e “se em tais casos as dúvidas não de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que as tem de resolver”.⁵⁰

Ainda, segundo Hart, trata-se de algo próprio da condição humana a influência de duas desvantagens: a primeira é a nossa relativa ignorância de fato e a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade.⁵¹

Por fim, podemos afirmar que o fundamento da existência da discricionariedade no ordenamento jurídico está ligado ao cerne da função administrativa, ou seja, ela existe para servir de instrumento para que a Administração Pública alcance os fins que o ordenamento jurídico lhe atribuiu e para que o agente público busque a melhor solução para o caso concreto. Tendo em vista que a sociedade está em constantes mudanças, a discricionariedade colabora com a adaptação do ordenamento jurídico ao permitir que o caso concreto seja analisado levando-se em conta diversos fatores, tais como tempo e espaço, evitando-se, assim, situações de encaixe em um molde geral ineficientes para o atendimento do interesse público.

1.5 Localização da discricionariedade na estrutura da norma jurídico-lógico-formal administrativa

Segundo Hans Kelsen, a norma jurídica prescritiva vem representada pelo juízo hipotético *dado A, deve ser B*⁵², ou, conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., “[...] se A, então deve ser S, em que A é conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; o dever-ser será o conectivo que une os dois termos”.⁵³

⁵⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fun. Calouste Gulbenkian, 1986, p.141.

⁵¹ Ibidem, p. 143.

⁵² Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. p. 64.

⁵³ *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.100.

Trata-se de uma proposição prescritiva de conduta que condiciona um certo acontecimento a uma dada consequência.

A norma jurídica não se confunde com os enunciados prescritivos do direito positivo, que se forma através da significação construída a partir dos textos positivados, da interpretação e integração do sistema no processo de atuação do direito.

Para melhor estudarmos o tema, seguiremos as premissas metodológicas utilizadas por Mariano Bacigalupo que, trazendo uma visão inovadora sobre essa matéria, aponta três pontos de vista para explicar a localização da discricção dentro da estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa, quais sejam:

- em primeiro lugar, o que concebe a discricionariade administrativa como *margem de volição* para eleger entre a adoção, ou não, de uma consequência jurídica, ou outra, na aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a consequência jurídica por ela prevista, ou não, predeterminam a consequência jurídica que deva ou possa adotar-se (discricionariade como fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas);
- em segundo lugar, aquele pelo qual também a *indeterminação do suposto de fato* das normas habilitantes (e não somente a indeterminação das suas consequências jurídicas) gera discricionariade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela;
- e, por fim, o ponto de vista de quem sustenta que, em realidade, a discricionariade só opera no âmbito do suposto de fato das normas jurídico-administrativas, e isso por entender que é sua inexistência ou imperfeição o que genuinamente provoca a margem de atuação discricionária (a discricionariade como fenômeno exclusivamente derivado da *imperfeição ou indeterminação do suposto de fato normativo*).⁵⁴

A primeira teoria defende a negação da discricção no modo como o direito positivo delinea os pressupostos de fato da atuação administrativa, na medida em que, em sua verificação concreta, a Administração não exerce sobre o fato qualquer estimação subjetiva volitiva, mas, tão-somente, exercita uma operação cognitiva de constatação da realidade. Assim, tais defensores circunscrevem a liberdade de decisão administrativa ao âmbito das consequências jurídicas, erradicando-a do suposto de fato normativo – daí ser denominada *reducionista*. Para esta corrente, o

⁵⁴ *La discrecionalidad administrativa: control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 113.

que gera a discricionariedade administrativa é, exclusivamente, a indeterminação normativa das consequências jurídicas (adoção facultativa da consequência jurídica), quer por não configurar sua aplicação como obrigatória, quer por prever várias consequências jurídicas, com caráter alternativo (adoção, facultativa ou preceptiva, de algumas das diversas consequências previstas como possíveis) ou, por fim, por não predeterminar o conteúdo da consequência jurídica que, em seu caso, deva ou possa aplicar-se (adoção, facultativa ou preceptiva, de uma consequência não predeterminada normativamente).⁵⁵

A discricionariedade será considerada como margem de opção entre atuar ou não atuar (“aplicar ou não a consequência jurídica ou alguma das consequências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante”) – discricionariedade de atuação – e, em segundo lugar, eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração tiver que optar diante de várias consequências jurídicas permitidas.

Mariano Bacigalupo levanta dúvidas à primeira corrente, que se encontra embasada em duas premissas: (a) a discricionariedade administrativa constitui exclusivamente uma *margem de volição* – premissa que se constitui numa definição axiomática, e portanto discutível; e (b) a apreciação do suposto de fato normativo se esgota sempre num processo cognitivo.

A segunda teoria refere-se à clássica polêmica relacionada com a composição da hipótese normativa através dos conceitos jurídicos indeterminados. Predominou na Alemanha até 1950, mas não foi erradicada, apesar da força com que se impôs a corrente *reducionista*, reconquistando posteriormente seu vigor, sobretudo nos anos setenta, em que começa a ser frequente o questionamento acerca da distinção categorial entre o exercício da discricionariedade administrativa e a aplicação dos conceitos normativos indeterminados, assinaladamente quando, neste último caso, se reconhece à Administração uma *margem de apreciação* (como margem de *cognição* no momento da subsunção).

A teoria unitária (ou *ampla*) admite a discricionariedade *tanto* no terreno das consequências jurídicas *como* no âmbito do suposto de fato (indeterminado) das normas jurídico-administrativas, possuindo algumas variantes (a da conceituação de certos conceitos normativos indeterminados como habilitações à discricionariedade;

⁵⁵ *La discrecionalidad administrativa: control judicial y límites constitucionales de su atribución.* p. 115.

a tese sobre a impossibilidade e inoportunidade de uma distinção categorial entre discricionariedade administrativa e conceitos normativos indeterminados).

Essa corrente também se desenvolveu na Espanha, onde seus defensores atuais pertencem ao grupo de autores que concebem ambos os fenômenos como verdadeiras margens de decisão administrativa, embora distingam, tipologicamente, entre “*discricionariedade na adoção ou determinação das consequências jurídicas*” (Rechtsfolgeermessen) e *margem de apreciação* na aplicação de conceitos normativos indeterminados (Beurteilungsspielraum).⁵⁶

A terceira teoria admite a discricionariedade apenas no suposto de fato normativo, que se apresenta indeterminado (lato senso), partindo da premissa de que o móvel gerador da discricionariedade é a *inexistência* ou a *imperfeição* do suposto de fato de sua norma habilitante (produto quer da ausência, quer da insuficiência ou imprecisão dos critérios determinantes da aplicação ou não, em cada caso, de uma consequência jurídica ou outra).⁵⁷

Desta forma, esta teoria concebe a discricionariedade como habilitação à Administração para completar e até mesmo criar, em sede aplicativa, o suposto de fato normativo, não se limitando ao âmbito das consequências jurídicas para eleger entre uma ou outra consequência, dentre as possíveis, mas desenvolvendo atividade materialmente normativa, consistente na concreção ou adoção daqueles critérios determinantes da consequência omitida pelo legislador.

A aplicação de uma norma habilitante de discricionariedade compreenderia duas operações consecutivas: uma de natureza materialmente *normativa*, consistente na adoção dos critérios determinantes da aplicação, ou não, de uma ou outra consequência jurídica, que o legislador omitiu, propriamente discricionária, e outra de *subsunção*, de caráter regrado.

Em suma, Mariano Bacigalupo acolhe a teoria segundo a qual o exercício da discricionariedade é também o aperfeiçoar do suposto de fato inacabado da norma jurídico-administrativa.⁵⁸ Para ele, “tanto a aplicação de conceitos indeterminados em sua ‘zona de incerteza’ como o exercício da discricionariedade consistem em uma mesma tarefa (a saber: a ‘perfeição’ ou integração em sede aplicativa do suposto de fato – ‘imperfeito’ – da norma habilitante)”, o que torna evidente que “se

⁵⁶ BACIGALUPO, M. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. p. 180.

⁵⁷ Ibidem, p. 182.

⁵⁸ Ibidem, p. 201.

concebem ambas as coisas como manifestações de um mesmo fenômeno de natureza (materialmente) ‘normativa’”.⁵⁹

Conceitos jurídicos indeterminados em sua zona de incerteza e *discricionariedade*, na doutrina de Bacigalupo, não se diferenciam qualitativamente. Não se distinguem do ponto de vista teórico-normativo (sua localização dentro da estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa), porque tanto os conceitos jurídicos indeterminados quanto a *discricionariedade* gravitam em torno do *suposto de fato normativo*. Também inexistem diferenças do ponto de vista jurídico-metodológico (da teoria do conhecimento e raciocínio jurídicos), porque conceitos jurídicos indeterminados em sua zona de incerteza e o exercício da *discricionariedade* são operações de “integração normativa” de natureza *volitiva*, e não cognitiva.⁶⁰

Para Bacigalupo, esta terceira teoria é a mais consistente, tanto do ponto de vista lógico-normativo como dogmático-constitucional. Conceber que a Administração possa, em nome da *discricionariedade*, decidir acerca da adoção de uma ou outra das consequências jurídicas possíveis, sem estar baseada em um *critério objetivo*, seria admitir o exercício da *discricionariedade* sem qualquer parâmetro, sem qualquer critério – portanto, uma *arbitrariedade*.

É possível identificarmos, a partir das vertentes apresentadas por Bacigalupo, que, na doutrina brasileira, há aqueles que, entendendo a *discricionariedade* como produto apenas da *indeterminação das consequências jurídicas* da norma, não admitem a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados como técnica legislativa de outorga da *discricionariedade*, por tratar-se de conceitos perfeitamente interpretáveis e concretizáveis em cada situação diante da qual a Administração deve pronunciar-se sobre sua configuração fática. São as posições adotadas por Lúcia Valle Figueiredo e Eros Roberto Grau.

Lúcia Valle Figueiredo afasta “toda e qualquer possibilidade da *discricionariedade* alojar-se nos conceitos plurissignificativos, elásticos ou indeterminados, conforme a nomenclatura que se lhes dê”.⁶¹ A imprecisão do conceito, derivada da “zona intermediária, faixa cinzenta”, é passível de eliminação através do processo de interpretação jurídica, pois “é possível haver apenas a

⁵⁹ BACIGALUPO, M. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. p. 203.

⁶⁰ *La discrecionalidad administrativa: control judicial y límites constitucionales de su atribución*, p. 204.

⁶¹ *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 207

subsunção mesmo de conceitos imprecisos, onde *tertium non datur*⁶², devendo a Administração, ao interpretar, trazê-los às zonas de certeza positiva ou negativa. Cabe, pois, encontrarmos, na dinâmica da norma jurídico-administrativa, correspondência entre “significante” e “significado”.

A autora não admite cogitar apenas de *discrição na norma*. Daí porque a conceitua como

competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias – portanto, dentro de critério de razoabilidade geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.⁶³

Todo conceito, pragmático ou indeterminado, é finito. Diante de determinado conceito, proceder-se-á, primeiro, à interpretação, passando-se à subsunção, em que se tem a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas, e a premissa menor, o fato. Procedida esta é que “*se vai colocar ‘alguma’ discricionariedade*”. A discricionariedade surgirá quando for atribuída competência ao administrador para “*buscar a solução dentro dos lindes do razoável para atender ao fim postulado pela norma*”.⁶⁴

É dizer: a competência discricionária não emerge do fato de o conceito não ser, desde logo, preciso. Necessário, primeiramente, buscarmos na norma o sentido e o alcance do conceito. Depois da interpretação, deveremos nos alçar aos princípios e valores do ordenamento jurídico, a fim de precisá-lo. Preciado o conceito – ou determinado – e, por conseguinte, localizado na zona de certeza positiva, mister verificar se a norma outorgou possibilidade de decisão ao administrador.⁶⁵

Para Eros Roberto Grau, é imperiosa a distinção entre duas técnicas: no exercício da discricionariedade, a administração emite *juízos de oportunidade*; na aplicação de conceitos indeterminados, *juízos de legalidade*, aplicando o Direito.⁶⁶ O Autor acompanha Seabra Fagundes quanto à forma de *discrição* e quanto aos motivos, restrita à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade

⁶² *Curso de direito administrativo*. p. 193.

⁶³ *Ibidem*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 198.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 217.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 215.

⁶⁶ Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990, *passim*.

(conveniência). Mas, com relação *ao objeto (conteúdo)*, entende que a discricção está em a autoridade administrativa poder praticar o ato com objetivo variável.⁶⁷ Não é fruto da circunstância dos termos legais serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas.

Eros Grau justifica sua rejeição à assimilação entre conceitos indeterminados e discricção a partir de duas constatações: (i) não são os conceitos, mas os seus termos (responsáveis pela “perturbação do pensamento claro e da expressão lúcida”) que são indeterminados – o termo é a expressão do conceito; (ii) os conceitos jurídicos não são essencialistas, isto é, referidos a *objetos*, mas sim a *significações (suma de ideias)* atribuíveis a coisas (coisas, estados ou situações), passíveis de serem reconhecidas uniformemente por um grupo social, sem o que não cumpririam sua função, que é de permitir a aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza, de modo tal que se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. Assim, os “conceitos jurídicos indeterminados” são, em verdade, *signos de significações determinadas*.⁶⁸

Para ele, os conceitos são sempre determinados, a indeterminação não é do conceito, mas sim da palavra, o que exige do aplicador do direito (Administração e Poder Judiciário) superar esta indeterminação, o que se dá pela interpretação.⁶⁹ E observa:

como a discricionariade implica escolha de um dos vários comportamentos possíveis, o administrador é senhor do complementamento da norma genérica e abstrata. Existe a prévia validação de qualquer das escolhas do agente. Qualquer dos comportamentos possíveis, previamente validados pela norma, será campo e linde do poder discricionário. A margem de liberdade que assiste ao administrador para atingir a finalidade da norma pode ser mais ou menos ampla. Se a lei apenas faculta ao administrador agir ou não, então, há limitação do comportamento. Caso a lei valide uma série maior de comportamentos possíveis, ter-se-á liberdade mais ampla.⁷⁰

Em suma, Eros Grau admite a existência de várias soluções justas para o caso concreto e defende a impossibilidade de a discricionariade advir de conceitos jurídicos indeterminados, pois estes não estão submetidos a um juízo de

⁶⁷ GRAU, E. R. Crítica da discricionariade e restauração da legalidade, In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 142.

⁶⁸ Ibidem, p. 145.

⁶⁹ Discricionariade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 114-116 jan./mar. 1990, p. 115.

⁷⁰ Ibidem, p.45.

oportunidade, mas sim a um juízo de legalidade. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário a decisão acerca da melhor solução para o caso concreto, por meio do controle de legalidade.⁷¹

Com ideias semelhantes, temos a posição de Luis Manuel Fonseca Pires, que distingue a interpretação jurídica da discricionariedade administrativa. Para o autor:

[...] todo e qualquer conceito jurídico indeterminado deve ser determinado para o caso concreto, e que esta tarefa qualifica-se como um processo de interpretação jurídica, e não como um exercício de discricionariedade administrativa. [...] É do reconhecimento da presença do intérprete – de sua *vontade* – no processo de interpretação e aplicação do direito que acreditamos reforçar a distinção necessária que deve ser feita entre interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais e discricionariedade administrativa. [...] Por conseguinte, o que distingue a *interpretação jurídica* da *discricionariedade administrativa* como categorias realmente diversas não é a *subjetividade*, não é a *vontade*. A dificuldade de precisar um conceito jurídico ou uma cláusula geral em razão da indeterminação de uma palavra ou expressão reclama uma maior participação do intérprete, mas esta situação revela, apenas, um *grau* diferente da atuação da *vontade* do operador do direito, uma margem maior, portanto, de divergências. A diferença que se faz, no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, entre conceitos de *experiência* e conceitos de *valor* é insuficiente para sustentar a possibilidade de haver discricionariedade junto a estes últimos, pois a *vontade* não é alijada da interpretação de um conceito de experiência.⁷²

Ao lado da negação total, há a posição doutrinária da *negação parcial* dos conceitos indeterminados como mecanismo gerador da discricionariedade. Nesta corrente, podemos englobar a doutrina que busca restringir, dentre eles, a espécie conceitual cuja utilização normativa engendra o poder discricionário, equiparando-os, ou não, em termos jurídicos, bem como as que encampam a tese da margem de apreciação administrativa, cuja categoria jurídica não deve assemelhar-se à discricionariedade. Nesta linha, seguem os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷³, Regina Helena Costa⁷⁴, e Germana de Oliveira Moraes.⁷⁵

⁷¹ GRAU, E. R. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: Rocha, Cármen Lúcia Antunes (coord). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 317.

⁷² *O controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 326-327.

⁷³ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 93.

⁷⁴ Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo n. 29, p. 79-108, jun. 1988.

⁷⁵ *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 179-180..

Partindo da afirmativa de que a discricionariedade decorre sempre da lei, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶ arrola algumas hipóteses em que, em regra, se pode afirmar a sua presença: (a) quando a lei expressamente a conferir; (b) quando a lei é insuficiente e não puder prever todas as situações possíveis; (c) quando a lei conferir a competência, porém não determinar a conduta a ser adotada; e (d) quando a lei utilizar-se de conceitos indeterminados.

Ao analisar onde é possível localizarmos a discricionariedade, aponta, como primeiro aspecto, o concernente ao *momento* da prática do ato, mesmo que se trate de atos vinculados, porque é, muitas vezes, impossível para o legislador prevê-lo com certeza.

Também caberá discricionariedade em alguns elementos do ato administrativo: quanto ao *objeto* (ou *conteúdo*), quando a lei prever mais de um objeto possível; quanto à *forma*, quando, eventualmente, houver previsão de mais de uma forma possível; quanto à *finalidade*, sempre que a norma utilizar conceitos vagos e não dispuser de critérios objetivos para determiná-la; quanto ao *motivo*, sempre que a lei deixá-lo à livre determinação do aplicador, ou, quando definido pela norma, esta utilizar-se dos conceitos jurídicos indeterminados.⁷⁷

Utilizando-se a lei dos conceitos jurídicos indeterminados, Maria Sylvia entende que, dificilmente, será possível determinar-se por antecipação quando se terá discricionariedade. Apenas o exame da norma, em cada caso concreto, permitirá uma resposta conclusiva, e isto só ocorrerá quando estiverem presentes os conceitos de valor, os quais, após atividade interpretativa, ou mesmo integrativa (pelo recurso aos princípios gerais de direito)⁷⁸, ainda assim não conduzirem a uma determinação.

Distingue três tipos de conceitos: o técnico, o de experiência e o de valor. O conceito técnico não gera discricionariedade, porque a solução correta pode ser apontada pela manifestação de órgão técnico, baseada em dados da Ciência. Já o conceito de experiência também não gera discricionariedade, pois existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Assim, quando a lei usa conceito desse tipo é porque quer

⁷⁶ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 94-95

⁷⁷ *Direito administrativo*, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 206-210.

⁷⁸ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 96.

que ele seja empregado no seu sentido usual, como no caso de expressões como “caso fortuito” ou “força maior”.⁷⁹

A questão da discricionariedade está ligada ao uso de conceitos de valor que podem ou não gerar certa margem de apreciação, pois um conceito que, na lei, se apresenta como indeterminado, pode tornar-se determinado no caso concreto, pelo exame da situação de fato.

Para Regina Helena Costa, o elemento diferenciador da discricionariedade em relação à vinculação é a *vontade* do agente aplicador da norma, só existente, para ela, na discricionariedade.⁸⁰ Esta postura influencia a leitura que faz a autora sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Para ela, os conceitos jurídicos indeterminados podem, ou não, conduzir à discricionariedade. Afirma que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser conceitos de *experiência* (ou *empíricos*) e conceitos de *valor*; no primeiro caso, após a interpretação procedida pelo administrador, o conceito torna-se preciso e não há margem à discricionariedade, mas, no conceito de valor, existe, após a interpretação, um “campo nebuloso”, e a sua definição procede por uma *apreciação subjetiva* que caracterizaria a discricionariedade.⁸¹ De tal sorte, para a Autora, os conceitos de *experiência* são amplamente passíveis do controle judicial, mas, para os conceitos de *valor*, o controle judicial “é apenas um controle de contornos de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico”.⁸²

Segundo Germana de Oliveira Moraes, os conceitos jurídicos indeterminados são ou vinculados ou não-vinculados, e estes últimos podem, ou não, ser discricionários. Vinculados são aqueles cuja aplicação conduz a uma única solução possível; os não-vinculados são os cuja aplicação pode ensejar mais de uma solução razoavelmente sustentável juridicamente, e serão discricionários quando apresentam um “‘conflito axiológico’, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica”. E há os conceitos jurídicos indeterminados não-vinculados, chamados de “conceitos de prognose (ou conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados)”, porque não

⁷⁹ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 97.

⁸⁰ Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 87.

⁸¹ *Ibidem*, p. 98.

⁸² *Ibidem*, p. 101-102.

apresentam uma valoração comparativa dos interesses. “São conceitos cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízo de prognose”, e, como exemplos, cita o exame do funcionário após o estágio probatório e a utilidade de uma coisa para fins de doação como bens inservíveis para o Poder Público.⁸³

Germana de Oliveira Moraes aduz que:

Não há como negar a existência de uma categoria de conceitos jurídicos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. A melhor base teórica para a identificação desses conceitos insindicáveis judicialmente é aquela proposta por Walter Schmidt e aprimorada por Sérvulo Correia: as decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impassíveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno. Neste ponto, calha assinalar que, muito embora as noções de discricionariedade e de conceitos jurídicos indeterminados sejam inconfundíveis, guardam entre si alguns pontos de interseção. Surge, pois, após a busca da compreensão das razões de origem da diferenciação entre essas categorias jurídicas, a partir do estudo da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, a necessidade de correlacioná-las. Assim, faz-se necessário, com o fim de posteriormente delimitar as fronteiras do controle jurisdicional da atuação administrativa não vinculada, de antemão, estabelecer as correlações entre discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.⁸⁴

Como produto da indeterminação do suposto de fato normativo e da indeterminação das consequências jurídicas, encontram-se a doutrina de Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, Weida Zancaner, Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Carlos Ari Sundfeld.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade está na hipótese da norma, no seu mandamento ou na sua finalidade.⁸⁵

Decorre da *hipótese* da norma quando os pressupostos de fato (*motivos* conforme terminologia adotada pela doutrina francesa) por ela enunciados – como autorizadores ou exigentes de um dado comportamento – forem expressos através de conceitos *práticos*. A presença dos conceitos jurídicos indeterminados pode gerar

⁸³ *Controle jurisdicional da Administração Pública*. p. 70.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁸⁵ *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

discricionariedade diante da “zona cinzenta” e quando restar impossível a redução da indeterminação através da interpretação.

No conseqüente normativo, ocorrerá discricionariedade quer hajam sido utilizados conceitos *práticos* ou *teóricos*; na hipótese legal, quando a norma *facultar* (e não *exigir*) um determinado comportamento, ou quando conferir ao administrador a missão de decidir sobre a providência a ser adotada, de maneira a que tenha que eleger uma dentre duas ou mais alternativas. Poderá ocorrer discricção quanto à *finalidade*, quando esta vier expressa através de conceitos *práticos* ou *indeterminados*. Apesar de aceitar como fim do ato administrativo a realização do *interesse público*, pontifica que, em várias oportunidades, a apreciação do que seja este interesse comporta certa margem de apreciação subjetiva. Celso Antônio Bandeira de Mello distingue *finalidade* (a qualificação do interesse público) de *fim* (este, sempre vinculante), aceitando certa margem de discricionariedade naquela sempre que, operada a interpretação, ainda restar campo nebuloso irreduzível.

Em se tratando do *mandamento*, a discricionariedade terá lugar sempre que a norma facultar um comportamento ou quando atribuir ao aplicador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente tomada, não importando se foram utilizados conceitos *práticos* ou *teóricos*, na linguagem de Queiró.

Quanto à *forma*, invólucro sob o qual o ato se apresenta, tem cabimento sempre que a lei não dispuser sobre forma determinada.

Um exame mais rigoroso da matéria vai revelar que toda a questão da discricionariedade está estreita e indissoluvelmente ligada a dois tópicos: (i) ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade – dentro dessa linha de raciocínio deve-se dizer que as normas jurídicas se constituem em uma disciplina da conduta humana mediante a qual, a fim de atingir certas finalidades, são facultados ou exigidos certos comportamentos dos sujeitos de direito; (ii) ao exame do caso concreto.⁸⁶

Ter-se-á discricionariedade quando a norma reguladora carecer de precisão porque: (a) não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo, deixando-a ao inteiro critério da Administração; (b) a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos,

⁸⁶ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 22

fluidos, imprecisos e, portanto, insuscetíveis de redução à objetividade total; (c) independentemente de haver precisão da situação (não importando que tipo de conceito tenha sido utilizado) a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estabelecer um dever de praticar determinado ato, ou ainda; ou (d) se o objetivo legal foi descrito de forma apenas genérica (o “*interesse público*”) ou, sendo específica, padecer de certa precisão (ex: “*moralidade pública*”, “*salubridade pública*”, “*ordem pública*”).

O segundo caso respeita ao exame do caso concreto, pois a existência de norma ensejadora da liberdade administrativa não é o bastante para concluir-se pela existência de discricção na prática de um determinado ato. É requisito indispensável, necessário, mas não suficiente, porque seria exagero afirmar que tais conceitos pudessem sempre adquirir densidade suficiente, dissipando por inteiro possíveis dúvidas. “Algumas vezes isto ocorrerá. Outras, não”.⁸⁷

Ocorre que nesses conceitos vagos, indeterminados, existe uma zona de certeza (positiva e negativa) na qual ninguém duvidará do cabimento, ou não, da aplicação do conceito, e haverá uma zona circundante, de penumbra, onde as dúvidas não poderão ser solucionadas objetivamente.

Se a adoção de conceitos indeterminados puder ser mecanismo de atribuição de discricionariedade, esse efeito decorrerá independentemente da posição do conceito na norma atributiva de competência, na hipótese ou no mandamento.

Sempre que o administrador se defrontar com situação que comporte atuação razoável, mesmo que outra seja admissível, estará agindo em conformidade com o ordenamento jurídico, “dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava”, não cabendo reprimenda do Judiciário. É aí que haverá “um contraste de intelecções, igualmente possíveis”.⁸⁸

A noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos.⁸⁹

⁸⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 22.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 27-28.

Após analisar os ordenamentos jurídicos alemão, espanhol, italiano, português e brasileiro, Dinorá Adelaide Musetti Grotti entende que as posições extremadas que conferem, ou não, discricionariedade na existência de conceitos jurídicos indeterminados “oferecem soluções por demais simplistas” a uma questão tão complexa.⁹⁰

Ela concorda que, diante de conceitos jurídicos indeterminados, deve-se, inicialmente, proceder à interpretação da norma, posto que se pode, ou não, chegar a uma zona de certeza; porém, reconhece a existência de casos em que é cabível mais de uma interpretação, “não se podendo afirmar objetivamente que uma opinião divergente daquela que se tenha será errada”, e, então, o administrador agirá no uso da discricionariedade.⁹¹

O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o critério de razoabilidade e a interpretação, feita contextualmente, em regra, afunilam a trilha a ser percorrida pelo administrador.⁹²

1.6 Discricionariedade e o caso concreto

A discricionariedade administrativa é um tema relacionado ao exame da norma jurídica e ao exame do caso concreto, cada qual com suas peculiaridades.

A existência de competência discricionária na norma jurídica não é suficiente para que o administrador decida mediante critérios subjetivos de conveniência e oportunidade; deverá haver a análise do caso concreto. A ocorrência de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente, para que ocorra no caso concreto. A previsão da discricionariedade na estática do Direito não assegura sua existência na dinâmica do Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello admite que a discricionariedade é

apenas a *possibilidade* – aberta pela dicção legal – de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma “*certa*” (ou “*relativa*”)

⁹⁰ Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. In: Maria Helena Diniz (coord.). *Atualidades jurídicas* 2. ed, São Paulo, Saraiva, 2000, p.133.

⁹¹ *Ibidem*, p. 134.

⁹² *Ibidem*, p. 139.

margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam; seja para (b) produzi-lo ou abster-se; seja para (c) eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expedir o ato “x” ou “y”); seja para (d) resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo; seja para (e) revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isto na *medida, extensão e modalidades* que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando *comportado pela situação concreta* que lhe esteja anteposta.⁹³

Ao final, conclui que a discricionariedade não se localiza apenas na estrutura lógico-normativa da norma, ou seja, enquanto estática, mas também na dinâmica, mediante análise do caso concreto, “pois a discricção ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão”.⁹⁴

A discricionariedade é sempre *relativa*, não apenas pelo fato de só poder referir-se aos tópicos autorizados pela lei, mas, também: (a) por só poder ser exercida conforme a finalidade estabelecida na lei para exercício da competência; (b) em razão dela só existir na medida e extensão legais; (c) pelo fato de que, apesar da lei haver utilizado expressões vagas e fluidas ou imprecisas, não poder desprender-se das zonas de certeza positiva e negativa, nem do entendimento havido pela sociedade em dito contexto; e (d) diante do fato de que, frente à concretude de determinada situação, esta margem de liberdade pode até desaparecer, se só um comportamento apresentar-se como justo e adequado.⁹⁵

O administrador, ao interpretar a norma, irá necessariamente avaliar os fatos e isto fará com que a indeterminação de um conceito se transforme em uma certeza, restando apenas uma possibilidade de atuação.

O ato poderá, em tese, comportar mais de uma atuação, porém, se diante do caso concreto restar apenas uma alternativa, tal ato deverá ser controlado pelo Poder Judiciário como ato vinculado.

⁹³ *Curso de direito administrativo*. p. 908.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 909.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 910.

CAPÍTULO 2 “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA” E AS CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA ESTRANGEIRA PARA O EXAME DA MATÉRIA.

O impacto do avanço tecnológico e a exaltação de conhecimentos técnicos em todos os ramos da ciência, ocorridos na última quadra do século passado, acabaram influenciando a legislação reguladora da atividade administrativa – cada vez mais marcada pela utilização de conceitos técnicos – e acarretando a necessidade de tecnificação⁹⁶ dos órgãos e decisões administrativas para viabilizar o atendimento a interesses e anseios de diversos grupos sociais.

Via de consequência, o direito administrativo sofreu grande influência de princípios das ciências econômicas e da ciência da administração, que levaram a dois grandes resultados: de um lado, a formação do chamado direito administrativo econômico e, de outro, a preocupação com princípios técnicos, mais próprios da ciência da administração, significando um retorno a uma fase anterior em que já houve a confusão entre institutos e princípios jurídicos, próprios do direito, e os aspectos puramente técnicos, mais ligados à ciência da administração, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁹⁷

Nesse contexto, Sérgio Guerra afirma que, diante de um novo quadro em que a tecnicidade apresenta-se com frequência na sociedade contemporânea, foi sendo reconhecida com o tempo, ou ao menos tolerada, de um modo ou de outro, nos ordenamentos jurídicos dos países de constitucionalismo avançado, alguma forma de deslegalização ou delegação normativa do legislativo a órgãos e entidades descentralizadas do Poder Executivo.⁹⁸

Não há uniformidade sobre o significado da expressão “discricionariedade técnica” na doutrina estrangeira e nacional. Nas palavras de Antonio Francisco de Souza,

a natureza e dimensão desta discricionariedade técnica varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela

⁹⁶ Este conceito é empregado pela doutrina para identificar a inclusão das atividades profissionais de alta complexidade técnico-científicas extrajurídicas na atividade do Estado.

⁹⁷ *Direito administrativo*, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

⁹⁸ Discricionariedade administrativa: limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas, In: Alexandre Santos Aragão; Floriano de Azevedo. Marques Neto (coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Forum: Belo Horizonte, 2008, p. 239

permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso.⁹⁹

2.1 A origem da expressão “discrecionalidade técnica”

A expressão discrecionalidade técnica foi utilizada pela primeira vez por Bernatzik¹⁰⁰, em 1884, para englobar as situações em que, embora não tratando propriamente de decisões discricionárias, deveriam, dada sua alta complexidade técnica, ser retiradas do controle jurisdicional.

Sustenta esse autor que a Administração age como um técnico no exercício da atividade discricionária, a qual envolve livre apreciação na busca pelo atendimento do interesse público. Assim, o controle do juiz nas questões conferidas à livre apreciação técnica do administrador seria, na verdade, o mesmo que a admissão de um “outro juízo” técnico, materialmente administrativo, por parte do órgão judiciário, isto é, a substituição de um juízo administrativo por outro, e não a admissão de um controle de direito.¹⁰¹

A visão inicial era a de utilizar a expressão “discrecionalidade técnica” para designar uma decisão que, por estar livre de qualquer revisão judicial, tinha na vontade da Administração a última e irreversível palavra.

A ideia de “discrecionalidade técnica” não prevaleceu por muito tempo nem na Áustria, onde teve origem, nem na Alemanha. Na verdade, nestes países o tema foi tratado de forma conexa com o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, oscilando entre aceitar, ou não, nesses casos, certa margem de discrecionalidade. Para alguns, o conceito indeterminado confere à Administração uma liberdade de opção; para outros o emprego do conceito indeterminado, na lei, constitui mero problema de interpretação, cabendo à Administração a escolha da única solução correta. Sendo problema de interpretação, ao Judiciário é sempre possível apreciar

⁹⁹ *A discrecionalidade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 307.

¹⁰⁰ BERNATZIK, E. *Rechtsprechung und materielle rechtskraft*. Viena, 1886, apud SOUZA, A. F. *A discrecionalidade administrativa*. p. 76.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 1-46, apud *Ibidem*, p. 311.

o ato. Esse foi o entendimento que acabou por prevalecer nos Tribunais administrativos Alemães.

2.2 A natureza e dimensão da discricionariedade técnica na doutrina estrangeira.

Não pretendemos fazer uma aprofundada análise do Direito Comparado e exaurir o tema no Direito Administrativo estrangeiro. Todavia, convém fazer breve exposição das doutrinas italiana, espanhola e norte-americana, que têm inspirado doutrinadores pátrios, para ali se colherem elementos e subsídios que permitam uma análise mais aprofundada, no Direito brasileiro, sobre a chamada “discricionariedade técnica”.

2.2.1 Direito italiano

Os autores italianos foram os que mais se dedicaram ao esclarecimento conceitual da “discricionariedade técnica”. A discussão sobre o tema foi realizada de forma aprofundada na doutrina italiana, onde a distinção entre “discricionariedade técnica” e discricionariedade administrativa surge como instrumento para resolver as questões relacionadas aos conceitos jurídicos indeterminados.

Para os doutrinadores daquele país, a discricionariedade administrativa é considerada a discricionariedade pura, autêntica, enquanto a “discricionariedade técnica” é apontada como um tipo de discricionariedade imprópria.

Frederico Cammeo defendeu, inicialmente, a ideia de que a “discricionariedade técnica” era uma forma de discricionariedade de menor amplitude.¹⁰² Sua primeira versão de discricionariedade técnica aparece na obra

¹⁰² Domingo Juan Sesin diz que a discricionariedade técnica, desenvolvida na Itália a partir do início do século XX, foi defendida por Cammeo que sustentava que a atividade regrada vincula-se aos “fatos simples”, enquanto os “fatos complexos” relacionam-se com uma “norma imprecisa” e, por isso, a determinação no caso concreto do que é “insalubre”, “inadequado”, “indigno” etc. caracteriza a “discricionariedade técnica” (Determinación del interés público. Actividad reglada o discrecional. Intensidad del Control Judicial en

*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*¹⁰³, onde o autor parte da distinção entre normas que exigem uma apreciação de fatos simples e normas que exigem a apreciação de fatos complexos. Para o autor, quando a norma que regula a atuação da Administração exige para a sua aplicação uma verificação de fatos simples, a aplicação da norma dá lugar a uma única solução e não há margem para a discricionariedade administrativa. Mas a norma pode regular a atuação da Administração de forma imprecisa e, em tais casos, para a sua aplicação será preciso verificar a existência de fatos complexos. Nesta hipótese, a Administração Pública não pode simplesmente constatar sua existência ou inexistência, havendo uma diferença com relação à atividade regrada e a discricionariedade pura. No caso de fatos complexos, a norma não aponta com precisão as regras com as quais a Administração deverá atuar, pois deverá proceder conforme critérios particulares.

Desta forma, inicialmente, para Cammeo, a discricionariedade técnica designa os casos em que se procede à aplicação de uma norma imprecisa e, em tais situações, a Administração deverá utilizar critérios próprios da técnica administrativa. Assim, a diferença está no fato de que, na discricionariedade pura, existe uma verdadeira liberdade de decisão e, portanto, uma capacidade de criação, ao passo que na discricionariedade técnica a Administração Pública deverá proceder conforme critérios técnicos-administrativos.

Posteriormente, na obra *Corso di Diritto Amministrativo*, Cammeo mudou seu entendimento, admitindo que a discricionariedade técnica surge também das normas imprecisas, mas o que a caracteriza não é apenas a aplicação de critérios técnicos-administrativos, mas a necessidade de recorrer também a critérios de oportunidade e decidir de acordo com o interesse público. Desta forma, diferentemente do que apontava na primeira versão, a discricionariedade técnica não é substancialmente distinta da discricionariedade pura ou administrativa; é, unicamente, uma discricionariedade de menor amplitude, pois se encontra delimitada por uma norma imprecisa. Admite, por consequência, que a discricionariedade técnica não deve ser objeto de controle judicial, pois requer a valoração de conveniência e oportunidade e do interesse público envolvido.

Derecho Administrativo. *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica*. Buenos Aires, n. 47, mar. 2004, p. 166 e ss.).

¹⁰³ Milano: Casa de Vallardi, s.d.

Por sua vez, Presutti rechaça o elemento de apreciação do interesse público como característica da discricionariedade técnica e elabora um conceito mais nítido, segundo Eva Desdentado Daroca.

Para Presutti, a discricionariedade pura se caracteriza pela existência de um momento de apreciação do interesse público e a discricionariedade técnica, por ser distinta da discricionariedade pura, não pode incluir o elemento da oportunidade. Por isto, Presutti restringe a utilização da noção de discricionariedade técnica para designar somente os casos em que a aplicação da norma imprecisa requer um juízo acerca da medida e da intensidade com que um determinado atributo se dá em um fato.¹⁰⁴

Em suma, a discricionariedade técnica outorga à Administração um poder, mas se trata de um poder diferente do atribuído na discricionariedade administrativa, pois não se trata de um poder para a apreciação do interesse público concreto, mas unicamente para levar a cabo uma valoração dos fatos, e que está reservado com exclusividade à Administração Pública, à qual os tribunais não podem substituir.¹⁰⁵

Com o tempo, houve considerável avanço na concepção de discricionariedade técnica na Itália, pois a doutrina reduziu o conceito apenas aos casos cuja aplicação da lei necessita de uma apreciação conforme critérios técnicos, excluindo, portanto, do conceito, os critérios de experiência comum.

Segundo Massimo Severo Giannini, o poder discricionário admite sempre uma escolha, dentre muitas possíveis, significando esta escolha “*um juízo de oportunidade*”, porém, a autoridade deve sempre atender ao interesse público pertinente à sua competência, daí a sua natureza finalística, e ponderar comparativamente os muitos interesses secundários em relação a um interesse primário.¹⁰⁶

Aderiu Giannini à doutrina dominante que distingue atividade administrativa e atividade técnica, destacando que a “discricionariedade técnica” é entendida:

não em relação ao interesse público, mas em relação às regras, aos ensinamentos das disciplinas técnicas, enquanto a discricionariedade em sentido próprio é entendida somente em relação ao interesse público: reconhece-se que em ambas se encontra uma apreciação

¹⁰⁴ DAROCA, E. D. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: um estudo critico de la jurisprudência*. 2 ed. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 34.

¹⁰⁵ *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, Torino, 1910, apud DAROCA, E. D. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio critico de la jurisprudencia*. p. 35.

¹⁰⁶ *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1939, p. 52.

de oportunidade, mas a discricionariedade técnica dá lugar a uma valoração de tipo científica, concernente ao fenômeno natural em si, não em coordenação com os outros fenômenos sociais; a discricionariedade em sentido próprio dá lugar a uma valoração de tipo político, em que o fenômeno é não mais do tipo natural, mas social, relacionado a um grupo de outros fenômenos sociais.¹⁰⁷

Assim, a “discricionariedade técnica” já não se refere à valoração de qualquer tipo de conceito jurídico indeterminado, mas se reduz àqueles conceitos cuja aplicação precisa de uma apreciação conforme critérios técnicos, o que excluiria os conceitos que se concretizam de acordo com critérios da experiência comum. Para Giannini, em última análise, a “discricionariedade técnica” é uma especial aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados por exigir o emprego de critérios técnicos, como, por exemplo, “substância tóxica”, “grave alteração psíquica” etc., o que o leva a criticar como inconciliáveis as palavras “discricionariedade” e “técnica”.

De acordo com Eva Daroca,¹⁰⁸ para o autor, as diferenças entre discricionariedade técnica e pura podem resumir-se da seguinte forma: (a) na discricionariedade técnica não há nunca uma ponderação ou eleição de interesses; (b) na discricionariedade técnica a Administração recorre à utilização de critérios técnicos; e, (c) enquanto na discricionariedade administrativa convivem juízo e vontade, na discricionariedade técnica é realizada uma atividade de mero juízo em que não há a interferência da vontade.

Para Giannini, a discricionariedade não se confunde com a aplicação de aspectos técnicos. Em suas palavras, “são totalmente inconciliáveis”: a partir do momento em que a Administração utiliza-se de conhecimentos técnicos específicos, não há espaço para opinião, para liberdade de decisão, até mesmo nos casos de definição de conceitos jurídicos indeterminados constantes na norma. A aplicação da discricionariedade poderá ocorrer em um momento posterior à apreciação técnica a que se remete a norma.¹⁰⁹

Pontua que a utilização do termo “discricionariedade” para este tipo de atividade administrativa é um erro conceitual histórico, que tem origem em uma

¹⁰⁷ *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. p. 53.

¹⁰⁸ *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: um estudo critico de la jurisprudencia*. p. 37.

¹⁰⁹ Dessa opinião, compartilham R. Alessi (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966, p. 244), J. A. García-Trevijano Fos (*Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968, p. 423) e F. Sainz Moreno (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 267 e ss.)

época que os tribunais se consideravam incompetentes para fiscalizar ou controlar os juízos técnicos de um órgão administrativo. Dessa forma, deve-se evitar a utilização do termo, para que não ocorram erros de entendimentos conceituais acerca de atividades realmente discricionárias.¹¹⁰

A seu turno, Sandulli entende que o exercício da discricionariedade técnica pela Administração ocorre quando a apreciação dos fatos previstos pela norma jurídica no caso concreto se faz mediante critérios técnicos específicos, como para “determinar a periculosidade de um edifício, o caráter artístico de um quadro ou a idoneidade de um candidato”. Assim, a discricionariedade técnica diferencia-se da discricionariedade pura, pois em seu exercício há valoração de fatos sem juízo de oportunidade. E diferencia-se da apreciação técnica porque, enquanto esta produz uma única solução possível, aquela se mostra inoperante para produzir apenas um resultado certo, deixando uma margem de subjetividade para o aplicador realizar a melhor escolha para o interesse público.

Pondera, ainda, que não há controle judicial sobre qualquer discricionariedade administrativa, inclusive a técnica. Isto se justifica no fato de que a ausência de previsão legal que possibilitou a escolha administrativa, tornou-a extrajurídica e, portanto, não passível de apreciação pelo Judiciário.¹¹¹ Tal tese é refutada por Marzuoli, que explica que não é a ausência normativa de regulação de determinadas atividades que estimula o juízo de oportunidade.¹¹²

Eva Daroca pontifica também que o termo “discricionariedade técnica” tem sido utilizado na Itália para fazer referência a atividades administrativas especialmente complexas, em que existe um intenso relacionamento entre discricionariedade e aspectos técnicos, como, por exemplo, o urbanismo, que dificilmente pode ser classificado como atividade técnica de maneira geral. A utilização do termo neste sentido é imprópria e gera confusões.¹¹³

Para essa autora, o conceito jurídico de “discricionariedade técnica” não é claro e determinado, causa confusão e utilizações impróprias, não havendo acordo doutrinário sobre seu significado.

¹¹⁰ GIANNINI, M. S. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 271.

¹¹¹ SANDULLI, A. M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Ed. Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1995, 595-596.

¹¹² MARZUOLI, C. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*. Giuffrè, Milano, 1985, pg. 6.

¹¹³ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: um estudo crítico de la jurisprudência*. p. 45-61.

Na atual doutrina italiana, há quem defenda o desaparecimento do termo – como Cerulli, Irelli, Parodi, G. Torregrossa e Pietro Virga –, e quem considera tratar-se de uma noção inadequada e imprópria – como G. Pelagatti.. Por isso, deixaram de lado sua noção clássica para centrarem seus estudos na relação e interação do exercício discricionário com as apreciações e juízos técnicos, tirando o foco da discricionariedade e passando a se interessar mais pelo emprego da técnica. Dentre os doutrinadores italianos adeptos desta nova corrente estão Bachelet, Ledda e Marzuoli.

Bachelet sustenta que a técnica não é característica de um tipo determinado de atividade administrativa, nem que é utilizada apenas com o exercício da discricionariedade. Ela é usada tanto no exercício discricionário quanto no vinculado. A técnica, por si mesma, não é relevante o suficiente para delimitar um tipo de atividade ou para se diferenciar das demais. Ela também não é capaz de apresentar soluções inequívocas, deixando sempre diferentes soluções para a Administração escolher por meio de critérios não-técnicos. Por isto, por mais que aspectos técnicos influenciem cada vez mais as decisões administrativas, o momento político e de oportunidade da discricionariedade não será eliminado. E isto se evidencia em alguns conhecimentos específicos, como nas ciências econômicas e financeiras, que possuem princípios impregnados de critérios de valor e políticos. Por exemplo, segundo Bachelet, as respostas econômicas podem ser derivadas da teoria clássica ou da keynesiana, dependendo da orientação política do órgão competente. Dessa forma, conclui a autora italiana, a valoração técnica carece de autonomia em relação à valoração discricionária, o que justifica a reserva de seu exercício à Administração.¹¹⁴

Para Ledda, de acordo com Eva Daroca, o exercício da discricionariedade distingue-se em dois momentos que não devem se confundir: um em que se realiza um juízo técnico e um em que se realiza um juízo de valor. Ou seja, a apreciação técnica não comporta juízos de valor, apresentando um caráter neutro. Assim, por vezes, em situações em que a valoração técnica oferecer o meio mais adequado, a Administração não poderá realizar juízos de valor, sendo obrigada a adotar a solução técnica indicada como a melhor, sem dispor de qualquer margem de discricionariedade. Uma decisão diferente deveria ser considerada “irracional”.

¹¹⁴ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, p 49-50.

Essas hipóteses não ocorrerão somente com normas que se remetam expressamente a critérios técnicos, mas também em casos em que a própria natureza do poder atribuído à Administração exija (“natureza das coisas”).¹¹⁵

Ademais, o mesmo autor reconhece que, em determinadas situações, o juízo técnico não oferecerá uma solução inequívoca, sendo necessária a opinião valorativa da Administração. Mas, de maneira geral, Ledda entende que a adoção de critérios técnicos no processo de decisão administrativa é uma atividade de caráter vinculante, não comportando qualquer discricionariedade.

Já Marzuoli incumbiu-se de estudar a história da discricionariedade técnica na jurisprudência italiana com o objetivo de identificar os traços característicos das apreciações técnicas e a *ratio* de sua irredutibilidade perante o controle judicial. Fez duas constatações. A primeira, que a discricionariedade técnica se traduz nas hipóteses em que há uma valoração conforme critérios técnicos, mas sem qualquer apreciação de interesse público. Ou seja, são hipóteses que não podem ser consideradas verdadeiramente discricionárias, mas que não oferecem uma solução única, deixando aberta uma margem de opinião, como, por exemplo, na determinação do justo preço expropriatório, ou na apreciação do valor histórico-artístico de um bem ou do valor paisagístico de um terreno. A segunda, que os tribunais ora consideram a valoração técnica de caráter reservado da Administração, ora não, exercendo um controle sobre essas atividades.

Duas considerações, duas conclusões. Uma, que, mesmo não sendo considerada discricionária, por tratar-se apenas de mera valoração de fatos de acordo com critérios técnicos, em alguns casos o controle judicial é subtraído, o que, segundo o autor, é dificilmente explicável. E outra, que deve existir outro fator diferente da técnica que afaste o controle judicial, já que nem todas as valorações técnicas são insuscetíveis de controle.

E prossegue, afirmando que a discricionariedade e a valoração técnica têm o mesmo tratamento, pois derivam do mesmo fenômeno: os fatos valoráveis ou opináveis. A valoração técnica, enquanto útil para o conhecimento de determinados fatos de um saber especializado, se realiza na base de critérios cognitivos. A técnica

¹¹⁵ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, p. 50-51.

nem sempre produz certeza, sendo que o operador da lei deve utilizar seus valores para decidir.

O caráter opinável, de atribuição de valores de um juízo, não pode ser suficiente para justificar a atribuição exclusiva da Administração, vez que o ordenamento jurídico atribui ao Judiciário a palavra final sobre uma decisão opinável. Este caráter, por si só, não exclui o controle judicial *a posteriori*. Deve haver um fator extra. Este fator seria, em alguns casos, a composição, a heterogeneidade, o maior número de opiniões e juízos que imprimiriam à Administração uma competência diferente da de qualquer setor profissional ou social. Outro fator relevante, que justificaria alguns tipos de valorações exclusivas da Administração, seria a comunicação mais direta com a sociedade, por meio da direção política e da participação cidadã. Além disso, a Administração representa mais adequadamente os valores sociais do que outros órgãos. Dessa forma, devido a essas características e meios peculiares, a Administração seria mais apta que outros poderes para valorar tecnicamente determinados fatos, evitando que o saber técnico seja utilizado como instrumento de imposição de valores de um grupo minoritário, ou de um determinado grupo social.¹¹⁶

O foco dos estudos de Marzuoli se centra na capacidade da valoração técnica gerar um âmbito de poder e determinar quem deve corresponder a este âmbito de forma mais próxima aos ditames dos princípios da democracia e do pluralismo. Quando podemos deduzir que a norma busca a valoração da atividade técnica exclusivamente pela Administração, esta valoração torna-se uma fonte de poder, escapando do controle judicial, uma vez que a Administração possui maior capacidade de reflexão dos valores sociais.

As lições de Marzuoli tiveram alguns pontos criticados por outros autores italianos, como Pelagatti e De Pretis. Pelagatti se insurge contra a distinção entre valoração técnica e política e a consideração de que juízos técnicos seriam juízos “assépticos”. Isto porque, segundo o autor, a conceituação clássica de técnica é contemporaneamente insustentável. Nos dias atuais, ocorre justamente o contrário: uma complexa relação entre técnica e discricionariedade, e uma tendência cada vez mais forte de tecnificação da eleição discricionária. Refuta, ainda, a ideia de que ciência e técnica possuem neutralidade, sob o argumento de que tal concepção

¹¹⁶ MARZUOLI, C. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*. Giuffrè: Milano, 1985, p. 191-219.

possui apenas a intenção de esconder a incindível relação entre o saber científico e a decisão política. Também afasta a utilização do princípio da representatividade como justificativa à reserva de poder para a Administração.¹¹⁷

Questiona De Pretis a operatividade científica da teoria de Marzuoli, pois o seu argumento de que a reserva de poder de valoração técnica da Administração se baseia na existência de fatos opináveis e a consequente necessidade de se valorá-los não se sustenta, uma vez que a base desse raciocínio está nos valores empregados, que, consequentemente, não podem ser a própria técnica. Por isto, a técnica não poderia ser um fator relevante para justificar a existência de um poder reservado. O fator relevante, portanto, é uma atividade administrativa de valoração que não se confunde com a discricionariedade, pois não há apreciação de interesse público, e não se confunde com a mera aplicação da lei, pois supõe atividade normativa inovadora por parte do aplicador da lei. Ou seja, a valoração administrativa é um terceiro gênero de atividade administrativa, distinta da discricionária e da vinculante, que possui como traço definitivo o caráter opinável, em que a Administração opera com valores de maneira reservada, atendendo a forma organizacional do aparelho administrativo. Dentro dela, estariam inseridas as valorações técnicas e as que são necessárias em virtude da existência de um conceito jurídico indeterminado.

Por fim, não podemos esquecer os ensinamentos de Renato Alessi:

A discricionariedade não constitui um poder especial da Administração, mas simplesmente um modo de ser dos poderes de ação jurídica conferidos pela lei, da forma exposta, à Administração, modo de ser que se refere à imprecisão dos limites dados ao poder de ação conferido, de maneira que permita uma esfera de apreciação em relação com o interesse público.¹¹⁸

Para esse autor, existem casos em que a apreciação do interesse público exige exclusivamente a utilização de critérios administrativos – hipótese em que se tem a discricionariedade administrativa – e, ao contrário, existem casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos e a solução de questões técnicas, que devem realizar-se segundo as regras do conhecimento técnico. Neste

¹¹⁷ PELAGATTI, G. Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina insupublicistica, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. VI, 1992, p. 138 e ss.

¹¹⁸ *Instituciones de derecho administrativo*. p. 187-189.

último caso, a solução é diferente, conforme os conceitos técnicos estejam, ou não, ligados a critérios administrativos. Quando há esta vinculação, a Administração faz um juízo de valor; caso contrário, não.

Alessi refere-se a duas situações em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos: (a) quando, baseando-se em informações oriundas dos órgãos técnicos, a Administração deve decidir operando uma apreciação conforme critérios de oportunidade e conveniência – a exemplo de determinado prédio que ameace ruir, expondo a população a uma situação de perigo, em que a Administração deverá decidir pela demolição, ou não; (b) quando, além da decisão dever basear-se em critérios administrativos, a utilização de determinado meio técnico também deverá ser feita pela Administração, com vista ao melhor atendimento ao interesse público – por exemplo, a escolha do critério técnico para proceder à demolição de determinado prédio. Nessas hipóteses, está-se diante de verdadeira discricionariedade, dada a liberdade de apreciação que é reconhecida à Administração.

Em outras situações, a Administração deve louvar-se exclusivamente nos laudos técnicos, não comportando valorações, a exemplo do caso de sacrifício de animais vítimas de determinadas doenças infecto-contagiosas, em que, constatada a doença, só resta à Administração determinar o seu abate.

Nesses casos, Alessi reconhece uma incompatibilidade entre os termos “discricionariedade” e “técnica”.¹¹⁹

Por todas essas razões, conclui que a discricionariedade técnica, para uns, “trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros, ainda, a sua natureza varia de caso para caso”.¹²⁰

2.2.2 Direito espanhol

No Direito Espanhol, prevaleceu, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que os conceitos indeterminados não geram discricionariedade,

¹¹⁹ *Instituciones de derecho administrativo*. p. 195-198.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 307.

cabendo à Administração encontrar a melhor solução. Merecem ser realçadas as posições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, que distinguem os conceitos utilizados pela lei em determinados e indeterminados:

Os primeiros são os que delimitam de forma precisa e inequívoca o âmbito da realidade ao qual se reportam: maioridade aos 21 anos, aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, etc. Os conceitos indeterminados se referem a uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisos no seu enunciado, não obstante a lei procure delimitar uma situação concreta: aposentadoria por incapacidade permanente, boa-fé, falta de probidade etc.¹²¹

Presentes os conceitos jurídicos indeterminados, existe, sim, tarefa inesgotável do juiz na indagação da aplicação do conceito, com a delimitação da única solução justa, sindicável pelo juiz, cujo exame se torna mais difícil, mas não chega a eliminá-lo.

Para Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, os conceitos jurídicos indeterminados, como estão na lei, sempre serão passíveis de concretude e uma só solução deve ser alcançada. No exercício da discricionariedade, o agente vai decidir, com base em conceitos que não estão na lei – como conceitos de economia, medicina, matemática, sociologia etc. –, razão pela qual não cabe ao juiz verificar sua legalidade. Por outro lado, se os conceitos indeterminados estão na lei e, portanto, são jurídicos, o juiz – como aplicador e intérprete da lei – tem total controle sobre sua legalidade e, por isso, não têm possibilidade de ensejar qualquer discricionariedade à Administração.

A tese de Enterría e Fernández se funda em uma rígida separação entre conceitos que estão, ou não, na lei, para concluir pela impossibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados gerarem discricionariedade.

Nos termos da doutrina até então propagada por García de Enterría e Fernández, a interpretação de qualquer tipo de conceito jurídico indeterminado dependia de uma operação cognitiva, e não volitiva, donde seria impossível advir uma hipótese para o exercício da discricionariedade, porquanto seria possível alcançar uma única solução justa. Diante dessa linha de pensamento, o controle judicial sobre a atividade administrativa é quase que total.

As dificuldades surgiram a partir do momento em que se entendeu que a noção de interesse público – essencial para a compreensão da função administrativa

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. p. 395.

diante das determinações constitucionais – também era um conceito jurídico indeterminado e, como tal, deveria gerar uma única solução exata para o caso concreto mediante um processo de interpretação. Se à Administração não mais restava a possibilidade de avaliar a melhor forma de definir e gerir suas próprias políticas públicas – porquanto se tratava de uma operação meramente cognitiva, mais do que se cogitar sobre o desaparecimento da discricionariedade administrativa, poder-se-ia cogitar sobre o fim da função administrativa.

Segundo tais autores:

há conceitos indeterminados que incorporam noções de experiência; outros, em troca, são conceitos de valor, como antes notamos. Os primeiros se dirigem para a apreciação de fatos (se o edifício está em ruína ou não) e, portanto, a competência do juiz para controlar sua aplicação é ilimitada, como se reconhece na doutrina alemã mais autorizada (WOLFF, BACHOF, STÖBER); os segundos, na medida em que implicam juízos de valor, sejam técnicos ('impacto ambiental') ou políticos ('interesse público', 'utilidade pública'), são os que proporcionam à primeira e decisória apreciação pela Administração uma presunção em favor de seu juízo dentro do 'halo' do conceito, presunção que, desde logo, não chega a excluir o controle judicial, ainda que limite suas possibilidades, já que o juiz deverá normalmente conformar-se com um controle dos limites ou dos excessos em que a Administração possa incorrer, e que a prova que se produza no curso do processo poderá eventualmente demonstrar.¹²²

Assim, Enterría e Fernández mudaram de opinião e passaram a argumentar que havia dois tipos de conceitos jurídicos indeterminados: aqueles referentes a normas de experiência, cuja apreciação depende de verificação de fatos, e outros representantes de valores, dos quais resulta uma interpretação administrativa dotada de caráter decisório. O controle judicial, portanto, é mais incisivo no primeiro caso do que no segundo. Dessa forma, abriram uma fresta para a admissão da ocorrência de discricionariedade administrativa ante os conceitos jurídicos indeterminados.

Sobre o assunto, Martín González diz que não há espaço para subjetividade quando a norma exige a utilização de critérios técnicos, pois a apreciação técnica é eminentemente objetiva, e, portanto, também não há escolhas (a técnica é a negação da livre escolha). Ainda que aparentemente não seja perceptível em um primeiro momento, em virtude dos conceitos indeterminados presentes na norma, a

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. p. 395.

atividade administrativa fica plenamente vinculada à norma (“determinação legal indireta”). A finalidade da norma não é deixar uma margem para Administração atuar com discricionariedade por critérios subjetivos, mas, ao contrário, para que realize valoração objetiva utilizando-se de critérios técnicos.¹²³

Por sua vez, Nieto García diz que a aplicação dos conceitos técnicos é cognitiva e não volitiva e, por isso, não há caráter discricionário nesta operação. Afirmar ainda que, em certos casos, como apreciações de provas ou exames, a decisão administrativa qualificada é jurisdicionalmente irreversível. Isto se justifica porque “nos encontramos diante de uma modalidade especialíssima de habilitação rigorosamente pessoal”. A norma não se remeteria a um conceito jurídico indeterminado, mas à própria valoração da Administração, como um poder reservado, de sua exclusiva competência.¹²⁴

Com relação à “discricionariedade técnica”, o tema foi estudado de forma profunda na obra *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (um estudo crítico de La jurisprudencia)* de Eva Desdentado Daroca. Entende a autora ser a discricionariedade a realização de eleições entre diferentes alternativas, com fundamento em uma potestade conferida pelo ordenamento jurídico em matéria que não foi plenamente regulada pelas leis. Sobre a “discricionariedade técnica”, ensina-nos Eva Desdentado Daroca que, por ser uma expressão utilizada para realidades tão distintas, não tem sido, ao longo de sua evolução, uma categoria clara, precisa.¹²⁵

Para a autora, a “discricionariedade técnica” cuida de toda atividade da Administração que se rege por critérios técnicos, o que engloba a atividade de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que se referem a conhecimentos especializados, mas também a toda atividade que reclama o emprego da experiência técnica. As apreciações técnicas são as atividades de busca de soluções a problemas práticos utilizando-se critérios técnicos (conhecimentos especializados). A característica principal desta apreciação é que não reside apenas na preferência do sujeito que a realiza, mas em critérios de natureza científica, o que

¹²³ MARTIN GONZÁLEZ, M. *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*. RAP, n. 54, 1967, p. 226-227.

¹²⁴ NIETO GARCIA, A. *Reducción jurisdiccional de La discrecionalidad em materia disciplinaria*. RAP, n. 44, 1964, p. 156.

¹²⁵ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. p. 28 e ss.

a qualifica como uma atividade objetiva. Se o método científico não oferece verdades absolutas, também não são opiniões apenas subjetivas.¹²⁶

Sistematiza o seu pensamento em três tipos de atividades nas quais os “critérios técnicos” têm relevância para a discricionariedade administrativa: (a) na “discricionariedade técnico-administrativa” a norma atribui à Administração a potestade de eleger o modo de atuar para realizar o interesse público e, para escolher uma das vias de atuação, a Administração necessita usar alguma técnica a fim de identificar os vários modelos de ação igualmente eficazes; (b) o mesmo ocorre quando as bases científicas não podem ser confirmadas porque a ciência encontra-se em estado pouco avançado ou porque se trata de uma atividade de prognose; e (c) diante dos conceitos jurídicos indeterminados que remetem a critérios técnicos, há o que ela denomina de “discricionariedade instrumental” como consequência da dificuldade de precisar a resposta correta.¹²⁷

Nos dois primeiros casos (a e b) há um controle judicial “negativo” em virtude da “discricionariedade forte” outorgada à Administração Pública, devendo o controle judicial restringir-se a verificar se os limites do ordenamento jurídico foram observados.

No último (c), não há “discricionariedade forte”, pois a norma não confere margem alguma para que a Administração eleja em função do que pareça atender ao interesse público de modo mais conveniente, pois o interesse público já foi estabelecido pela norma e consiste na consequência prevista com a ocorrência do suposto legalmente prescrito. Neste caso, não se trata de uma discricionariedade administrativa, nem de uma valoração não-discricionária, mas, sim, do que denomina *discricionariedade instrumental jurídico-técnica* (ou *discricionariedade de caráter puramente instrumental*). E acresce que, nesta última hipótese¹²⁸, é plenamente controlável pelo Judiciário – com a ressalva da existência do que chama de *conceitos jurídico-políticos*, que permitiriam à Administração decidir o que lhe parece mais conveniente ao interesse público. De modo geral, no caso da *discricionariedade instrumental jurídico-técnica*, a partir do instante em que a regulação jurídica utiliza conceitos que se referem a critérios técnicos, estes critérios integram o ordenamento jurídico e são, por conseguinte, parâmetros de legalidade

¹²⁶ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. p. 22.

¹²⁷ Ibidem, p. 63 e ss.

¹²⁸ Ibidem, p. 27.

que estão sujeitos ao pleno controle judicial.¹²⁹ Os Tribunais podem proceder ao controle porque, para superar o fato de não possuírem conhecimentos técnicos necessários, basta que determinem a realização de uma prova pericial.¹³⁰ E, diante do resultado da prova, o julgador valorará conforme as “regras de senso crítico”¹³¹, que caracterizam toda e qualquer interpretação a ser realizada pela atividade judicial.

Quanto à jurisprudência espanhola, Eva Desdentado Daroca¹³² observa que o Tribunal Constitucional espanhol, apesar de recusar o controle judicial pleno da valoração ou apreciação técnica, aceita e exerce o controle da base fática na qual se apóia a análise técnica.

Temos, ainda, na Espanha, a posição de Miguel Sánchez Morón¹³³, que admite uma “discricionariedade técnica” quando o administrador decide em função de valorações de natureza exclusivamente técnica ou de um saber profissional, científico ou técnico em sentido estrito, mas defende, em princípio, o seu controle judicial, salvo se a técnica combinar-se com a “discricionariedade política”, o que gera, para ele, outra espécie de discricionariedade, a “discricionariedade de planejamento” que assegura um núcleo de não-intervenção do Judiciário.

Como se vê, não há unanimidade no direito italiano e espanhol sobre o tema da discricionariedade técnica, fato este que enseja dificuldades para definir os limites do controle jurisdicional sobre os atos administrativos.

2.2.3 Direito Norte-Americano

É de suma importância a análise do sistema constitucional norte-americano, já que o seu modelo de agências reguladoras influenciou largamente o sistema brasileiro. Ademais, a chamada “discricionariedade técnica” constitui um dos pilares em que se baseou a discussão a propósito da função normativa das agências reguladoras.

¹²⁹ DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. p. 116 e ss.

¹³⁰ Ibidem, p. 119.

¹³¹ Ibidem, p. 127.

¹³² Ibidem, p. 95-96.

¹³³ *Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 92-93.

Com relação à “discrecionabilidade técnica”, o tema teve importância fundamental no Direito norte-americano na delimitação da competência das agências reguladoras, tanto para definir os limites de sua função normativa, como para estabelecer os limites do controle jurisdicional.

Na verdade, o Direito Administrativo nos EUA se centraliza, basicamente, na disciplina normativa dos poderes e dos processos de decisão das agências, bem como na regulação de suas relações com os Poderes Judiciais, Legislativos e Executivos, no exercício das respectivas funções.

As agências americanas são criadas por lei, que define suas atribuições, estabelece o procedimento a ser obrigatoriamente obedecido para a tomada de decisões e para a elaboração de suas normas, bem como para o controle pelo Congresso.

A lei criadora da agência é a fonte de seus poderes substanciais, chamados de *quase-legislativos e quase-judiciais*, pois define, não raro através de regras bastante genéricas, as suas funções, finalidades e deveres, consignando também as restrições materiais e adjetivas a serem observadas no processo de elaboração de suas decisões. Além das limitações advindas do diploma legal criador e de suas próprias regulamentações e decisões, as agências (no âmbito federal) devem observar os comandos da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), editada em 1946, como forma de incrementar a uniformidade e previsibilidade no modo pelo qual as agências cumprem sua função administrativa.

Desenvolveu-se nos Estados Unidos a técnica dos *standards*, pela qual a lei se limita a estabelecer parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, que a eles devem se conformar.

Três são os pilares do modelo das agências reguladoras norte-americanas: a especialização, a neutralidade, e a descentralização técnica.

A ideia de especialização surgiu como consequência do crescimento do Estado, que se transformou em Estado do Bem-Estar. Com a implementação deste modelo, houve ampla intervenção do Poder Público na ordem econômica e social. Em virtude da complexidade de funções assumidas pelo Estado, tornava-se difícil, por intermédio de seus três poderes, exercer atividades tão variáveis, que poderiam

ser melhor desempenhadas por entes especializados, aos quais se atribuiu, limitadamente, uma parcela de cada uma das três funções do Estado.¹³⁴

Discorrendo sobre o direito americano, Rosa Comella Dorda aduz que:

ante a magnitude e a urgência da intervenção na economia, acreditou-se necessário aprovar leis com amplas cláusulas de delegação de competências, repletas de fórmulas vagas e conceitos jurídicos indeterminados, que permitissem aos correspondentes órgãos administrativos articular as fórmulas concretas de intervenção e ir adaptando-as às cambiantes condições do mercado.¹³⁵

Com relação à neutralidade, acreditava-se que as agências americanas, por gozarem de grande independência em relação ao Presidente da República, estariam fora das influências políticas, já que são dotadas de estabilidade em suas funções.

No tocante à “descentralização técnica”, reconhecia-se às agências reguladoras largo grau de discricionariedade técnica, sendo que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa das agências e estariam fora do controle do Poder Judiciário, a não ser que se tratasse de ato manifestadamente arbitrário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que estes três grandes pilares em que se baseou a instituição das agências reguladoras nos Estados Unidos – *especialização, neutralidade e discricionariedade técnica* – começaram a ser afetados a partir da década de 60.¹³⁶

Com relação à *especialização*, mudou o enfoque do interesse a proteger, porque, ao invés de proteger interesses setoriais, próprios de cada agência, deveria toda a Administração Pública passar a se preocupar com o *interesse público*. A complexidade dos novos interesses e dos problemas sociais não condizia mais com a ideia de especialização estrita das agências; os novos interesses exigiam

¹³⁴ Registra Gustavo Binenbojm: “na verdade, embora a Interstate Commerce Commission (ICC) – normalmente apresentada como a primeira agência reguladora independente norte-americana –, a Federal Trade Commission (FTC) e a Federal Radijo Commision (FRC) hajam sido criadas, respectivamente, em 1887, 1914 e 1926, foi somente com o New Deal que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da Administração Pública norte-americana. É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua expertise e por sua melhor capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é considerado, ainda hoje, o principal legado institucional do New Deal”. (*Uma teoria do Direito Administrativo*. p. 262-263).

¹³⁵ *Limites del poder reglamentario en el derecho administrativo de los Estados Unidos*: evolución de lo modelos tradicionales, controle judicial y técnicas de negociación. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, p. 25.

¹³⁶ Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: Marcelo Figueiredo; Valmir Pontes Filho (orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros. 2006, p 492.

conhecimentos multidisciplinares. Daí a paulatina submissão das agências à política governamental, e o consequente controle do Poder Executivo sobre as normas por elas baixadas.¹³⁷

A ideia de neutralidade, não inteiramente abandonada, foi acrescida da ideia de necessidade de juízos políticos de valor. Cresce em relação às agências exatamente pelo fato de, tradicionalmente, atenderem a interesses e pressões de grupos determinados. A tão apregoada independência das agências foi sendo minada por novas leis, aumentando as exigências relativas ao procedimento administrativo, com vistas a garantir a transparência e a participação do cidadão, além da demonstração de que a medida observa a relação custo/benefício.

A chamada “discricionariedade técnica”, que levava a excluir do controle judicial os aspectos técnicos da decisão e, inclusive, a matéria de fato – também foi afetada pela ampliação do controle judicial sobre os atos das agências. Para isto concorreu a aplicação dos princípios da motivação, da racionalidade e razoabilidade dos atos normativos (devido processo legal substantivo) e da proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. A ampliação do controle judicial se deu tanto em relação à *adjudication* (decisão do caso concreto) como à *regulation* (ato normativo).¹³⁸

De início, havia ampla liberdade na execução da lei, inclusive quanto ao modo de implementar a política consubstanciada na lei regente da agência, tanto através do desenvolvimento normativo de seus comandos como por via de ações concretas e individualizadas.

Atualmente, porém, o controle judicial dos atos praticados pelas agências reguladoras serve para controlar a implementação da política legislativa consubstanciada na aprovação da sua lei criadora, impedindo tais entes de atuar livremente, em descompasso com a obra legislativa. Diversamente dos demais controles existentes, de natureza política (controle executivo e legislativo), o controle judicial das agências objetiva investigar o processo racional de decisão adotado em cada caso apreciado.

Visando minimizar a potencialidade de abuso da *agency discretion*, mormente quando os *standards* substantivos são vagamente estabelecidos ou as situações

¹³⁷ *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. p 493.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 493.

fáticas são qualificadas de modo impreciso, a exigência judicial de consistência e racionalidade no processo administrativo de decisão é algo recorrente na revisão judicial.

Com isto, o Judiciário passou também a exigir a motivação das decisões para permitir o exame do caso concreto levado em consideração pela agência para a sua tomada de decisão e para possibilitar a verificação da racionalidade da decisão em relação aos fatos; o Judiciário não faz um juízo de oportunidade e conveniência, mas se limita a verificar se a decisão da agência levou em consideração todos os dados e conhecimentos obtidos. Para permitir esse exame, a exigência de motivação de todos os atos das agências tornou-se fundamental. O anterior procedimento informal de elaboração dos regulamentos pelas agências – baseado na ideia de sua especialização – acabou por se transformar em procedimento altamente formal, na medida em que, para facilitar o controle judicial, o Judiciário passou a exigir a demonstração de cada um dos pontos em que a agência se baseou para chegar à conclusão final.

As exigências procedimentais, derivadas das normas das agências, normas legislativas, ordens executivas, Constituição e da *Common Law*, cumprem relevante função externa, relativamente ao exercício da atividade administrativa no direito americano: permitem o controle do processo de elaboração da decisão, limitando a discricção outorgada legalmente às agências.

Com isto, embora se continue a reconhecer às agências reguladoras americanas competência normativa para disciplinarem aspectos técnicos inseridos em sua esfera de atuação, o processo de elaboração das respectivas normas tem que ser documentado com todos os dados que permitam ao Poder Judiciário examinar a racionalidade da regulação diante dos fatos – ou seja, a correlação entre os fatos (motivos) e a decisão, sem falar na racionalidade das normas diante do *standard* contido na lei. O procedimento de elaboração das normas formalizou-se de forma intensa, pois a agência tem que se conformar à política governamental, deve se sujeitar a controle por outras agências ligadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo e contar com a participação dos interessados no procedimento.

Entretanto, veremos que não há respaldo no nosso ordenamento jurídico para a existência da chamada função *quase-legislativa*, amplamente aplicada pelo sistema americano, no qual os regulamentos baixados pelas agências têm força de

lei, são obrigatórias para os cidadãos, mas podem ser invalidados pelo Poder Judiciário se contrariarem a lei.

Ressaltamos, dessas breves considerações, os principais pontos de conflito na doutrina estrangeira trazida à colação. Assim, há os que enquadram a questão na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Outros vislumbram que a “discricionariedade técnica” está vinculada aos interesses públicos. Outra corrente sustenta que esta discricionariedade existe apenas nos atos com repercussões administrativas internas, havendo, ainda, os que entendem que ela não deve ser admitida, afirmando a existência de uma discricionariedade intermediária entre a pura e a técnica.

Na verdade, no direito italiano e espanhol ainda não há consenso acerca da correta aplicação da chamada “discricionariedade técnica”, ao passo que nos Estados Unidos as questões técnicas que envolvem os atos das agências reguladoras são tidas como atividades discricionárias diferentes das demais e com institutos de controle diversos.

CAPÍTULO 3 “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA” NO DIREITO BRASILEIRO

É inquestionável que o modelo de Estado adotado em certo local e em certo momento guarda uma estreita relação com as funções pertinentes à respectiva Administração Pública e, via de consequência, com o delineamento do próprio direito administrativo. Desta forma, verifica-se a pressão de uma parte da doutrina brasileira no sentido de ampliar a discricionariedade administrativa, fazendo renascer, inclusive, a ideia de “discricionariedade técnica” para reduzir o controle judicial sobre atos da Administração.¹³⁹

Ademais, as alterações efetuadas por conta da chamada Reforma do Estado, que levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, bem como a um redimensionamento de sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, acabaram alcançando o Estado brasileiro, que adotou como meta a redução de suas próprias dimensões.

Ao comentar o atual estágio do direito administrativo brasileiro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que hoje existem duas tendências opostas:

- a) de um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; por isso se diz que o direito administrativo atrapalha as reformas, porque ele se apóia no princípio da legalidade, que exige lei para dar fundamento a decisões administrativas; o princípio da legalidade também “atrapalha” a função normativa das agências reguladoras;
- b) de outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados ‘conservadores’, calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos 1 a 4 da Constituição.¹⁴⁰

E prossegue enfatizando que esta dualidade de tendências verifica-se com relação à chamada “discricionariedade técnica”, pois os da primeira corrente

¹³⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. p. 30.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 30.

defendem a impossibilidade de apreciação judicial, tendo em conta o envolvimento de aspectos técnicos que compete à Administração Pública definir. Os da segunda corrente defendem a possibilidade de apreciação judicial, por não se tratar de verdadeira discricionariedade, pois, se é técnica, pode levar a uma solução única com o auxílio de peritos. Assim, onde não existe possibilidade de opção para a Administração Pública entre duas ou mais soluções válidas perante o direito, não se pode falar em discricionariedade. Em consequência, a apreciação judicial é sempre possível.¹⁴¹

Não há uniformidade na doutrina brasileira sobre o tema da “discricionariedade técnica”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello admite a distinção entre “discricionariedade pura” e discricionariedade que chama de “qualificada”, mas não recomenda o uso do termo “discricionariedade técnica”, e, sim, a consideração de que há elementos técnicos que podem ser de “natureza flexível” e outros de “caráter rígido”; aqueles facultam a discricionariedade administrativa, estes se associam a poderes vinculados.¹⁴²

Para Eros Grau, é insustentável a existência da “discricionariedade técnica”, pois,

há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se manifestem; daí porque a administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto. Adoto, em relação a tal discricionariedade técnica, a exposição de Antônio Francisco de Souza: a) a definição do que seja “altamente técnico” é subjetiva, visto que não se pode responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter “altamente técnico”; b) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça – até porque não tem o dever de conhecê-las – pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá; c) da inegável dificuldade de controle de tais decisões não se pode extrair, em benefício da comodidade do juiz, mas com sacrifício da certeza e segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a Administração decida ao seu talante; essa liberdade somente pode a ela ser atribuída, diretamente, pela lei.¹⁴³

¹⁴¹ *Direito administrativo*. p. 30.

¹⁴² *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1. p. 488.

¹⁴³ Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, n. 93, p.115.

Também Régis Fernandes de Oliveira recusa a existência de “discrecionalidade técnica” porque o “elemento técnico” é pressuposto da competência discrecional.¹⁴⁴

Tércio Sampaio Ferraz Junior, em artigo versando sobre a função de regulação detida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, sustenta a existência de uma distinção entre a impropriamente denominada discrecionalidade técnica e a discrecionalidade técnica própria:

A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem de uma manifestação dos órgãos técnicos, não cabendo ao administrador senão uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração, recorre a critérios técnicos, como o de barreiras à entrada. ‘Prejuízo à concorrência’ é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discrecionalidade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc.) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso.¹⁴⁵

E conclui pela configuração dos atos de aprovação ou desaprovação daqueles de concentração por esse órgão regulador como sendo impropriamente chamados de discrecionalidade técnica, pois,

na verdade o CADE, ouvidas a SDE e a SEAE, com base no laudo técnico expresso pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro voto for vencido), toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre-concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes constitucionais e legais.¹⁴⁶

Na obra “O direito das agências reguladoras independentes” Marçal Justen Filho aponta a distinção entre “discrecionalidade técnica” e a discrecionalidade administrativa, afirmando que, no exercício da discrecionalidade comum, há

¹⁴⁴ *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88/89.

¹⁴⁵ Discrecionalidade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997. p 88.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p 90

ausência de solução predeterminada em lei conjuntamente com atribuição de autonomia para o administrador editar essa solução faltante, segundo seu juízo de conveniência, e, na chamada “discrecionariedade técnica”, a lei não autoriza escolha de natureza política para o aplicador, cabendo apenas a solução disponibilizada pela ciência.¹⁴⁷

Tal silêncio legal nas hipóteses do exercício da “discrecionariedade técnica” deriva: (i) da inadequação das discussões técnicas pelo Poder Legislativo, local de embates políticos e de ausência de conhecimento científico específico; (ii) da constante evolução do conhecimento científico, que acabaria tornando a lei obsoleta em espaços temporais relativamente curtos; e (iii) da inconveniência de se determinar solução genérica quando a ciência apresenta uma diversidade de soluções que devem ser escolhidas de acordo com o caso concreto. A norma legal estabelece parâmetros gerais e a Administração possuirá autonomia para solucionar a demanda de acordo apenas com critérios técnico-científicos.¹⁴⁸

Conclui que a diferenciação entre as duas discrecionariedades está na margem de autonomia atribuída ao agente aplicador da lei. Enquanto na comum o aplicador avalia a situação e escolhe a solução, na técnica o agente administrativo escolhe a melhor saída de acordo com razões técnico-científicas, não exercitando seu juízo de conveniência e oportunidade. O ponto comum entre ambas encontra-se apenas na ausência de solução legal predeterminada.¹⁴⁹

Destaca, porém, que o que se vê na prática é que dificilmente existirá uma única escolha técnico-científica que solucione o caso concreto. O aplicador acaba realizando, de um jeito ou de outro, um juízo de conveniência, até mesmo com a utilização de componentes políticos, para a escolha da melhor solução entre as apresentadas pela ciência. Até porque, segundo Marçal, a complexidade da realidade exige uma co-relação de ciências, teorias e conhecimentos para determinarem-se as escolhas mais próximas da finalidade pública. Exemplifica a questão com a determinação das taxas de juros pelo Banco Central: as técnicas da ciência econômica apontarão diversas soluções possíveis dentro do cenário real

¹⁴⁷ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 525-532.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 527.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 530.

apresentado, mas as consequências sócio-políticas da decisão é que determinarão a escolha da taxa.¹⁵⁰

O conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas. Haverá uma margem de escolhas, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral. Na verdade, o autor rejeita a concepção da discricionariedade técnica como uma atuação neutra, imune a valorações e exteriorizadora de juízos objetivos derivados imediatamente do conhecimento técnico-científico. Essa fórmula não descreve adequadamente a quase totalidade das hipóteses enquadradas no conceito de discricionariedade técnica. Isso não equivale a negar a existência de decisões fundadas em critérios técnicos. O que existe é a ausência de neutralidade em hipótese dessa ordem.¹⁵¹

3.1 Os sentidos da expressão “discricionariedade técnica”

César A. Guimarães Pereira fez aprofundado estudo sobre os vários sentidos da “discricionariedade técnica” e concluiu que há, pelo menos, cinco diferentes fenômenos usualmente designados como “discricionariedade técnica”.¹⁵²

A primeira alusão a essa terminologia refere-se a uma suposta liberdade da Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei. Dá como exemplo a expressão aposentadoria por “invalidez” e afirma que a definição sobre se alguém é, ou não, inválido, é realizada segundo critérios médicos ou psicológicos, não jurídicos nem de outra natureza.

O segundo sentido é o de denotar escolhas administrativas relacionadas a campos especializados de conhecimento. É o que ocorre quanto a um concurso público, em que se diz que a comissão de concurso detém “discricionariedade técnica” para o exame das provas.

¹⁵⁰ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 532.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 533.

¹⁵² Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

Uma terceira hipótese é a que envolve escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas. Nesse caso, há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa. É o que pode ocorrer em relação a certas decisões produzidas no âmbito do direito ambiental, em face dos resultados de um EIA/RIMA, na escolha da alternativa globalmente mais adequada.

O quarto sentido corresponde à situação na qual a Administração é chamada a formular escolhas com base em hipóteses científicas que não tenham podido ser objeto de corroboração. São casos em que a atividade administrativa é de prognóstico – apenas aferíveis segundo métodos de estatística – ou nos quais o conhecimento científico é insuficiente. As decisões produzidas a partir de EIA/RIMA também se podem enquadrar neste caso, em face do princípio da prevenção e precaução.

O quinto e último sentido destacado é o processual e corresponderia à suposta liberdade da Administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução é complexa. Haveria discricionariedade técnica na seleção dos fatos relevantes e na sua valoração, ou seja, na fixação dos padrões da instrução. Estaria nas escolhas voluntárias que ocorreriam mesmo quando a regulação substancial deriva da lei.

Para César Guimarães Pereira, o primeiro caso – remissão legal a conceitos técnicos – não envolve discricionariedade. O conflito que envolve determinado bem da vida já vem resolvido, de forma integral, no âmbito da própria lei, cabendo à Administração apenas a tarefa de cumprir a determinação legal. Tal como se dá com os conceitos jurídicos, a solução estará em determinar se o conceito técnico empregado na lei compõe a solução do conflito de interesses sobre o bem da vida, ou se, ao contrário, integra a atribuição de competência para que a administração resolva, ela própria, esse conflito.¹⁵³

No segundo caso, há que se separar duas hipóteses: ou o juízo técnico próprio da Administração é formulado como parte da regulação legal do bem da vida, ou compõe a própria regulação administrativa do conflito de interesse sobre esse bem. Em ambas as situações, a Administração é chamada a formular juízo próprio acerca de área especializada de conhecimento, mas com sentidos distintos.

¹⁵³ *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 256.

O caso da atribuição de notas técnicas em concursos é útil para o exame das várias fases envolvidas. Imagine-se que a lei atribua à Administração competência para realizar um concurso público para médicos. O conteúdo do programa do concurso será fixado mediante juízo discricionário (poderá ser mais ou menos amplo, e será controlável segundo os limites e formas de controle da discricionariedade administrativa). A elaboração das questões será objeto de juízo discricionário (controle de razoabilidade, causa etc.). Porém, a sua correção resulta de uma apreciação técnica, baseada no conhecimento médico especializado e passível de ampla revisão por parte do Poder Judiciário.

A terceira situação anotada como “discricionariedade técnica” é aquela em que há dois momentos na decisão administrativa: primeiro, um juízo técnico; depois, um juízo administrativo discricionário, que toma o juízo técnico como premissa.¹⁵⁴

Nesses casos, a separação é muito clara. O momento atinente ao juízo técnico envolve uma apreciação técnica da Administração, realizada (como no primeiro caso acima examinado) exclusivamente com base em critérios técnicos. A discricionariedade, neste caso, está na formulação de uma decisão a partir dos dados técnicos colhidos no primeiro momento.

O quarto caso, referido acima como um sentido possível de “discricionariedade técnica”, envolve, de fato, discricionariedade. É o caso em que a Administração é chamada a agir em matérias técnicas mesmo sem poder contar com um juízo técnico conclusivo e seguro. São situações em que a Administração deve realizar condutas de prognóstico (voltadas para o futuro e baseadas em juízos estatísticos) ou em situações de conhecimento insuficiente.¹⁵⁵

O quinto caso diz respeito a juízos supostamente discricionários que a Administração formularia por ocasião da instrução do processo administrativo. Não há dúvida de que a atividade instrutória é afetada por decisões próprias da autoridade que conduz. Porém, isso não significa que a autoridade detenha autonomia ou discricionariedade, ou que seja legítimo que a autoridade submeta o resultado da instrução às suas decisões próprias. A atividade instrutória é objeto de um dever da administração, que se deve realizar segundo critérios estipulados normativamente. Não há discricionariedade para a escolha dos meios de prova, ou para definição dos fatos a serem provados.

¹⁵⁴ *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*, p. 258.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 259.

Afinal, conclui que não há um regime próprio da “discricionariedade técnica” e que os problemas referentes a este tema são resolvidos mediante a disciplina própria da discricionariedade e as apreciações técnicas não guardam qualquer relação específica com a discricionariedade que pudesse justificar a manutenção da expressão “discricionariedade técnica”.¹⁵⁶

Acompanhamos as conclusões alcançadas por César A. Guimarães Pereira de que as situações fáticas descritas como “discricionariedade técnica” ou são simples apreciações técnicas ou mera discricionariedade administrativa sem um regime jurídico próprio.

De fato, devemos abandonar a expressão, que serve como fonte de equívocos, haja vista que faz supor que há juízos técnicos da Administração não sindicáveis pelo Judiciário, ou seja, de que há uma espécie de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa; e, ao contrário, todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricção.

Assim como ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados, as apreciações técnicas da Administração ensejam vinculação ou discricionariedade, conforme o caso. Quando o caso envolver aspecto técnico em que não há opção a ser feita por critérios de conveniência e oportunidade e não há valor envolvido, o termo “discricionariedade técnica” representa uma *contradicto in terminis*, já que não remanesce ao administrador margem de liberdade para adotar o comportamento que entenda mais adequado.

Não há dúvida quanto à possibilidade de ser exercido controle judicial sobre os aspectos técnicos do ato administrativo. Se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade, cabendo ao Poder Judiciário rever a decisão administrativa.

Os casos de apreciações técnicas que ensejarem uma escolha para a Administração pública em nada se diferenciam da discricionariedade administrativa. Quando os conceitos técnicos da lei ensejarem mais de uma solução válida, a questão deve ser solucionada da mesma forma que os conceitos jurídicos

¹⁵⁶ *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 265.

indeterminados. Situações existirão em que as apreciações técnicas conduzirão à discricionariedade, e outras, não.

Visto que não há unanimidade sobre o significado da expressão “discricionariedade técnica” e não há especificidade sobre o seu objeto, fato este que dá ensejo a grandes confusões, devemos abandonar o termo “discricionariedade técnica”, já que seu regime jurídico é o mesmo da discricionariedade administrativa.

3.2 A “discricionariedade técnica” e as agências reguladoras

Por influência precipuamente do direito norte-americano, foram criadas no Brasil as agências reguladoras, dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica que visa impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas através do exercício de um amplo poder normativo, fiscalizatório, sancionatório e de dirimir conflitos de interesses. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, mediante decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵⁷, a relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade, na qual a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe ampla margem de atuação que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado.

Sobre a competência normativa das agências reguladoras, parte da doutrina entende que a fonte constitucional das agências com poder regulador somente poderá ser estribada na Constituição, nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III. Outros posicionam-se, com algumas divergências, pela tese de que não há invasão de

¹⁵⁷ A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002. P. 15.

competência legislativa no exercício, pelas agências reguladoras, de atividade normativa que dê contextura aos princípios contidos na lei e precisão aos *standards* nela previstos.

A propósito, Sérgio Guerra assinala que:

a doutrina buscou, de certa forma, sistematizar um instituto que se amoldasse ao contexto jurídico-constitucional brasileiro pós-moderno para uma atuação executiva estatal diferenciada, incluindo a integração de conceitos jurídicos com indeterminações técnicas. Buscou-se enquadrar essa atuação do Poder Executivo com enfoque valorativo como sendo decorrente de uma discricionariedade técnica despida de valores, políticos e supostamente infensa ao controle de mérito pelo Poder Judiciário. [...] o termo “discricionariedade técnica” visa apenas a uma tentativa de limitação jurisdicional do controle de seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz.¹⁵⁸

Nas sociedades pluralistas e de massa dos dias de hoje ocorreu uma transição de uma fase legalista para outra de ‘legalidade temperada’, simpática à delegação normativa. O pluralismo multiplicador dos centros de poder fez surgir novas formas de normatização autônomas e semiautônomas, mais vantajosas e sucedâneas da norma legal. Portanto, diante desta nova realidade, para Guerra, devem ser repensados os princípios da legalidade e da separação de poderes, a fim de que o excesso de formalismo, ou seja, o legalismo, seja podado e a letra não sobressaia sobre o espírito da lei ou do dinamismo social.¹⁵⁹

Na opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro, dentre as características atribuídas às agências reguladoras, a função normativa vem sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano, visto que a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos. Para a autora, as duas únicas agências com previsão constitucional são a ANATEL e a ANP. Somente com relação a estas duas há menção à expressão “*órgão regulador*”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Discricionariedade administrativa: limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, A. S.; MARQUES NETO, F. A. (coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Forum: Belo Horizonte, 2008, p. 239.

¹⁵⁹ Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade. In: GUERRA, S. (coord). *Temas de direito regulatório* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 1-8.

¹⁶⁰ *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 419.

Com relação às demais, a delegação vem sendo feita pela lei instituidora da agência e, por isto mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador. Na verdade, tais agências somente podem baixar normas de efeito interno, para regular a própria atividade da agência, e normas para conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados, contidos na lei, sem inovar na ordem jurídica.¹⁶¹

Nessa trilha, Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que o verdadeiro problema das agências reguladoras é saber até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa, pois,

... dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma, cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada 'supremacia especial'.¹⁶²

De acordo com Marçal Justen Filho:

A tese da legitimação constitucional conduz a um resultado extremamente perigoso. Se a explícita previsão constitucional dá especial respaldo àquelas duas agências – e, por conseguinte, torna inadmissível a existência de outras – então tem de admitir-se a distinta natureza jurídica entre elas. Ou seja, as duas entidades previstas constitucionalmente não são meras autarquias, mas podem ser configuradas como figuras dotadas de outros caracteres. Autarquias seriam as demais figuras criadas legislativamente, sem previsão constitucional. Já aquelas com assento constitucional seriam entidades supralegais, às quais se assegurariam atributos jurídicos excepcionais.

¹⁶¹ *Direito administrativo*, p. 420.

¹⁶² *Curso de direito administrativo*, p.160.

Ou seja, o universo institucional passaria a contar com entes denominados 'órgãos reguladores' com dignidade semelhante a outros setores constitucionais

[...] Como não se proibiu genericamente a delegação, há de se entender que o legislador constituinte pretendeu reestruturar, a partir da nova ordem jurídica do País, todas as hipóteses de deslegalização, o que efetivamente vem ocorrendo a partir de então, tanto a nível constitucional quanto a nível legal.¹⁶³

Sobre a “discricionariedade técnica” das agências reguladoras, esclarece que a tecnicidade da atuação regulatória poderá funcionar como uma delimitação das alternativas disponíveis, criando-se uma margem de escolhas de soluções para o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade aplicadora da lei. Mas ela não produz uma única solução, ou, pelo menos, o faz raramente. Portanto, não há que se falar em neutralidade no exercício da discricionariedade técnica, a não ser nestes raros casos de solução única.¹⁶⁴

Dessa forma, admitindo a existência de juízo de conveniência e oportunidade na escolha da solução técnico-científica mais adequada ao caso concreto, Marçal defende o controle externo sobre o ato, pois, assim, se assemelha a qualquer ato administrativo discricionário. Logo, não há possibilidade de se afastar o controle administrativo e jurisdicional sobre as normas reguladoras, em respeito à própria democracia e aos princípios constitucionalmente consagrados.

O ato oriundo do exercício da “discricionariedade técnica” terá sua validade aferida por meio dos instrumentos tradicionalmente usados para outros atos, como a teoria dos motivos determinantes e a concepção do desvio de finalidade, sem contar que há necessidade de se motivar e justificar tecnicamente a escolha, além de se elucidar os limites técnicos empregados e obter-se a manifestação técnica de autoridades inquestionáveis no setor regulado.

Ainda podem ocorrer casos em que o tema, mesmo possuindo natureza técnica, envolva matéria relacionada a direito fundamental, de competência do Poder Legislativo. Nestes casos, não poderá ocorrer decisão isolada da Administração, afastando-se, assim, o exercício de qualquer discricionariedade. Marçal conclui alegando que

será inválida a decisão que ocultar a existência de um juízo de conveniência sob o manto da técnica. Se, em face da técnica, diversas alternativas existem, será viciada a decisão que o negar.

¹⁶³ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo, Dialética, 2002, p. 393.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 393.

Dito em outras palavras, a avaliação da conveniência que conduz à escolha de uma dentre diversas alternativas tem de ser exposta claramente e justificada, sob pena de caracterização de desvio de finalidade, erro de fato ou outro vício.¹⁶⁵

Egon Bockmann Moreira aduz que o plano ideal relativo à normatização das agências reguladoras estabelece-se em sua total imparcialidade, afastando-se dos administrados e do governo por meio de precisos parâmetros científicos, de caráter eminentemente técnico. É a neutralização das influências políticas com o fim de garantir estabilidade e segurança aos regulados.¹⁶⁶

Ocorre que a perigosa locução “discricionariedade técnica” pretende, além de legitimar decisão não-vinculante, suprimir o controle jurisdicional, com o que não concorda o autor.

A doutrina que defende a chamada “discricionariedade técnica” baseia-se em algumas premissas, tais como: (a) a “discricionariedade técnica” não trata do exercício da discricionariedade comum aos agentes públicos, mas de um gênero de atos criados em uma esfera de deliberação e escolha detida com exclusividade pela Administração, o que os torna intocáveis para terceiros, em virtude dessa característica técnico-científica; e (b) a definição de competências (portanto, através de lei) a pessoas determinadas (caso das agências reguladoras) para a regulação de temas específicos e complexos (telecomunicações, saúde, petróleo, energia, tecnologia da informação), que se tornam cada vez mais presentes nas tarefas diárias da Administração, tornaria difícil, senão impossível, o controle externo de decisões baseadas nesse conhecimento exclusivo e peculiar ao aplicador da lei.

Dessa forma, o Poder Judiciário, ao enfrentar o tema, deveria separar, em sua cognição preliminar, o que é exercício discricionário comum e o que é exercício de “discricionariedade técnica”, aferindo controle a esta apenas nos casos de “erros materiais” (“erros de cálculo”, “erros grosseiros”).

Segundo Bockmann Moreira, tais argumentos são desmistificados através de três conclusões: (i) “alta complexidade técnica” é um conceito altamente subjetivo, o que, por si só, gera controvérsias; (ii) não é porque um ato possui tecnicidade que o Poder Judiciário não é capaz de analisá-lo, uma vez que o juiz, no exercício de sua

¹⁶⁵ *O direito das agências reguladoras independentes*. p 395.

¹⁶⁶ Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de direito público da economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 2 abr./jun. 2003, p. 251-255.

jurisdição, pode socorrer-se de peritos e de outras formas probatórias pertinentes¹⁶⁷; (iii) no caso de se admitir o controle apenas quando presente o “erro manifesto”, além do mesmo ser também um conceito subjetivo, admitir-se-iam no universo jurídico atos, sem controle, eivados de “erro não-manifesto” (igualmente erro, porém tolerável).

Portanto, o controle judicial do ato administrativo não substituiria o exercício discricionário da Administração (técnico ou não) em sua elaboração, pois o juiz atua apenas na vedação de excessos e abusos eventualmente praticados. Dessa forma, no caso de decisão qualificada, tomada por agência reguladora, por exemplo, o núcleo duro da discricionariedade legal e legitimamente exercida permaneceria intacto, ainda que o controle judicial atue sobre o ato.

Também defendendo a inexistência de diferenças entre a “discricionariedade técnica” e a discricionariedade comum, Rafael Wallbach Schwind entende que o poder normativo das agências está intrinsecamente ligado à sua atuação técnica, vez que a regulação de setores econômicos demanda um conhecimento altamente especializado sobre os mesmos. Tal eficiência técnica é atingida mediante o exercício de três condições: (i) discussão prévia tecnicamente apurada; (ii) decisões regulatórias fundamentadas apenas em aspectos técnicos; e (iii) flexibilidade na edição e substituição de normas, acompanhando-se à mutabilidade de novas exigências financeiras e econômicas.¹⁶⁸

A complexidade dos temas enfrentados pela Administração no exercício da regulação criaria uma reserva técnica de discricionariedade, também chamada de “discricionariedade técnica”. Dessa forma,

pode-se referir à discricionariedade técnica como o entendimento segundo o qual haveria decisões administrativas que supõem um grau de especialização técnica tão elevado e complexo que apenas aqueles que tomam tais decisões mediante considerações altamente especializadas as poderiam valorar.¹⁶⁹

O conhecimento técnico-científico por si só não assegura uma única solução como a correta e definitiva. Invariavelmente, a decisão resulta tanto da cognição

¹⁶⁷ “Não existe decisão altamente técnica que não possa ser imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais cientistas e expertos”. In: MOREIRA, E. B. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de direito público da economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 2 abr./jun. 2003, p. 255.

¹⁶⁸ Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 231-251, out/dez. 2004, p. 235.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 245.

técnica como da conveniência e oportunidade, revelando-se, portanto, a existência constante de um componente político também nestas situações. Dessa forma, não há que diferenciar “discricionariedade técnica” da “comum”. Não existem regimes jurídicos que os diferenciem ou especifiquem. E mesmo quando ocorrer uma única alternativa de solução oferecida pela ciência, não estaremos frente a um exercício de discricionariedade, pois, para isso, deve haver juízo de conveniência e oportunidade.

As decisões tomadas fundamentalmente por aspectos técnicos sofrem duas importantes limitações: (i) dependem de participação da comunidade e (ii) não podem contrariar as políticas públicas implementadas pelo Executivo e Legislativo. Portanto, não há que se falar em impossibilidade de controle prévio ou posterior a tais atos e, deste modo, conclui Schwind que as decisões regulamentares das agências são atos administrativos de competência vinculada ou discricionária que podem, ou não, sofrer apreciações técnicas: não há, portanto, que se afastar qualquer controle, interno ou externo, inclusive o jurisdicional, sobre as mesmas.

Para Schwind, no tocante à independência e autonomia das agências reguladoras, o argumento em prol dessa autonomia baseia-se na suposta neutralidade política, pois as decisões provenientes das agências seriam predominantemente técnicas. A necessidade de uma decisão apoiada e justificada em critérios notoriamente técnico-científicos, portanto, seria determinante e justificaria o fato de as agências reguladoras ficarem livres da ingerência da Administração Pública central, especialmente de interferências político-partidárias.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, diversamente da discricionariedade político-administrativa, a discricionariedade técnica geralmente comporta opções mais restritas, considerando-se as regras científicas na determinação da melhor escolha.

[...] a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois, afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.¹⁷⁰

Ao apresentar os novos modelos de estrutura da Administração Pública, entre elas as chamadas “entidades intermédias”, nas quais se incluíam as agências

¹⁷⁰ *Mutações do direito administrativo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213-222.

reguladoras, aponta, entre suas vantagens, a do afastamento da atividade administrativa burocrática, tradicional e central. Uma das faces desse afastamento estaria na despolitização da decisão por meio da adoção de critérios técnicos, ao expurgar-se do processo agentes descompromissados pessoalmente com os efeitos das escolhas e, de maneira inversa, ao aproximar setores sociais interessados no tema, “evitando posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis”.

Assim, definir-se-iam dois tipos de discricionariedade: uma, “simples”, em que haveria apenas um interesse público a se atingir, que seria exercitada por meio de novas disciplinas técnicas em que se mitigaria o controle externo (denominada “discricionariedade técnica”); e outra, “complexa”, em que uma pluralidade de interesses públicos deveria ser ponderada por razões de ordem político-administrativa (denominada “discricionariedade política”).¹⁷¹

Prossegue afirmando que o sucesso da prática jurídica das agências reguladoras estaria justamente na atribuição de sua competência normativa, que possibilitaria escolhas distantes das disputas partidárias e dos burocratas do Estado, baseadas em razões eminentemente técnicas e, por isso, tornando as decisões mais céleres e flexíveis ao caso concreto. Portanto, tais soluções, encontradas pelas agências reguladoras no exercício da discricionariedade técnica, seriam tecnicamente mais adequadas, quando não as únicas realmente adequadas.

Estas características diferenciariam as normas reguladoras das agências autônomas tanto das *escolhas abstratas político-administrativas*, realizadas pelo Legislativo, quanto das *escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas*, elaboradas pela administração direta.

Dessa forma, afirma que “está-se ministrando não apenas o critério diferenciador entre os dois tipos de discricionariedade, como o próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências”¹⁷².

Porém, conclui Moreira Neto que tal competência normativa possui limites. Um destes seria a margem de escolha técnico-científica atribuída pela legislação, vez que ultrapassá-la seria exercer escolha político-administrativa, o que, constitucionalmente, caberia apenas ao parlamento.¹⁷³

¹⁷¹ *Mutações do direito administrativo*. p. 215.

¹⁷² MOREIRA NETO, D. F. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 221

Na obra sobre agências reguladoras, Floriano de Azevedo Marques Neto admite que o controle exercido pelo Judiciário é imprescindível, tendo em vista que as crescentes autonomia e independência das agências fizeram os interesses dos regulados se extrapolarem e atingirem toda sociedade, e este controle não pode se limitar à mera formalidade dos atos. É imperativo que se atinja também o juízo de proporcionalidade da atividade regulatória, avaliando-se sua necessidade, adequação e ponderação em relação aos objetivos legais perseguidos.¹⁷⁴

Acrescenta que

a chamada 'discrecionabilidade técnica' das agências não pode nem deve ser usada como obstáculo ao controle da atividade regulatória pela via judicial. Pois se é verdade que o juiz não pode se substituir ao regulador, também é verdade que a uma maior margem de discrecionabilidade dada aos agentes estatais no âmbito da moderna regulação estatal deve corresponder um controle mais robusto, inclusive pela via judicial.¹⁷⁵

Assim, há que se reconhecer que o controle judicial sobre o juízo de conveniência da atividade regulatória implica assumir certos riscos. O juiz que exercita o juízo de conveniência no lugar do regulador (escolhido após complexo processo em que são envolvidos Executivo e Legislativo) poderia fazê-lo sem possuir competência para tanto, ou fazê-lo mediante perito que, apesar de possuir competência, não possuiria uma visão sistêmica do setor regulado. Não obstante, o constante socorro ao Judiciário na aferição das decisões regulatórias poderia reduzir a própria efetividade da regulação estatal.

Apesar dos riscos apontados, o controle judicial das decisões regulatórias é “um contraponto indispensável à independência e reforço dos órgãos de regulação”¹⁷⁶. Entretanto, é necessário que o Judiciário se aparelhe e se capacite para atender tal demanda técnica, inclusive em relação à adaptação da celeridade das decisões judiciais com a necessidade de tempo do setor regulado.

Paulo Roberto Ferreira Motta concorda com o posicionamento de que o poder normativo das agências reguladoras não pode inovar no ordenamento jurídico

¹⁷⁴ MARQUES NETO, F. A. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 125-127.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 126

¹⁷⁶ Ibidem, p. 127

positivo, devendo limitar-se às questões de execução técnica dos ditames legais. Porém, ele acredita que a discussão não se encerra nesta posição.¹⁷⁷

Acompanha a posição de Eros Roberto Grau no sentido de que há uma categoria de regulamentos, denominada “autorizados”, que deriva da autorização legal explícita para regular, podendo, dessa forma, exercer a regulação de forma plena, inclusive criando “obrigação de fazer ou deixar de fazer”, desde que respeitados os limites de atribuição do Executivo. Não se trataria de autorização do Executivo para legislar, mas de reconhecimento do “desenho correto do princípio, tal como contemplado no direito brasileiro”.

Segundo Paulo Motta, a decisão técnica é “extremamente discricionária” e todas irão inovar o ordenamento jurídico vigente, ou modificando, ou criando, ou extinguindo direitos. Portanto, não existe uma decisão somente técnica, pois a pureza técnica na atual revolução tecnológica “é (quase) impossível de existir”. O que existe são decisões políticas, econômicas e jurídicas fundamentadas em aspectos técnicos. Cita como exemplo a decisão de se construir uma estrada por um traçado “A” ou “B”, e tal escolha passa não só por aspectos técnicos, mas também aspectos políticos, pois, dependendo do traçado escolhido, determinadas localidades serão afetadas econômica e juridicamente (relações de emprego, lei de zoneamento) em detrimento de outras. Da mesma forma, ocorre quando há uma escolha de tecnologia no campo das telecomunicações em preterimento a outra. A decisão em si é fundamentalmente técnica, mas dela decorrem consequências jurídico-econômicas para os setores regulados e para a sociedade (sistemas deixam de ser fabricados, aparelhos deixam de ser vendidos, empregos deixam de ser gerados, enquanto o inverso ocorre para a tecnologia escolhida). O autor ainda cita como exemplo a definição da fixação de tarifa por serviço público, que deve atender a critérios estritamente técnicos.

Em todos os exemplos, demonstra-se que “não existem parâmetros técnicos que não possam ser isolados do direito e que toda decisão emanada da Administração Pública, por mais tecnicizada que possa ser, sempre traz inovações e transformações profundas na ordem jurídica”.¹⁷⁸ Portanto, o ato administrativo que particulariza uma determinada lei, regulando tecnicamente certo setor, inova no ordenamento jurídico, pois cria um direito antes inexistente.

¹⁷⁷ *As agências reguladoras e o exercício das funções*. São Paulo: Manole, 2003, p. 169-186.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 177.

Com isto, estamos diante de uma contradição: por um lado, constitui a essência da regulação, exercida por meio de aspectos técnicos pelas agências reguladoras, a função normativa ampla autorizada por lei, que inova significativamente no ordenamento jurídico positivo. Por outro, admitir tal função constitui flagrante inconstitucionalidade. Porém, negá-la, relegando às agências mero papel de explicitar tecnicamente a norma legal, é tornar a existência destes entes destituída de sentido.

Conclui que “as decisões técnicas das agências reguladoras, em face da realidade constitucional vigente, sempre se constituirão em abuso do poder regulamentar ou invasão de competência legislativa, se elas não forem devidamente controladas”.¹⁷⁹

A explicação para tal incongruência reside no fato de que a Constituição Federal de 1988 foi criada tendo como base o Estado Social, o Iluminismo, a Razão, a Solidariedade, a Modernidade. Já as agências reguladoras foram criadas com base no estado neoliberal, na globalização, no racionalismo técnico.

Para Paulo Motta, a única forma de adequar a função essencial da agência reguladora com os ditames constitucionais atualmente vigentes seria admitir a existência do regulamento de autorização, conforme teorizado por Eros Roberto Grau, dentro dos estritos limites por ele traçados. Porém, além da doutrina brasileira já ter se posicionado de maneira majoritária contra a tese, o histórico de abuso e desvio de poder da Administração brasileira não recomendaria a adoção de tal solução.

Entretanto, o que se verifica na prática é que as agências têm exercitado e continuarão exercitando essa inconstitucional função normativa sob fundamentos técnicos. Portanto, restaria ao operador do direito admitir o seu exercício restritivamente e desde que sob certas condições: (i) que a norma permita o contraditório aos cidadãos, por meio de audiências públicas ou notificação dos interessados; (ii) a criação de um Código de Procedimento Administrativo que materialize a condição “i”; (iii) a fundamentação técnica (discricionariedade técnica) seja sempre passível de controle judicial, inclusive com suspensão liminar de efeitos; (iv) que haja a relativização do princípio da constitucionalidade do ato normativo atacado pelo Judiciário.

¹⁷⁹ *As agências reguladoras e o exercício das funções*. São Paulo: Manole, 2003, p. 180.

Na verdade, em que pesem tais argumentos, não podemos aceitar que o ordenamento jurídico brasileiro dê respaldo à competência normativa das agências reguladoras para expedirem regras de conduta que inovem na ordem jurídica, afetando direitos individuais.

É difícil encontrar fundamento jurídico que justifique a competência normativa das agências reguladoras. As únicas agências que possuem respaldo constitucional são a ANATEL (art. 21, X) e a ANP (art. 177, § 2º).

A justificativa da autonomia baseada em critérios técnicos não é capaz de, por si só, fundamentar a autonomia das agências reguladoras diante do nosso texto constitucional. A independência de ditas agências é relativa, pois alguma relação com a chefia do Executivo deve subsistir – por força dos poderes de direção geral da Administração do Presidente da República e seus Ministros, na forma dos artigos 84, II, e 87, parágrafo único, da Constituição de 1988.

Visto que no Brasil a Constituição Federal dá primazia à submissão da atividade administrativa à lei, ganha relevo a noção defendida por Renato Alessi de que a atividade administrativa deve estar subordinada à atividade legislativa e que a legalidade administrativa deve ser entendida tanto no sentido negativo, ou seja, o de que encontra um limite formalmente insuperável na lei, que pode estabelecer proibições a determinadas atividades, ou no sentido positivo, *i.e.*, o de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa com determinadas finalidades ou determinados meios e formas. Neste sentido, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, sobretudo no que concerne à atividade de caráter jurídico.¹⁸⁰

É neste sentido que, apesar das agências reguladoras exercerem atividades como a decisão de conflitos e a normatização ou regulamentação de certo setor, tais agências, sejam aquelas com previsão constitucional expressa, sejam as criadas por lei, estão inseridas na Administração Pública e desempenham função administrativa e normativa, esta última de categoria derivada e complementar. Com isto, diante do regime constitucional brasileiro, a competência regulamentar das agências deve estar subordinada à lei, pois, conforme sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸¹, a delegação normativa às agências não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser

¹⁸⁰ *Instituciones de derecho administrativo*. p. 123.

¹⁸¹ *Parcerias na administração pública*. p. 46.

maior do que a exercida por qualquer órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta.

As agências reguladoras não se colocam como exceção ao princípio da separação de poderes, desde que se tenha uma compreensão formal desse princípio, isto é, desde que não se vincule materialmente nenhuma atividade específica a determinada função.

Assim compreendido, o exercício da função administrativa se revela como atividade instrumental à realização de objetivos fixados legalmente e que goza, apenas, de presunção de legitimidade. As atividades exercidas pelas agências são, portanto, atos no exercício de função administrativa, embora materialmente assemelhadas àquelas desempenhadas no exercício de função jurisdicional ou legislativa.

Compreendida a função das agências reguladoras como parte da função administrativa, é possível extrair outra conclusão que mais de perto interessa ao nosso estudo.

Ora, se é parte da função administrativa, o poder normativo das agências não difere substancialmente do poder normativo usualmente exercido pela Administração Pública. Logo, as exigências de legalidade que incidem sobre as agências não diferem daquelas que incidem sobre o exercício da função administrativa.

Também na compreensão de Maria Sylvia Z. Di Pietro: “A atividade de regulação equivale, fundamentalmente, ao poder de polícia”. Não constituem, portanto, nova forma de exercício de função administrativa e não exigem nova compreensão da legalidade.¹⁸²

Logo, as agências reguladoras são entes da Administração Indireta. Em verdade, não são mais que autarquias em regime especial: especial porque se confere mandato em favor de seus dirigentes, o que lhe atribui relativa autonomia.

O que se pode admitir no âmbito de competência das agências é a possibilidade de fixar diretrizes e delimitar conceitos técnicos contidos em lei e regulamentos. As agências podem dar uma definição mais precisa a estes conceitos, porém sem inovar a ordem jurídica e afetar direitos individuais.

¹⁸² Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1, p. 26-29; Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, J. (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 249-267.

O regulamento só tem cabimento quando a lei pressupõe, para a sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados cuja disciplina comporta certa discricionariedade administrativa, e isto ocorre em dois casos: (a) sempre que necessário um regramento procedimental que disponha sobre a conduta que órgãos e agentes administrativos deverão observar e fazer observar; e (b) quando a lei comportar expressões vagas que pressupõe uma averiguação técnica a serem fixadas em nível administrativo.

Neste último caso, a norma regulamentar refere-se tão somente à identificação ou explicitação técnica das situações de fato que foram abstratamente previstas na lei e que agora, após análise e ponderação técnica efetuada pela Administração, foram devidamente precisados, garantindo os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Não podemos negar ao Judiciário a possibilidade de apreciar a validade dessas normas quando expedidas com arrimo em conhecimentos técnicos. Não podemos sustentar a ausência de controle judicial sobre a atividade das agências reguladoras sob o pretexto de que esta atividade está sendo desempenhada no âmbito da “discricionariedade técnica”.

As agências reguladoras desempenham função administrativa e a chamada “discricionariedade técnica” em nada se diferencia da discricionariedade administrativa. Com isto, a atividade desempenhada pelas agências reguladoras poderá ser revista pelo Judiciário, que analisará se o resultado técnico adotado era a única solução possível para o caso, em se tratando de conceitos puramente técnicos, e, em caso de escolha, se foi feita com base nos princípios da razoabilidade e do devido processo legal substantivo.

A ideia central sobre o controle judicial exercido sobre os atos das agências reguladoras reside no fato de que o juiz pode e deve penetrar na seara das avaliações estritamente técnicas. O que não é permitido é o Judiciário realizar opções técnico-políticas, pois, havendo tecnicamente mais de uma alternativa a seguir, e tendo a Administração Pública motivado tal opção, a escolha entre elas constitui competência inserida na discricionariedade da Administração, não podendo esta decisão ser alterada pelo Judiciário, sob pena de usurpação da função administrativa.

CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. Averba Afonso Rodrigues Queiró:

Parece-nos que a idéia rousseuniana de superioridade da lei (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização das suas funções lhe devam obediência. Quero dizer: Rousseau é insuficiente por si, e só ao lado de Montesquieu o seu pensamento adquire relevância para a ciência do direito público.¹⁸³

É neste sentido que afirmamos que o Princípio da Separação dos Poderes é o cerne do controle judicial da atividade administrativa, pois fundamenta o poder exercido pelo Judiciário de verificar a adequação da atividade administrativa, que, por sua vez, exerce função, ou seja: os atos administrativos só são legítimos quando praticados com a finalidade de atingir um fim pré-fixado em lei. A existência de um poder de autoridade só se justifica para a obtenção de um fim legal.

A própria ideia de função já representa a atribuição de um poder controlado, ou seja, que se deve direcionar à busca de uma finalidade predeterminada pela ordem jurídica, não podendo se omitir, nem se desviar dela, buscando fim diverso. O poder de autoridade é condicionado, pois só se justifica na medida de sua necessidade e, por isso, deve obedecer aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé.

Visto que a Administração possui tal poder, sofre, com isto, um intenso controle em suas atividades. O controle exercido pelo Poder Judiciário é uma das formas de controle e serve para garantir que a atividade administrativa não se desvie das finalidades prescritas pela lei.

A grande polêmica sobre o controle judicial dos atos discricionários está justamente no equilíbrio entre a sindicabilidade das decisões administrativas e a

¹⁸³ QUEIRÓ, A. R. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. p. 47.

necessidade de garantir à Administração um campo livre de atuação visando a busca do interesse público.

Sobre a evolução histórica do controle judicial dos atos administrativos retrata Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Inicia-se com uma fase de imunidade judicial da discricionariedade, que era considerada inerente aos “atos de império” da Administração Pública. No início do século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de “vícios de incompetência”, depois com relação aos ‘vícios de forma’. Posteriormente, elaborou-se a “doutrina do desvio de poder”, que torna ilegal o ato quando a Administração se afasta da finalidade legal. Chega-se, depois, a uma fase em que o Judiciário passa a examinar os fatos, pela construção da “teoria dos motivos determinantes”. Finalmente, no momento atual, já tem plena aplicação a possibilidade de controle por meio do recurso aos ‘princípios gerais de Direito’, como o da boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.¹⁸⁴

O controle jurisdicional no Brasil, realizado com base na jurisdição una, contrapondo-se ao sistema dual, no qual as questões controvertidas que envolvem a Administração Pública são, total ou em sua maioria, submetidas à apreciação do contencioso administrativo ou jurisdição administrativa, é feito com a característica da *definitividade*, assim considerada porque, ao ser produzida a coisa julgada material, pelo trânsito em julgado da decisão judicial, verifica-se a imutabilidade do *decisum*, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário é titular do poder-dever indelegável de manter intacta a unidade da Constituição. Nesse sentido podemos afirmar ser plenamente possível a apreciação do ato administrativo para que esse não se desgarre dos princípios e das normas interpretados à luz do sistema legal vigente.

Este controle dos aspectos constitucionais exercido pelo Poder Judiciário não pode representar uma indevida intromissão na dinâmica da independência de um Poder sobre o outro. Ao contrário: cabe ao Poder Judiciário, como responsável pela salvaguarda da Constituição, fiscalizar o fiel cumprimento dos ditames constitucionais, entre esses, se o ato discricionário foi exercido dentro da sistemática constitucional.

¹⁸⁴ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 134-135.

Essa apreciação dos atos discricionários pelo Poder Judiciário não representa uma invasão no poder alheio, uma vez que, na atual concepção do Direito Administrativo, os Poderes são instituídos para dividirem funções que serão sempre disciplinadas e regradas pela Constituição, sendo certo que qualquer ato administrativo, exarado por quaisquer dos Poderes, estará sujeito à influência direta dos princípios e das normas conjuntamente interpretados.

O controle constitui o dever-poder de vigilância, orientação, fiscalização e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle da Administração Pública é “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.¹⁸⁵

Mas tal controle possui limites que derivam da própria ideia de Estado de Direito, que não admite centros incontidos de poder.

Segundo Hartmut Maurer¹⁸⁶, os vícios de discricionariedade podem ser divididos em quatro grupos: (i) não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário, verificado quando a autoridade não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe, por inadvertência ou por estimar equivocadamente que é titular de competência vinculada; (ii) excesso do poder discricionário, verificado quando a autoridade opta por uma consequência jurídica não prevista na norma de competência atributiva de tal poder, ou seja, quando o ato administrativo contém um efeito não previsto nem autorizado na norma de competência discricionária; (iii) uso defeituoso do poder discricionário (desvio), verificado quando a ação administrativa não está orientada por fundamentos objetivos ou não está orientada para o fim contemplado na lei; (iv) violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito.

Como o exercício da discricionariedade está submetido a limites jurídicos, é natural que o controle judicial também tenha limites, consistentes estes nos aspectos não-jurídicos das suas decisões, o que conduz a que a aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e outros, tidos como técnicas de controle da

¹⁸⁵ *Direito administrativo*. p. 599.

¹⁸⁶ *Elementos do direito administrativo alemão*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p 51.

Administração, se deva fazer com cautela para que os juízes não se substituam às autoridades administrativas.

Assinala García de Enterría¹⁸⁷ que o desfecho de um processo relativo a uma decisão discricionária será normalmente tão-só a anulação da referida decisão que escape ou exceda os limites em questão. Isto é, se em caso de discricionariedade o juiz verificar que a opção do administrador não se acha entre as resguardadas pelo ordenamento, anulará o ato. Não se substituirá, entretanto, à Administração, suprindo-lhe a vontade defeituosa. Apenas invalidará seu comportamento anterior, deixando-lhe a oportunidade de praticar novo ato, contido entre os limites opcionais previstos na lei. Assim, estará garantida a não invasão das funções administrativas pelo Judiciário.

O controle da discricionariedade por meio dos princípios gerais não consiste, portanto, em o juiz substituir o critério da Administração por seu próprio e subjetivo critério. Se assim fosse, tudo se reduziria a substituir uma discricionariedade (a administrativa) por outra (a judicial) sem avançar um só passo no problema. Do que se trata realmente é penetrar na decisão objeto de julgamento até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.¹⁸⁸

Os atos administrativos discricionários, não obstante passíveis de revisão judicial, têm que observar uma regra básica. Caso o magistrado conclua que o ato administrativo está conforme o sistema de princípios e regras do ordenamento jurídico, deverá se abster de continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo. Por outro lado, se concluir que o ato feriu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluindo o conteúdo anterior.

O julgador não pode apontar como deverá ser editado o novo ato. Como salienta Eros Grau, o Poder Judiciário verifica se o ato é incorreto, mas não confirma qual é o ato correto.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Democracia, juices y controle de la administracion*. Madrid: Civitas, 2001, p. 78.

¹⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de derecho administrativo*. v. 1, p. 483.

¹⁸⁹ *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade: perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 331.

Mas a doutrina e a jurisprudência vêm mudando de posição. Germana de Oliveira Moraes registra que, em alguns casos excepcionais, poderá o Poder Judiciário avançar à mera invalidação do ato impugnado:

Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível ao juiz interferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso.¹⁹⁰

Assim, os princípios constitucionais da Administração, de caráter instrumental, impõem certos parâmetros de racionalidade ao processo de tomada de decisão e, em sendo assim, somente em situações excepcionais, como, por exemplo, “na aplicação do princípio da igualdade, de natureza material, quando se equipara um caso a outros idênticos, [em que este princípio] tem a virtualidade de apontar qual solução o órgão administrativo deva adotar no caso concreto”.¹⁹¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.¹⁹²

Durante muito tempo, os Tribunais Superiores afirmaram que caberia ao Judiciário apenas a anulação do ato administrativo eivado de vício, sendo-lhe vedada a indicação do ato correto.¹⁹³

Porém, o STJ vem mudando o entendimento sobre a matéria, ao decidir pela redução equitativa de multa cominada, quando a entende abusiva, ou concedendo tutela específica impondo certo comportamento à Administração Pública.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 163.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 164.

¹⁹² *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., p. 937.

¹⁹³ Neste sentido: "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. Recurso ordinário desprovido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272)

¹⁹⁴ Neste sentido: (i) "CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que

A motivação é elemento indispensável a essa análise realizada pelo Judiciário porque, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação far-se-á necessária ao seu controle e à sua validade. É justamente pela motivação que o administrador buscará convencer que sua decisão é a melhor e, também, é a partir dela que o Poder Judiciário poderá verificar se foram respeitados as regras e princípios jurídicos e a validade do ato perante a ordem jurídica.

Visto que a discricionariedade administrativa pode advir dos conceitos jurídicos indeterminados, estudar o controle judicial dos atos administrativos significa compreender o papel do Poder Judiciário no processo de integração desses conceitos, já que tal atividade costuma ser feita pelos magistrados sob o argumento de que o dever de verificação do cumprimento dos princípios lhe conferiria tal competência.

Dessa forma, o Poder Judiciário deve estabelecer os limites da atuação discricionária da Administração com o objetivo de impedir que a arbitrariedade se disfarce em um ato administrativo que deveria ser guiado pelo interesse público. Nas palavras de Cesar A. Guimarães Pereira, o referido controle “opera mediante a delimitação das fronteiras da discricionariedade, separando o que é discricionário do

importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade.

6. Recurso improvido.” (STJ, RESP 330677 / RS, T1 - PRIMEIRA TURMA, Ministro JOSÉ DELGADO, v.u., j. 02-10-2001, DJ 04.02.2002 p.00306)

(ii) “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.” (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219) – *grifamos*.

(iii) Neste mesmo sentido, o juiz federal Hamilton de Sá Dantas entendeu abusiva a multa imposta pela Administração Pública e concluiu que a infração imposta viola visivelmente o princípio da proibição de excesso, visto que promove verdadeira desapropriação dos bens da empresa, podendo mesmo inviabilizá-la economicamente, o que não condiz com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a valorização do trabalho e da livre iniciativa. Concluiu o magistrado não haver correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, com enriquecimento injustificado da Administração Pública. E, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mitigou a multa infligida, determinando sua redução para 1% (um por cento) sobre o valor global adjudicado (Mandado de Segurança n 2007-34.00.030332-1 – 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal).

que não é. Recorta a discricção outorgada no plano normativo, reduzindo-a até, muitas vezes, transformá-la em vinculação”.¹⁹⁵

Ao permitirmos a apreciação do ato discricionário pelo Poder Judiciário estamos afirmando que a liberdade conferida à Administração Pública consiste justamente em fazer aquilo que a Constituição estabelece. Entretanto, com este eficaz controle do ato discricionário, não se está cerceando a Administração nem reduzindo a esfera de influência do Direito Administrativo, mas apenas garantindo ao Poder Judiciário seu dever-poder de manter a unidade da Constituição, traduzida na aplicação conjugada dos princípios e regras do ordenamento jurídico.

4.1 Limites da discricionariade

A discricionariade não é uma faculdade conferida pela lei ao administrador possibilitando-lhe uma esfera de ilimitada liberdade na atividade administrativa. A liberdade posta ao administrador para eleger uma solução à situação prevista pela lei deve se mostrar adstrita aos contornos legitimados pelo ordenamento normativo, a fim de vedar a reforma jurisdicional.

Os conceitos jurídicos podem apresentar certo grau de indeterminação e imprecisão de significado. No entanto, pela própria natureza conceitual, têm limites de significação. Existe em cada conceito jurídico indeterminado uma zona de determinação positiva e uma zona de determinação negativa, donde não decorre qualquer discricção à atuação administrativa. A discricionariade reside apenas naquela zona conceitual fronteira, cinzenta, faixa de dúvida entre a determinação positiva e a determinação negativa.

A discricionariade possui, por conseguinte, limites bastante estreitos quando da confrontação da disposição imprecisa da norma com o caso concreto. Mas se vai além: ainda na faixa cinzenta de indeterminação dos conceitos jurídicos, a Administração não é totalmente livre para eleger a solução ao caso concreto.

¹⁹⁵ PEREIRA, C. A. G. Discricionariade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 227-228.

Deverá obedecer a critérios de racionalidade e proporcionalidade na prática do ato discricionário, sujeitando-se ao posterior exame jurisdicional do ato praticado.

A Administração Pública, em última análise, somente atuará com discricção quando, no caso concreto, por expressa previsão legal ou por imprecisão conceitual do mandamento ou da finalidade, restar a possibilidade de solucionar a situação por mais de uma maneira.

Se o ato praticado vencer o crivo da razoabilidade e racionalidade, restará ilegal e inconstitucional a sua reforma pelo Poder Judiciário, posto que, neste caso, o juiz estaria fazendo as vezes do administrador.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, há duas teorias que buscam “retraçar o perímetro da discricionariedade e detectar as distorções e abusos administrativos cometidos sob o abrigo de sua confortadora cobertura: a teoria do *desvio de poder* e o *exame dos motivos do ato*”.¹⁹⁶ Por estes institutos, se pretende, na esfera jurisdicional, delimitar as fronteiras da discricionariedade e contê-la dentro de seus legítimos limites, purgando eventuais excessos.

Conforme se verá mais adiante, o desvio de poder consiste na utilização, pelo agente público, de uma competência para atingir finalidade diversa da natureza da competência exercida. O agente usa a competência outorgada para alcançar finalidade diferente da prevista em lei. No desvio de poder ocorre o que Seabra Fagundes chamou de “burla da intenção legal”, situação em que “a autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal”.¹⁹⁷ Sustenta Caio Tácito ser o desvio de poder

um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.¹⁹⁸

Outra via eficaz ao controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária, com sua circunscrição dentro dos limites legais, é o exame dos

¹⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. Discricionariedade – fundamentos, natureza e limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 122, p. 1-20, out./dez., 1975, p. 16.

¹⁹⁷ FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 72-73.

¹⁹⁸ TÁCITO, C. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 31-39, 1993, p. 32.

motivos do ato. “Por meio dele o que se põe em causa, o que se examina é a situação de fato em que se embasou a Administração para a prática do ato. Verifica-se, inicialmente, a materialidade do pressuposto de fato, isto é, se ocorreu, ou não, o acontecimento em que a Administração se estriba”.¹⁹⁹ Deve-se examinar se o acontecimento em questão responde ao pressuposto normativo, se o fato objetivo se amolda à prefiguração hipotética contemplada na norma.

Quando o motivo previsto na norma toca a realidades conceituais teóricas, da sua confrontação à situação de fato não ressaí discricionariedade à Administração, contudo, por vezes, o motivo legal comporta configuração imprecisa, vaga, fluida, donde resta ao administrador valorar a situação fática e decidir se está, ou não, dentro da moldura normativa predeterminada. Nestes casos, compete ao Poder Judiciário examinar se a atividade administrativa se conteve nos limites razoáveis de discricionariedade quando da apreciação tangente à materialidade do pressuposto de fato exigido à prática do ato administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, quando couber ao administrador decidir se o motivo ocorrido tem, ou não, a relevância para ensejar a atuação administrativa, se presente o pressuposto de fato hipoteticamente prescrito na norma, “pelo fato da lei outorgar ao critério do agente a apreciação ‘ponderada’ do motivo, só é possível a correção jurisdicional do ato quando a decisão do administrador seja indisputadamente desarrazoada, contrária ao senso comum”.²⁰⁰ Nestes casos, excedendo a Administração aos limites da discricionariedade, cabe a revisão jurisdicional do ato.

A seguir, estudaremos os mecanismos fundamentais do controle judicial da discricionariedade administrativa: a teoria do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes e os princípios da Administração Pública.

¹⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade: fundamentos, natureza e limites*. p. 18.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 18.

4.2 Teoria do desvio de finalidade

A teoria do desvio de finalidade representou o início da busca do controle judicial dos atos da Administração Pública.

A própria expressão *finalidade* não é reconhecida como sendo a única que concerne ao assunto. Outras como *excesso de poder*, *abuso de poder* ou *desvio de poder* também são conhecidas.

Preferimos o termo *desvio de finalidade* já que, em consonância com as considerações expostas no primeiro capítulo, o “poder” da Administração Pública existe enquanto *competência*, ou seja, enquanto feixe de atribuições outorgado a alguém para servir como instrumento necessário à realização do interesse público. Desta forma, a discricionariedade administrativa deve ser entendida como *medida de competência de poder*, e não simplesmente como “poder discricionário”.

É neste sentido que a teoria do desvio de finalidade determina a invalidação do ato administrativo que tenha sido exarado mediante o uso equivocado da competência. A autoridade que pratica determinado ato tem competência para tal, mas, sobretudo, ao fazê-lo, comete erro ao afastar-se do fim legal para buscar finalidade distinta da visada, cometendo desvio finalidade. Em outras palavras, há o desvio quando o agente utiliza sua competência de maneira errônea, ou seja, não faz bom uso de sua competência para a prática de atos administrativos.

Celso Ribeiro Bastos esclarece que *finalidade* é o objetivo a ser alcançado pelo ato. No direito administrativo, a finalidade está ligada à realização de um interesse público ou social. Entretanto, a finalidade do ato administrativo deve corresponder ao conteúdo indicado, explícita ou implicitamente, pela lei.²⁰¹ São suas palavras: “O uso de um ato para alcançar uma finalidade que não lhe é própria caracteriza o desvio de poder ou desvio de finalidade”.

A finalidade do ato administrativo é concebida em sentido amplo e em sentido estrito; no sentido amplo, a finalidade corresponde sempre ao interesse público, e, em sentido estrito, trata-se do resultado específico objetivado pelo ato. Já a *causa* é o nexo de pertinência lógica entre o *motivo*, o *conteúdo* e a *finalidade* do ato administrativo.²⁰² Assim, o desvio de finalidade é um vício sobre a finalidade – ou

²⁰¹ BASTOS, C. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 111-113.

²⁰² DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de direito administrativo*. p. 214.

ampla ou *estrita*, a depender do caso concreto – porque se trata da frustração do próprio objetivo traçado à Administração Pública. Ao querer saber se o *interesse público* foi violado, se a *finalidade específica* do ato não foi atendida, o intérprete encontra valoroso apoio ao aferir a *causa* do ato, ao avaliar o motivo que deflagrou o ato, o seu exato conteúdo, e se a finalidade decorrente do motivo e do conteúdo do ato concreto amolda-se à finalidade hipoteticamente prevista em lei. De toda sorte, a causa não se confunde com a própria finalidade.

Maria Teresa de Melo Ribeiro²⁰³ diz que o vício do desvio de poder surgiu na França como uma das modalidades do *recurso por excesso de poder*, e ao lado dos vícios de *incompetência* e *de forma*. É o chamado *le détournement de pouvoir*. Cita, como exemplos, um julgado de 14 de junho de 1852, no qual o Conselho de Estado anulou uma decisão de um prefeito sob o fundamento de que havia sido externada para atender a interesses individuais, e um de 1858, pelo qual foi anulada a decisão que proibiu os banhistas de vestirem-se e despirem-se fora de estabelecimentos municipais de banhos porque a decisão era motivada por interesses financeiros, e não de vigilância e “polícia”.

O desvio de finalidade pode ocorrer tanto quanto ao fim de realização do interesse público quanto, apesar de atender ao interesse público, por não coincidir com a categoria do ato utilizado.²⁰⁴

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explica que não é lícito à Administração Pública se desviar dos fins do ato administrativo. O desvio dos fins do ato administrativo ocorre quando se pratica ato de sua competência objetivando-se fim distinto do legalmente considerado como próprio da sua atribuição. Caberia aqui perscrutar a intenção do agente público, com vistas a se verificar se houve conformidade com o interesse geral ou, inversamente, se se prendeu a razões menores, pessoais e, ainda, “se, em praticando o ato no interesse geral, o realiza em atenção a razões estranhas à finalidade por que lhe foi outorgada a competência para praticá-lo”.²⁰⁵ Na verdade, o desvio de finalidade configura um vício objetivo do ato administrativo²⁰⁶, pois a intenção deliberada do agente administrativo de agir contra a finalidade legal não é requisito fundamental para a configuração do desvio

²⁰³ *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 39.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 44.

²⁰⁵ *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I, p. 430-436.

²⁰⁶ Nesse sentido, confira ROCHA, S. L. F. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 25, p. 43-55, 1999, p. 54-55.

de poder. Para que a finalidade da lei não seja atingida basta que o administrador faça mau uso da competência que lhe foi conferida por lei, ainda que sua intenção fosse a de atender ao interesse público. Reportando-nos às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

mesmo nos casos em que o agente atuou sem a reta intenção de atender a lei, seu comportamento é fulminável, não porque teve o intuito de desatender a lei, mas porque a desatendeu. Donde, não é a má-fé, nos casos em que haja existido, nem o intuito de alcançar um fim lícito, por meio impróprio aquilo que macula o ato e sim a circunstância deste não realizar a finalidade para a qual a lei o preordenara. É que, no Direito Público, a satisfação do escopo sobreleva a boa ou má intenção do sujeito que pratica o ato.²⁰⁷

O desvio de finalidade só ocorrerá quando o ato administrativo não tiver resultado na finalidade prevista em lei. Se a atingiu, pouco importa se houve vontade ou intenção por parte do agente em fazê-lo, basta que o interesse específico tenha sido alcançado.²⁰⁸ Por outro lado, o querer do agente, mesmo quando direcionado à prática da finalidade, não é capaz de retirar a mácula do vício que fatalmente atingirá o ato que acabou por não atender o interesse previsto na lei.

Isso significa que as razões subjetivas do agente não são imprescindíveis para a observância do vício do desvio de finalidade nos atos administrativos. Ocorrerá todas as vezes em que a finalidade prevista em lei – portanto, objetiva – não for atingida.

Há uma discussão na doutrina sobre o fato da teoria do desvio de finalidade ser aplicada apenas aos atos praticados no exercício de competência discricionária, ou se é aplicável aos atos vinculados.

Para alguns, como Pietro Virga, cuida-se de um vício exclusivo do ato discricionário – mas o autor não explica o porquê da assertiva.²⁰⁹ Pressupomos que este entendimento parta da ideia de que se cuida de um problema típico dos atos com alguma margem de liberdade em favor da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello aceita o desvio de finalidade em atos vinculados, embora advirta que a sua ocorrência seja mais rara – exemplifica com

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade e controle judicial*. p. 73.

²⁰⁸ Sobre irrelevância da vontade do agente na emanção do ato administrativo, Silvio Luís Ferreira da Rocha destaca que “os problemas peculiares da vontade, isto é, a divergência entre intenção e declaração, são irrelevantes para o Direito Administrativo, em face da preocupação deste ramo do Direito não com a vontade, mas com o atendimento da finalidade prevista na lei” (A irreverência da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n 25, p. 53).

²⁰⁹ *Diritto amministrativo*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1999. v. 2, p. 121.

uma antiga lei prussiana que determinava a dissolução de “bandos de ciganos”, e acresce a hipótese de um artigo dizer que “bando” é aquele com pelo menos quinze pessoas: assim, ilustra com a situação de um policial deparar-se com uma família de um casal, seus doze filhos e a avó paterna, no que haveria desvio de finalidade se o policial dissolvesse o núcleo familiar por entender que haveria um “bando”. Noutro exemplo dado, igualmente haveria desvio de finalidade se a norma que impede a circulação de veículos no centro de uma cidade fosse exigível mesmo do médico que vem ao socorro de alguém que sofre um enfarte. Os dois exemplos referem-se a atos vinculados e revelariam a possibilidade de haver desvio de finalidade em atos de competência vinculada.²¹⁰

Temos no nosso ordenamento uma definição legal de desvio de finalidade no artigo 2º, parágrafo único, letra “e”, da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular): “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Estes termos se repetem, com um adendo, no artigo 11, da Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa): “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”.

Há dois tipos de desvio de finalidade: (a) a busca de um fim alheio ao interesse público e, por isso, ilícito; e (b) a realização de um fim que, não obstante seja de interesse público, mostra-se estranho à tipologia do ato administrativo. Como exemplo do primeiro tipo podemos citar a desapropriação de um imóvel para perseguir um inimigo; do segundo, a remoção de servidor público como sanção disciplinar. Em ambos os casos se trata de um vício objetivo que resulta de uma violação do ordenamento – não apenas infração à moralidade administrativa, como se entendia até o começo do século XX – e que não depende, para configurar-se, da intenção do agente público.

No Brasil, há uma tendência de subsumir a maioria dos vícios no exercício da discricionariedade administrativa a essa categoria jurídica. Na verdade, a teoria do desvio de finalidade não tem sido mais eficaz no controle jurisdicional dos atos administrativos em virtude das dificuldade de provas que, via de regra, se reduzem a indícios.

²¹⁰ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 72.

Em suma, a teoria do desvio de finalidade visa justamente coibir a utilização de uma competência legalmente atribuída a um servidor para fins particulares ou distintos dos legalmente consagrados e serve com perfeição ao propósito de evitar abusos praticados pela Administração Pública.

4.3 Teoria dos motivos determinantes

Da mesma forma como ocorre com qualquer fenômeno de incidência de normas jurídicas, a autorização para o exercício de competência discricionária deve ter como base um suporte fático, ou seja, a norma jurídica que atribui competências administrativas, discricionárias ou vinculadas refere-se a um estado de coisas empiricamente verificável ou, no mínimo, a uma realidade suscetível de comprovação por algum modo prescrito no ordenamento jurídico. O motivo legal é o pressuposto de fato que, verificado no mundo fenomênico, desencadeia a incidência de norma e, portanto, obriga a Administração a agir.

Segundo García de Enterría, a valoração da realidade poderá ser objeto de uma faculdade discricionária, mas a realidade, como tal, vale dizer, a produção, ou não, de um fato, e o como foi produzido, não o pode. Não está sob o arbítrio da Administração discernir se um fato se cumpriu, ou não, se algo ocorreu, ou não, na realidade, pois o milagre não acontece no campo do direito administrativo.²¹¹

Para respeitar o princípio da legalidade, a Administração deve indicar os fatos que ensejaram a prática do ato. Desta forma, a motivação é essencial para o controle da atuação administrativa, pois permite aclarar as razões pelas quais a Administração agiu desta ou daquela forma, ou seja, permite a verificação da causa do ato administrativo.

Não devemos confundir motivo com motivação. Motivo é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato, ao passo que a motivação é a exteriorização das razões que justificam o ato. Esclarece Antônio Carlos de Araújo Cintra:

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. p. 478.

Assim, em primeiro lugar, é preciso que a motivação indique as premissas de direito e do fato em que se apóia o ato motivado, com a menção das normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão da não aplicação de outras; e com referência aos fatos, inclusive a avaliação das provas examinadas pelo agente público, a seu respeito. Em segundo lugar, o agente público deve justificar as regras de interferência através das quais passou das premissas à conclusão, se houver necessidade [...]

Por outro lado, sobre o aspecto formal, a motivação deve ser clara e congruente, a fim de permitir uma efetiva comunicação com seus destinatários.²¹²

Também devemos distinguir o motivo legal do motivo de fato. Motivo legal é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, contida na regra de direito. Já o motivo de fato é a própria situação fática, reconhecível no mundo empírico, em vista da qual o ato é praticável. Para a validade do ato deve haver perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito, ou seja, a situação fática deve corresponder com exatidão ao motivo legal.

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, o agente administrativo se vincula à motivação adotada, presumindo, assim, que o motivo indicado foi o único a justificar a decisão adotada.

Devemos, porém, adequar essa teoria às novas concepções do direito administrativo, pois sua concepção original não se presta mais ao controle da validade dos atos administrativos, já que foi desenvolvida nos primórdios do direito administrativo, quando ainda não existia uma distinção entre autonomia da vontade privada e a vontade própria do direito administrativo.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Segundo a Teoria dos motivos determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada”.²¹³

Na verdade, a grande questão sobre a teoria dos motivos determinantes reside em identificar os motivos determinantes efetivamente adotados pelo sujeito e verificar a sua compatibilidade com o direito.

Há situações em que, apesar de existentes os pressupostos de fato legitimadores da atividade administrativa discricionária, a Administração atua indevidamente e acaba por violar a causa do ato administrativo, pois ausente a relação de pertinência entre motivo e conteúdo do ato, em face da finalidade legal. O

²¹² *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 127-128.

²¹³ STJ, RMS 20.565/DF, 5ª T., rel. Min. Armando Esteves Lima, j. em 15-03-2007, DJ de 21/05/2007, p 595.

Poder Judiciário deve corrigir situações como essas, quando verificado o equívoco administrativo na apreciação dos fatos; caso contrário seria aberta uma perigosa fresta para o exercício ilegal do poder discricionário.

Contudo, não poderá o Poder Judiciário se substituir à Administração na avaliação dos fatos quando houver mais de uma interpretação razoável; caso contrário, estará sendo violado o princípio da separação dos poderes, protegido pela Constituição pátria.

Em que pese a importância representada pelo avanço no controle judicial através dos elementos vinculados do ato administrativo, tanto em aspectos formais, como nos ligados à competência, à forma e motivação, fato é que tal evolução se revelou insuficiente para dar conta do significativo aumento das arbitrariedades perpetradas pela Administração Pública sob o respaldo do mérito administrativo. É por esta razão que a teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais e legais representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública. É justamente estes princípios que serão estudados a seguir.

4.4 Princípios da Administração Pública

Previamente à análise dos princípios da Administração Pública, devemos verificar, ainda que em linhas gerais, o que se entende por princípio jurídico.

No constitucionalismo contemporâneo, podemos falar que existe consenso na definição de princípio como norma, especialmente porque, na atualidade, os princípios gerais de direito estão constitucionalizados. Os princípios não são mais, pois, fontes subsidiárias.

Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que: “A aplicação desses princípios se faz ante a lacuna da lei, e mesmo do costume, por inexistir norma específica regendo a hipótese. Não envolve, portanto, qualquer derrogação de norma positiva e da sistemática do direito positivo, mas a sua complementação”.²¹⁴

Paulo Bonavides acrescenta:

²¹⁴ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 407.

uma vez constitucionalizados, os princípios tornam-se a chave de todo o sistema normativo. Não se trata mais de princípios gerais, mas de princípios constitucionais. Assim, [...] os princípios já não exercem uma função secundária no ordenamento, sendo invocados tão-só para o preenchimento do vazio legislativo. As constituições contemporâneas [...] convertem os princípios em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.²¹⁵

Entretanto, já não podemos constatar esse mesmo consenso no que se refere à diferenciação entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Embora seja um debate polêmico, que ganhou força na atualidade com a publicação das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy²¹⁶, na doutrina nacional ganha destaque a posição original de Humberto Ávila no sentido de que tanto as regras quanto os princípios podem ser ponderados. Segundo seu entendimento, não há uma necessária correspondência entre texto e norma.

Logo, a norma é fruto de uma interpretação. Os textos não possuem, pois, um significado intrínseco; é o uso que lhes confere sentido. Mas há significados ou sentidos partilhados ou intersubjetivados pela comunidade que funcionam como limites ao intérprete. Interpretar, assim define Ávila, é construir a partir de algo, e reconstruir. Daí sua conclusão no sentido de que não se pode afirmar, a priori, se certo texto constitucional possui um princípio ou uma regra, porque essa definição dependerá da atitude do intérprete.

Ademais, o princípio é uma norma que estabelece como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas e como dever mediato a adoção da conduta necessária para a promoção desse fim; já as regras estabelecem como dever imediato a adoção de uma conduta descrita e como dever mediato a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente.²¹⁷

Também Fábio Konder Comparato, ao tratar dos princípios éticos (a ética, na compreensão deste autor, envolve o direito, a moral e a religião), destaca que a diferenciação entre princípios e regras se pauta numa consideração de superioridade hierárquica dos princípios.²¹⁸

²¹⁵ *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

²¹⁶ Cf. SILVA, L. V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003, p. 609.

²¹⁷ *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23-26.

²¹⁸ *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 509-513.

Bem por isso é que os princípios têm função diferente das demais regras em razão de sua fundamentalidade: eles funcionam como critério de interpretação e integração do texto. Assim, ainda que as normas estejam localizadas no mesmo texto, não se verificando verdadeira hierarquia normativa, porque estão no mesmo plano, é nos princípios que estão os critérios para a compreensão e integração das demais normas, bem como daquelas que nelas se fundam.

Em razão de sua equivocidade, o termo princípio, tal qual grande parte dos conceitos jurídicos, exige um cuidado adicional: o de manter a fidelidade ao conceito inicialmente proposto e averiguar se a doutrina que se invoca também utiliza o termo no mesmo sentido e, assim, manter uma postura coerente.

Na doutrina estrangeira, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também destacam a importância maior dos princípios gerais de Direito, quando constitucionalizados, e asseguram que, na atualidade, eles não se limitam a suprir as fontes escritas, mas dão sentido e presidem a interpretação de normas escritas. Isso porque, explicam, gozam da superioridade normativa formal.²¹⁹

Assentada essa ideia, convém consignar que não se trata de uma opção arbitrária ou subjetiva a indicação de certa norma constitucional como fundamental: é o próprio texto da Constituição que a define como fundamental.

Também é a Constituição que coloca o princípio da legalidade como princípio da Administração Pública. Ademais, ainda no seu Título I, a Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Com efeito, não se compreende um Estado de Direito sem sujeição à legalidade. Afora isso, uma das facetas do princípio da legalidade constitui direito e garantia fundamental do cidadão, assegurado pelo art. 5º, II, da Constituição da República. Logo, também é norma que não pode ser revogada por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Os princípios jurídicos podem ser explícitos ou implícitos, como é o caso do princípio do interesse público.

Não apenas os princípios explícitos na Carta Magna são merecedores de aplicabilidade direta. Os implícitos também possuem caráter vinculativo.²²⁰ Devemos

²¹⁹ *Curso de derecho administrativo*. p.483.

²²⁰ Para José Joaquim Gomes Canotilho, a interação concretizadora entre os princípios e as regras jurídicas obedece a uma certa classificação. Primeiramente surgiriam os princípios estruturantes, os mais abstratos e, por essa razão, os responsáveis pela divulgação das idéias básicas no sistema. Posteriormente, aparecem os subprincípios, gênero que abarca as espécies princípios gerais e princípios especiais, com a missão de ajudar

destacar o conteúdo do inciso LXXVIII do art. 5º (razoável duração do processo), inserido pela Emenda 45, que tornou expresso o princípio da razoabilidade.

Outro exemplo de princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 que preservam o caráter geral como identificadores das balizas do sistema jurídico e dos fins a serem atingidos pelo Estado são as chamadas normas programáticas. Para José Afonso da Silva, as normas programáticas são aquelas

através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.²²¹

No tocante à atuação administrativa, podemos afirmar que as normas programáticas revelam princípios a serem respeitados como diretrizes axiológicas objetivadas pelo Poder Público na busca pela realização do bem comum.

A atividade administrativa discricionária deve respeito à carga axiológica constitucional incrustada nos princípios, que perfazem um elemento de observação obrigatória na escolha da melhor forma de atender ao interesse público. Se tais valores forem desconsiderados na avaliação feita pela Administração, o Poder Judiciário deverá interferir e compelir o Poder Público a seguir as diretrizes sociais, econômicas e políticas programadas para aquele determinado Estado de Direito.

A partir da incorporação de princípios e valores à Constituição, todo e qualquer ato administrativo é suscetível de um controle judicial mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais do Direito. Prevalece hoje a ideia de que os atos discricionários devem ser controlados não apenas no aspecto da legalidade, como também com relação à sua adequação ao ordenamento jurídico como um todo.

Enfim, após demonstrarmos que não é permitido à Administração atuar sem a observância dos princípios, implícitos ou explícitos, a seguir anotaremos de que forma alguns deles limitam a atuação administrativa discricionária e interferem no controle judicial.

na concretização dos princípios estruturantes, juntamente com as regras jurídicas e a atividade do judiciário e legislativo (*Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 180-181). De fato, os princípios podem ser encontrados em diferentes graus de abstração dentro de um mesmo sistema jurídico, o que influencia, de forma relevante, na facilidade ou não de visualizá-los no ordenamento. Quanto mais concreto mostra-se um princípio, maior é a facilidade em determinar a sua existência e aplicá-lo como norma.

²²¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 140.

4.4.1 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da proporcionalidade é uma mera faceta do princípio da razoabilidade.²²²

O princípio da proporcionalidade constitui um dos aspectos do princípio da razoabilidade, já que este exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E esta proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade. Também não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução.

Destacamos o conteúdo do inciso XIII do art. 93, inserido pela Emenda 45, que tornou expresso o princípio da proporcionalidade. A seu turno, a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 111, incluiu entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade, assim como a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Segundo Gordillo:

A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) Não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) Não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) Não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.²²³

²²² *Curso de direito administrativo*. p. 101.

²²³ GORDILLO, A. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 95.

O princípio da razoabilidade garante que a Administração, no exercício da competência discricionária, terá de agir de forma racional, coerente e prudente acatando as finalidades legais.

Conforme anteriormente adiantado, o Poder Judiciário não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade, que existe para que o administrador adote a melhor solução para o caso concreto; porém, esta liberdade não pode transbordar os limites legais. Neste sentido, para José Roberto Pimenta Oliveira a razoabilidade é um “limite interno da discricionariedade” na medida em que é um dos fatores a condicionar a escolha a ser procedida pelo administrador.²²⁴

Há quem entenda que, de acordo com o princípio da razoabilidade, a valoração subjetiva deve ser feita em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Temos que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos constitucionais do princípio da legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (artigo 5, LXIX).

Na verdade, a principal questão sobre o princípio da razoabilidade e a discricionariedade refere-se ao limite do controle exercido pelo Poder Judiciário.

De fato, existem situações extremas em que não há dúvida, pois, diante das mesmas circunstâncias, qualquer pessoa distinguiria o justo do injusto, o moral do imoral, o certo do errado. Ocorre que há uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão administrativa será discricionária, colocando-se fora do Poder Judiciário.

Cesar A. Guimarães Pereira, ao tratar do tema da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados afirma que

o conhecimento e a capacidade de racionalizar sobre a solução de um caso concreto são finitos. Disso resulta a circunstância de que a decisão, nos chamados ‘casos difíceis’, envolve critérios não extraídos integralmente do próprio ordenamento jurídico. A admissão desse fato – que é uma contingência da condição humana – não é suficiente para o abandono de qualquer exigência de racionalidade. Bem ao contrário, é precisamente por essa circunstância que a adoção de métodos de racionalidade e de razoabilidade se faz mais necessária. Excluir-se a adoção de métodos de razão e razoabilidade, ao mesmo tempo em que se reconhece a

²²⁴ *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. 563 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 362-363.

interferência, nas decisões concretas, de critérios não inteiramente baseados na racionalidade, corresponderia a legitimar a arbitrariedade.²²⁵

Com relação ao princípio da proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que este princípio enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados.²²⁶

Em suma, os “poderes administrativos” são meramente instrumentais, pois só podem ser usados com a finalidade de atingir o fim legal e, portanto, a validade de seu uso deve estar adstrita a alcançar o escopo normativo. Desta forma, todo excesso, toda providência que ultrapasse o necessário para atingir tal desiderato, representará uma extrapolação de competência e, pois, uma invalidade, representada na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar.

4.4.2 Princípio da segurança jurídica

Considerando a diversidade de interesses contrastantes existentes na sociedade, há a necessidade de existir uma força superior a fim de superar os desequilíbrios daí surgidos. O Direito surge, portanto, como meio necessário a possibilitar a convivência social almejada, impondo regras de manutenção da paz entre os membros da sociedade e meios que assegurem seu cumprimento.

Então, pode-se extrair que na própria ideia de Direito está inserida a de segurança jurídica, de modo a viabilizar e a propulsionar as relações sociais. Por isso, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que,

se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de Direito, como acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles. Por força do sobredito princípio cuida-se de evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de

²²⁵ PEREIRA, C. A. G. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 227-228.

²²⁶ *Curso de direito administrativo*. p. 110.

novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso. A prescrição, o direito adquirido, são exemplos de institutos prestigiadores da segurança jurídica.²²⁷

Mas como conciliar este princípio com a ideia de discricionariedade que permite à Administração agir com certa liberdade e decidir casos com o mesmo fundamento legal de formas distintas visando atender o interesse público?

Mesmo que a discricionariedade, por causa da margem legal de liberdade de decisão conferida ao agente público, possa gerar alguma incerteza quanto à decisão a ser adotada pela Administração, não haverá qualquer ofensa ao princípio da segurança jurídica se o ato administrativo for praticado visando atingir as finalidades específica e genérica da lei.

Desta forma, não há que se falar em insegurança nas relações jurídicas envolvendo a Administração Pública, pois o administrado deve sempre ter ciência de que o ato cumprirá o pressuposto teleológico da lei, ainda que o meio para atingi-lo possa variar de caso para caso, em razão das especificidades apresentadas por cada situação empírica.

Na verdade, o ordenamento jurídico contempla a discricionariedade justamente para que o administrador viabilize a necessária flexibilização do Direito, a fim de que este acompanhe as mudanças da sociedade para o qual foi criado.

A violação ao princípio da segurança jurídica também ocorre pela ausência ou insuficiência de motivação do ato administrativo, pois impossibilita a ciência do administrado quanto aos motivos do ato, impossibilitando a realização do controle pelo Poder Judiciário.

Sobre o assunto, Almiro do Couto e Silva entende que a segurança jurídica é entendida como sendo um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.²²⁸

²²⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 77.

²²⁸ O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237: 271-315, jul/set 2004, p. 273.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.²²⁹

Prossegue o autor afirmando que, modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança quando aludem ao aspecto subjetivo.

Com relação à jurisprudência, poucas são as decisões que invocam o princípio da segurança jurídica no seu aspecto subjetivo. O Supremo Tribunal Federal está, aos poucos, qualificando em suas decisões o princípio da segurança jurídica como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito.²³⁰

²²⁹ O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237: 271-315, jul/set 2004, p. 274.

²³⁰ MS 24268 / MG - MINAS GERAIS MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 05/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)

MS 22357DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 27/05/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação =DJ 05-11-2004 EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de

4.4.3 Princípio do devido processo legal substantivo

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

A *Magna Carta* de João sem Terra foi o primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio, quando, em 1215, se referiu à *Law of the land* (art 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*.

O termo hoje consagrado, *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa de 1354, no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

Apesar da *Magna Carta* ter sido um instrumento de acentuado reacionarismo, visto que foi criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa, continha exemplos de institutos jurídicos extremamente eficazes.

Nos Estados Unidos, algumas constituições estaduais, como as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, consagraram essa garantia antes mesmo da Constituição Federal de 1787.

A Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 afirmava que:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Mas, foi a declaração dos direitos de Maryland que fez pela primeira vez menção expressa ao trinômio hoje previsto na Constituição Americana – vida-liberdade-propriedade.²³¹

direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.

²³¹ “that no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freeholds, liberties, or privileges, or outlawed, or exile, or in any manner destroyed or deprived of his life, liberty or property, but by the judgment of his peers or by the Law of the land”

Posteriormente, o princípio aqui tratado foi incorporado à Constituição Americana pelas Emendas 5ª e 14ª. E é neste sentido genérico e amplo que a Constituição Federal pátria, no seu artigo 5º, inciso LIV, fala em proteção da liberdade e dos bens, com nítida inspiração nas Emendas 5ª e 14ª à Constituição Americana.

A cláusula *due process of law* não indica apenas a tutela processual como a primeira vista pode parecer. Tem sentido genérico e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, o *procedural due process*, para indicar a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

Quando instituído no sistema jurídico inglês pela Magna Carta de 1215, o *due process* ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito do processo penal, sendo, portanto, de cunho eminentemente processualístico àquela ocasião.

O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

A transformação do devido processo, de garantia processual em princípio limitador do conteúdo das decisões estatais, foi lenta. Até 1895, a Suprema Corte Americana praticamente não havia empregado seriamente a cláusula no sentido substantivo, que viria a influenciar profundamente boa parte da jurisprudência do século passado.

Os diplomas legais dos países do *Common Law* adotaram alguns dos desdobramentos do *due process*, fazendo-os constar de modo explícito nas normas legais. Exemplo disto nos dá a Constituição norte-americana que, pelo seu art. 5º, secção 9, nº III, proíbe o *Bill of attainder*, espécie de ato legislativo que considerava o cidadão culpado sem prévio julgamento, bem como veda a edição de leis penais com efeito retroativo (*ex post facto Law*).

O aspecto substancial do devido processo legal se manifesta em todos os campos do Direito, em especial no Direito Administrativo. Sabemos que, no Direito Privado, prevalece o princípio da autonomia da vontade, com a consequente liberdade de contratar, mas que no Direito Administrativo a administração somente pode agir *secundum legem*, ou seja, não pode praticar atos nem celebrar negócios

jurídicos atípicos: somente o que é permitido pela lei pode ser objeto da atividade administrativa.

O fato de a Administração Pública dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, compreende a cláusula *due process* no Direito Administrativo.

Na verdade, a proibição da arbitrariedade e a exigência de justificação de todos os atos dos poderes públicos são reflexos da incidência do princípio do devido processo legal substantivo.

O Supremo Tribunal Federal aplica a cláusula do devido processo legal em sentido material, no controle abstrato de constitucionalidade, ao anular atos normativos “destituídos do coeficiente mínimo de razoabilidade”, conforme palavras usadas pelo Ministro Celso de Mello.²³²

A vedação do arbítrio significa que a Administração deve sempre dar razões jurídicas para seus atos – e tais razões são as normas jurídico-positivas. Por isto, o ordenamento jurídico, por ser a única fonte da discricionariedade, constitui também seu único limite.

As técnicas que asseguram a vinculação da Administração ao Direito e que limitam a discricionariedade constituem aplicação direta do princípio aqui tratado.

4.5. Controle judicial da “discricionariedade técnica”

Vimos que, dos casos apontados como de “discricionariedade técnica” decorrem atos administrativos vinculados ou discricionários, conforme a situação concreta que se apresente, fazendo com que o controle judicial deva ser efetuado normalmente, sem qualquer diferenciação.

Ocorre que o controle judicial das apreciações técnicas realizadas pela Administração Pública por meio dos peritos judiciais está longe de ser uma questão pacífica.

Em que pese ser cediço o fato de que em um Estado de Direito o Poder Judiciário tem o dever de controlar toda a atividade praticada pela Administração

²³² STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2667, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/06/2002, DJ 12/03/2004.

Pública, há quem entenda que as decisões administrativas baseadas em apreciações técnicas são insindicáveis. Assim manifesta-se Sérgio Guerra:

[...] o fato incontroverso de que há conceitos jurídicos indeterminados nas leis de criação e outorga de funções às Agências Reguladoras poderá, a nosso sentir, dar margem a mais de um resultado tecnicamente justo, impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, transferir a função de interpretação desses conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos próprios magistrados, muitas das vezes sem uma comprovada capacidade técnica para apreciação dos temas em conflito. Nessa ordem de idéias, só podemos concluir que nos casos em que a Agência Reguladora identifica mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, adotando uma delas por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, estará vedado ao Poder Judiciário a anulação do ato.²³³

Por sua vez, Gustavo Binenbojm, ao analisar o controle judicial da atividade administrativa entende que, ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos, como em categorias do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário, devemos estabelecer critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre a Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), mas também a

específica idoneidade de cada um dos poderes em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc. para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.²³⁴

Assim, nos campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada

²³³ *Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana*. In: OSÓRIO, F. M.; SOUTO, M. J. V. (coord). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54.

²³⁴ *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40-41 apud KRELL, A. J., *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Um estudo comparativo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46.

matéria poderá ser decisiva na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve ficar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. A luta contra a arbitrariedade e as imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração, que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo.

No mesmo sentido, Victor Rhein Schirato, em estudo sobre as agências reguladoras, sustenta que o entendimento da ampla possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos não é elemento legitimador para que o Poder Judiciário reveja – e, conseqüentemente, possa alterar – atos regulatórios discricionários tomados com base em critérios eminentemente técnicos. Ou seja, sempre que a decisão das agências reguladoras recair sobre elementos eminentemente técnicos, o controle jurisdicional será *ipso facto* limitado. O Poder Judiciário não pode imiscuir-se em decisões administrativas baseadas em elementos que não são dominados por tal poder. As agências reguladoras são (ou ao menos devem ser) constituídas por técnicos e por especialistas nas matérias afetas ao setor regulado. As decisões exaradas por tais entidades são repletas de conhecimentos científicos específicos, que não são, normalmente, dominados pelo Poder Judiciário.²³⁵

Na verdade, o Poder Judiciário, ao analisar atos administrativos adotados em face de leis eivadas de conceitos técnicos, tem como primeira função identificar se o conceito, verificadas as possibilidades científicas e efetuada a confrontação com o caso concreto, resulta em vinculação ou discricionariedade ao órgão administrativo, donde determinará o tipo de controle a ser efetuado naquela situação. Os eventuais equívocos nas apreciações técnicas da Administração devem ser aferidos pelo Poder Judiciário por meio de peritos, profissionais especializados que atuam para solucionar conflitos dependentes de questões técnicas em todas as áreas do Direito,

²³⁵ As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, F. A. (coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 530.

inclusive no âmbito administrativo, pois não se pode admitir que à Administração seja permitido apontar como certo algo cientificamente comprovado como errado; tampouco o contrário seria possível.

O juiz não deve perscrutar a interpretação realizada pelo administrador e substituir a opinião dos técnicos da Administração Pública por outra opinião que possa formar ouvindo, no processo judicial, outros técnicos – a menos que a Administração incorra em erro de apreciação ou opte por uma solução que agrida a lei ou a carga axiológica do sistema jurídico.

Sabemos que o controle judicial não pode ser afastado de qualquer atividade administrativa, ainda que se pretenda, inutilmente, criar uma categoria insindicável denominando-a de “discricionariedade técnica”. Só podemos concluir que, nos casos em que a Administração Pública identifica mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, adotando uma delas por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, estará vedado ao Poder Judiciário a anulação do ato.

4.6 A “discricionariedade técnica” na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Para analisarmos os fundamentos com os quais o Poder Judiciário afasta ou acata as apreciações técnicas efetuadas pela Administração Pública, bem como a existência de uma coerência entre os argumentos invocados, procedemos a um levantamento das decisões que tratam da questão nos Tribunais Superiores.

De início, queremos ressaltar que a análise que faremos sobre a jurisprudência brasileira não tem o condão de ser exaustiva, nem tampouco de contemplar todas as possíveis tendências jurisprudenciais de nossos Tribunais.

O levantamento efetuado²³⁶ abrangeu três grandes grupos: os julgados referentes aos concursos públicos, os julgados sobre a atividade normativa das

²³⁶ No que diz respeito à metodologia utilizada para a realização da pesquisa, realizamos uma pesquisa nos sites dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e nos Tribunais Superiores, nos campos “acórdãos”, “decisões monocráticas” e, no Supremo Tribunal Federal – STF, também no campo “decisões da presidência”. A pesquisa foi feita sem limitação temporal, utilizando-se as expressões de busca “discricionariedade administrativa”, “discricionariedade técnica”, “apreciações técnicas”, “concurso público”, “agências reguladoras” e “medicamentos”, combinadas de diversas formas. As decisões encontradas a partir de cada uma das combinações de expressões de busca acima (incluindo “acórdãos”, “decisões monocráticas” e “decisões da presidência” – excluídas aquelas que tratavam de litígios que nada tinham ou têm a ver com a

agências reguladoras e os julgados referentes ao fornecimento de medicamentos que não constam das listas elaboradas pelos entes federativos.

É importante registrar que os conflitos judicializados são decididos muito mais por decisões liminares, proferidas em medidas cautelares, pedidos de suspensão de segurança e suspensão de liminar, do que por decisões de mérito propriamente dito. E isto se dá, muito provavelmente, pela conhecida morosidade do Judiciário, que acaba mantendo e consolidando situações por meio de decisão liminar.

Tendo em vista os mencionados resultados gerais encontrados a partir da pesquisa realizada, selecionamos aqueles julgados que consideramos mais relevantes para a análise da matéria a que nos propusemos, qual seja, verificar em que termos o Poder Judiciário se posiciona com relação à chamada “discrecionabilidade técnica”.

Grupo 1 – Concursos Públicos

Na pesquisa efetuada, verificamos que predomina na jurisprudência brasileira o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário manifestar-se sobre os critérios de formulação das questões, de correção das provas e de atribuição de pontos aos candidatos.²³⁷

discrecionabilidade administrativa), incluem apenas julgamentos ocorridos posteriormente à Constituição de 1988, mais precisamente decisões proferidas após o ano de 2001.

²³⁷ ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - CONCURSO PÚBLICO - EXAME DA ORDEM - NOTAS DISCREPANTES DOS AVALIADORES DA BANCA EXAMINADORA - REAVALIAÇÃO DE PROVA SUBJETIVA - INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - 1- Cuida-se de apelação interposta em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, onde a parte autora pretende a reavaliação da prova prático-processual a fim de afastar a discrepância verificada entre as notas atribuídas a mesma prova prestada pelo demandante, na segunda etapa do exame da OAB-RN (6,4, 5,9 e 3,7), resultando na reprovação do candidato no certame. 2- Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas, quando tais critérios tiverem sido exigidos de modo imparcial de todos os candidatos. Precedentes: (MS 21.176/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 19.12.1990; RE 140.242/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 21.11.1997; RE 268.244/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30.6.2000; RE-Agr 243.056/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 6.4.2001). 3- Também encontra-se pacificado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não pode o Poder Judiciário intervir na valoração dos critérios adotados pela Administração para a realização de concursos públicos, salvo quanto ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e o seu cumprimento durante a realização de certame. Precedente: (STJ - ROMS 19043 - GO - 5ª T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJU 27/11/2006 PÁGINA:291 - (...). 2- É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em concurso público, compete ao Poder Judiciário somente

Com relação à via adequada para a discussão sobre provas de concurso, prevalece a posição de que o mandado de segurança é via inadequada para as hipóteses em que pretende o candidato produzir prova pericial.^{238 239}

Os julgados que admitem o controle judicial restringem-se ao aspecto da ilegalidade ou ilegitimidade do ato. O controle judicial é admitido nos assuntos sobre contagem de pontos e sobre o tratamento desigual em relação aos recursos administrativos interpostos pelos candidatos.²⁴⁰

a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação da correção das provas realizadas, mormente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos. 3- Recurso ordinário improvido.)". 4- Destarte, com base na orientação jurisprudencial do Excelso STF e do Colendo STJ, é de se anotar que a banca examinadora de concurso público elabora, avalia e atribui as notas das provas com a discricionariedade técnica que lhe compete. Assim, não há como o Poder Judiciário atuar para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mormente quando se trata de critérios subjetivos e adotados os mesmos discernimentos para todos os candidatos, não se tratando de questão inserida no âmbito de atuação do Poder Judiciário, pois a pretensão do postulante demandaria a intervenção do julgador nos critérios de atribuição de notas adotados pela banca examinadora à prova subjetiva, em confronto com a orientação jurisprudencial de nossos Tribunais. 5- Apelação improvida. (TRF-5ª R. - AC 2006.84.00.002018-0 - (429200) - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - DJU 29.05.2008 - p. 469)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO. GABARITO DA BANCA EXAMINADORA. DELIBERAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Inviável a discussão pelo Poder Judiciário acerca do acerto ou não da formulação das questões pela banca examinadora de concurso público" (Superior Tribunal de Justiça, RMS 19.304, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15.09.2005)

²³⁸ No mesmo sentido: Concurso público. Juiz de direito substituto. Prova de sentença. Pretensão de obter informações acerca dos critérios adotados pela comissão de concursos na correção das provas escritas (sentença cível e criminal). Bem assim da exposição de motivos quando da atribuição do grau conferido ao candidato, para fins de interposição de recurso administrativo. Ao Poder Judiciário, restringindo-se ao controle da legalidade do ato administrativo, no caso cabe apenas observar se adotados os mesmos critérios para todos os candidatos. Princípios da legalidade e da impessoalidade observados. Violação aos princípios da motivação e da publicidade dos atos administrativos que não resta configurada. Inexistência de direito líquido e certo violado, decorrente de ato ilegal. Segurança denegada" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, MS 70007575855, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 12.12.2003)

²³⁹ ESTUDO DOS PROBLEMAS BRASILEIROS - DISCIPLINA NÃO-JURÍDICA - EXERCÍCIO DE ADVOCACIA PRIVADA - DESEMPENHO DE FUNÇÃO NÃO-PÚBLICA - PLEITO DE REVISÃO DE CRITÉRIOS - INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA - 1. Não se vislumbra, na espécie, qualquer ilegalidade, na medida em que a banca examinadora limitou-se a seguir fielmente as regras pré-estabelecidas no edital de abertura do certame. Primeiramente, quando não considerou a matéria lecionada pela recorrente (estudo dos problemas brasileiros) como jurídica, tendo em vista que, conquanto obrigatória, não é ministrada exclusivamente no curso de direito. Em seguida, quando, pelas mesmas razões, não classificou a atividade jurídica privada desempenhada pela recorrente como função pública, como, aliás, o próprio nome sugere, não obstante cuide-se de atividade privativa de bacharel em direito. 2. Nos termos da remansosa jurisprudência desta corte superior de justiça e do Supremo Tribunal Federal, deve o judiciário limitar-se à verificação dos quesitos relativos à legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados pela comissão responsável pela realização do certame. É defeso manifestar-se sobre o critério de atribuição de pontos, inerentes à atividade da administração, de competência exclusiva da banca examinadora. Precedentes. 3. Recurso conhecido e desprovido. (STJ - RMS 200400568312 - (18326) - SE - 5ª T. - Relª Min. Laurita Vaz - DJU 12.06.2006 - p. 501)

²⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. Exame psicotécnico com caráter eliminatório. Avaliação realizada com base em critérios não-revelados. Ilegitimidade do ato, pois impede o acesso ao Poder Judiciário, para conhecer de eventual lesão ou ameaça de direito ocasionada pelos critérios utilizados. Agravo regimental a que se nega provimento" (Superior Tribunal de Justiça, 2.ª Turma, RE-AgR 342074, Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.2002).

Em que pese não encontrarmos ressonância na orientação majoritária da jurisprudência, entendemos que cabe ao Poder Judiciário, com base em perícia judicial, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público em que foi constatada ausência de resposta correta. Na verdade, a afirmação de que a banca examinadora de concurso público elabora, avalia e corrige as provas com base na discricionariedade técnica baseia-se em falsos argumentos, pois, em um Estado de Direito, todos os atos exarados pela Administração devem passar pelo crivo do controle judicial, sejam eles vinculados ou discricionários.

Sustentamos que cabe ao Poder Judiciário controlar tanto as decisões tecnicamente erradas de uma banca de concurso, como também, nos casos de questões de múltipla escolha, quando a alternativa considerada correta pela banca examinadora não adotar o entendimento predominante do atual estágio da ciência ou de outro campo especializado. Oportunas as observações tecidas por Fábio Medina Osório:

Quando se examinam de perto as decisões judiciais, observa-se que os Tribunais têm consagrado um caminho perigoso e temerário aos administradores públicos, outorgando-lhes um passaporte que vai da discricionariedade à arbitrariedade administrativa. Esse trajeto – da discricionariedade à arbitrariedade – tem permanecido, na maior parte das vezes, imune aos controles, facilitando-se as flagrantes injustiças e distorções, com perspectivas, inclusive, de responsabilidade patrimonial do Estado por injustiças e erros manifestos, sem falar no péssimo exemplo de má conduta administrativa, dando-se ares de legitimidade e comportamentos ilícitos.²⁴¹

Nos casos de prova objetiva, quando há uma única resposta correta e quando a resposta certa é pautada por critérios técnicos que qualquer bom profissional da

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA OFICIAL. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível ‘*primo ictu oculi*’, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público. Precedentes. 2. Hipótese em que, por perícia judicial, não questionada pela parte ‘*ex adversa*’, foi constatada a ausência de resposta correta em questão de prova objetiva, em flagrante desacordo com o gabarito oficial e com o edital do certame, ferindo o princípio da legalidade. 3. Recurso especial conhecido e improvido” (Superior Tribunal de Justiça, RE 471.360/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 21.09.2006).

²⁴¹ Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n. 13, abr./maio 2002, p.4

área possa apontar, temos um caso de vinculação e não discricionariedade. Nestas hipóteses, cabe pleno controle pelo Poder Judiciário.

A grande polêmica surge nos casos de prova discursiva, no qual prevalece o entendimento de que há discríção na correção, já que esta não depende apenas de uma verificação científica, mas também de comparação entre o nível dos candidatos. Assim, nestes casos, o controle judicial é limitado à verificação da legitimidade do critério adotado pela banca e, se este for razoável e proporcional, não cabe ao Poder Judiciário substituí-lo por outro. Nesse sentido, aliás, Almiro do Couto e Silva²⁴² esclarece:

nas provas chamadas objetivas, ou de múltipla escolha, ordinariamente realizadas nos concursos públicos brasileiros, não há nenhuma razão que autorize o reconhecimento de uma margem de apreciação à banca ou comissão examinadora que devesse ser respeitada pelo Poder Judiciário, pois as considerações sobre igualdade de chances ou sobre a necessidade de cotejo de uma prova com todas as demais não tem qualquer sentido. O que resta, nessas hipóteses, é a indagação se, em matéria científica, técnica ou artística, pode a banca reputar como certa resposta insustentável à luz da técnica ou da ciência ou, inversamente, considerar como errada resposta que, por aqueles padrões, é correta.

Nas provas chamadas dissertativas, o problema muda de feição. Dilata-se substancialmente, nessa hipótese, a margem de subjetivismo da avaliação. Geralmente, nessa espécie de provas, a avaliação final leva em consideração as dissertações feitas pelos demais candidatos, identificando-se a melhor prova para, a partir daí, escalonarem-se as demais. Já se vê que, nesses casos, a substituição do juízo de quem conferiu grau à prova, pelo juízo de outra pessoa, pressuporia que esta última realizasse também a análise das provas prestadas pelos demais candidatos.²⁴³

Na verdade, entendemos que a utilização do método comparativo para a correção de provas dissertativas é frágil e pode levar a abusos, visto ser impossível realizar um quadro comparativo envolvendo todos os candidatos inscritos. O ideal seria a substituição do método comparativo por outro mais objetivo que levasse em conta os tópicos necessários de abordagem e os tópicos de uma resposta ideal, possibilitando uma avaliação objetiva pela banca e um controle pelo Poder Judiciário.

²⁴² COUTO E SILVA, A. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: COSTA WAGNER JUNIOR, L. G. (coord.), *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

²⁴³ Almiro do Couto e Silva. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior (coord.), *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 16.

GRUPO 2 – Agências Reguladoras

A partir de diversas decisões, analisadas visando aferir a evolução e indicar as tendências sobre este tema, concluímos que predomina nos Tribunais o entendimento restritivo, qual seja, o de não caber ao Judiciário manifestar-se sobre critérios técnicos da regulamentação.²⁴⁴ Diante da complexidade dos temas tratados

²⁴⁴ ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ANCINE - COTA DE TELA - DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA - PROPORCIONALIDADE - 1- A ANCINE, Agência Nacional de Cinema, criada pela Medida Provisória 2.228-1/2001, possui entre seus objetivos, garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno (Art. 6º, inciso IX da MP 2.228-1/2001). 2- O art. 55 da Medida Provisória 2.228-1/2001 instituiu a chamada “cota de tela”, que se constitui na fixação de um número de dias para que as empresas exibidoras de obras cinematográficas exibam filmes nacionais, o que deve ser determinado pela ANCINE, por decreto, anualmente. 3- Verificado que a regulamentação do número de dias para exibição de obras cinematográficas nacionais é da atribuição da ANCINE, que a empreendeu após devida avaliação técnica, há destacar que a atuação do Poder Judiciário se imiscuindo na impugnada fixação se mostra indevida não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da ANCINE, mas também por não deter o Magistrado os dados técnicos e mercadológicos necessários para aferição da melhor determinação para cada empresa cinematográfica. 4- A determinação da ANCINE, no Decreto 6.004/2006, de aumento do número de dias de obrigatoriedade de exibição de filmes nacionais conforme o aumento do número de salas de exibição existentes no complexo de multicinemas atende ao postulado da proporcionalidade. 5- A Instrução Normativa 58/2007 que prevê autuação e aplicação de multa para o não cumprimento da cota de tela estabelecida não apresenta qualquer pecha de ilegalidade, uma vez tratar-se de medida necessária a compelir as empresas cinematográficas a exibirem filmes brasileiros, de modo que a ANCINE possa atingir seu objetivo de promoção da cultura nacional, consoante preconiza o artigo 215, parágrafo terceiro da CF/88. 6- Não há qualquer eiva na sanção de cerceamento do acesso a recursos públicos de fomento aos quais a empresa pudesse fazer jus no ano de aferição do não cumprimento da cota de tela (art. 11 da IN 58/2007), já que nos termos do art. 7º, IX, da Medida Provisória 2.228-1/2001, a ANCINE detém atribuição para estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica. 7- Recurso desprovido. (TRF-2ª R. - AMS 2007.51.01.007459-8 - (73009) - 8ª T.Esp. - Rel. Juiz Fed. Conv. Marcelo Pereira - DJe 24.03.2009 - p. 94)

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Lei 7347/85, ART 12. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE - CAPTURA DE PEIXES CARTILAGINOSOS NA COSTA DO TERRITÓRIO NACIONAL - PROIBIÇÃO - DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA - 1. Invade a discricionariedade técnica da autoridade administrativa competente a decisão liminar, concedida nos autos de ação civil pública, que determinou ao IBAMA a edição, no prazo de dez dias, dos atos necessários à proibição da captura de peixes cartilaginosos na costa do território nacional e a fiscalização eficaz de sua pesca e comercialização, sob pena de multa diária. 2. Agravo regimental provido. (TRF-2ª R. - Proc. 2004.02.01.008439-4 - O.Esp. - Rel. Des. Fed. Paulo Barata - DJU 01.08.2006 - p. 182. ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada ‘área local’ para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de

pelas agências reguladoras, cabe ao Poder Judiciário apenas o exame jurídico da matéria, e não a responsabilidade da tomada de decisões relacionadas ao mérito do ato administrativo.

Entendemos que compete às agências reguladoras, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar princípios, diretrizes ou conceitos técnicos contidos em leis e regulamentos, mas isto não significa que não cabe ao Judiciário apreciar a validade dessas normas, seja com auxílio de peritos – quando se tratar de conceitos puramente técnicos –, seja pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo.

Na verdade, em muitos casos não há apenas a aplicação direta de conceitos jurídicos indeterminados. Na maioria das vezes, a lei confere à autoridade administrativa a possibilidade de optar entre mais de uma solução juridicamente aceitável. Referida discricionariedade envolve fundamentalmente a definição de uma política regulatória para o setor, ou seja, entre os critérios disponíveis, compete ao administrador eleger o que se mostra mais adequado ao interesse público, de acordo com seu juízo técnico de conveniência e oportunidade. Nestes casos,

serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 5. Recurso especial conhecido e provido”. REsp 572.070-PR – rel. Min. João Otávio de Noronha

Em sentido contrário: DIREITO DA REGULAÇÃO - DISCIPLINA DOS PODERES NORMATIVOS DAS ENTIDADES REGULADORAS - CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA - I - Prescindem de uma expressa disposição de Lei os atos normativos da agência nacional de petróleo - Anp, que os edita por direito próprio e que são aptos a retirar a eficácia das normas legais até então em vigor, segundo a técnica normativa conhecida e consagrada como deslegalização. II - Não é aplicável no Brasil a teoria segundo a qual a delegação de poderes normativos às entidades reguladoras impede o juiz de realizar o controle jurisdicional da discricionariedade técnica, pois, diversamente do sistema dos Estados Unidos da América, o Brasil não assegura a máxima participação dos interessados no procedimento administrativo que deu origem ao ato normativo sujeito ao controle, fato que impõe, por si só, aos tribunais pátrios, a árdua tarefa de reexaminar as questões técnicas, mediante a utilização das máximas de experiência comum ou especial (técnica) e, desse modo, restabelecer o equilíbrio entre as posições da agência nacional de petróleo - ANP e dos agentes econômicos. III - O postulado da legitimidade do poder normativo das agência reguladoras não é alcançado pela simples e formal realização de audiência pública, mas pela sua efetiva e material realização e por todo o procedimento de elaboração do ato normativo. IV - Seja porque é desprovido aparentemente de conteúdo técnico jurídico o ato normativo regulatório (o interesse protegido não é conhecido), seja por ausência do fundamento da discricionariedade técnica que se quer preservar (o fundamento técnico também não é conhecido), é inválido o ato normativo que fixa a necessidade de tancagem mínima acima da capacidade de venda das próprias distribuidoras de combustíveis. IV - A portaria não é ato normativo apto para efeitos externos ao ente regulador, especialmente quanto a disciplina das realidades individuais a que se destina. IV - Agravo interno prejudicado. V - Agravo desprovido. (TRF-2ª R. - AI-AGInt 2002.02.01.013063-2 - 6ª T. - Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlyund - DJU 06.07.2007 - p. 249)

estamos diante de uma decisão tipicamente político-administrativa, de mérito, que foge ao âmbito do exame da estrita legalidade ou juridicidade, não se mostrando possível a substituição desta avaliação por outra, baseada em critérios que não foram os escolhidos pela autoridade competente, mesmo que do ponto de vista técnico também pudessem ser empregados.

Assim, desde que haja fundamento técnico suficiente e adequado para a opção adotada pelo administrador, não poderá o magistrado substituí-la. A existência de divergência de opiniões técnicas sobre o assunto não implica em dizer que a opinião do perito judicial deva prevalecer sobre a escolha da administração pública, mas apenas indica que, entre as alternativas previstas, não sendo possível refutar de modo inquestionável qualquer uma delas, cabe à Administração Pública decidir qual a mais adequada. Se a decisão for fundamentada e tiver sido expedida em respeito aos trâmites procedimentais exigidos, não é admitido que, sem indicação de desvio de finalidade, ela tenha sua eficácia suspensa com base em simples questão controversa.

Cabe ao Judiciário analisar a pertinência, ou não, dos critérios eleitos pela Administração. Se não houver manifestação pericial peremptória e definitiva a respeito da inadequação da decisão administrativa, não compete ao Judiciário substituir a avaliação e anular o ato administrativo.

Constatamos com esta pesquisa que ainda é tímido o exame dos atos normativos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, especialmente com relação ao controle de constitucionalidade, de que resulta a análise em cada caso concreto, por via de exceção. Nos julgados trazidos à colação, o princípio do devido processo legal substantivo, que permite a invalidação de atos normativos por infringência a princípios ou valores contidos na Constituição ou na lei, é de pouquíssima aplicação no Direito Brasileiro.

Em suma, o problema do controle jurisdicional da “discricionariedade técnica” resumir-se-ia na verificação do tipo de atividade – vinculada ou discricionária – determinada pela lei eivada de conceitos que se referem a conceitos técnicos, como se faz em qualquer outro caso que envolva a atividade administrativa. Daí, então, resta aplicar o controle judicial correspondente ao caso: se ato vinculado, controle total, e, se ato discricionário, controle baseado na legalidade e observação dos princípios implícitos e explícitos do sistema jurídico, sem possibilidade de substituição de decisões legítimas da Administração.

Grupo 3 – Fornecimento de medicamentos fora da lista elaborada pelos entes federativos

São cada vez mais frequentes as decisões que obrigam a União, os Estados e os Municípios a fornecerem medicamentos não incluídos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) sob o argumento de que o direito à saúde é dever do poder público e que, em caso de omissão do Poder Executivo, compete ao Judiciário resolver a questão.²⁴⁵

Em que pese sustentarmos caber ao Poder Judiciário o controle dos atos discricionários da Administração Pública e que o juiz pode e deve avaliar as escolhas técnicas feitas, entendemos que, nos casos em que há uma política de distribuição de remédios, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância deve ser analisada com cuidado pelo Judiciário.

Ao determinar que um ente público forneça medicamento que não consta da listagem oficial, o Poder Judiciário está realizando uma opção técnico-política e usurpando a função administrativa, já que definir os medicamentos a serem distribuídos para a população é uma atividade inserida na competência discricionária da Administração Pública.

Ao serem elaboradas as listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos pelos entes federativos à população são levados em conta critérios de relevância em saúde pública, segurança e estudos comparativos de custo e efetividade. O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde e não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído

²⁴⁵ RE 273042 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 28/08/2001 Órgão Julgador: Segunda Turma
EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. - Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes do S.T.F. II. - Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido.

AgRg na STA 59 / SC - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 2003/0232382-3 SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Ministro EDSON VIDIGAL (1074)

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. SAÚDE PÚBLICA. LESÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual de medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial suficiente para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.

2. Agravo Regimental não provido.

por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz observa apenas os casos concretos, não possui uma visão genérica do assunto.^{246 247}

A propósito, registra Ana Paula de Barcellos:

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.²⁴⁸

O Poder Judiciário, ao determinar que a Administração Pública forneça medicamentos fora da listagem oficial está obrigando o governo a destinar parte dos recursos reservados à saúde a solicitações individuais, o que compromete o

²⁴⁶ STF, *DJU* 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência”.

²⁴⁷ Ag Rg no Ag Rg na STA 81 SC 2004/0062451-9. Relator : Ministro Edson Vidigal SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1.O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública. 2. Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam a saúde de toda a população. 3 Agravado Regimental não provido.

²⁴⁸ Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de direito do Estado* 3:32, 2006.

funcionamento do Estado. O poder público se vê no dilema de retirar o remédio de um para garantir o de outro.

Na verdade, a apreciação técnica realizada pela Administração Pública poderá ser revista em ação coletiva e, se o Judiciário entender que há desvio na avaliação do Poder Público pode determinar a inclusão de determinado medicamento na lista. A revisão, no entanto, tem de ser feita no âmbito das ações coletivas – para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produza efeitos *erga omnes*, ou por ações abstratas de constitucionalidade, que discutam a validade das alocações orçamentárias.

CONCLUSÃO

Em face da complexidade que circunda o tema da discricionariedade administrativa, procuraremos apresentar uma síntese das observações colhidas ao longo deste trabalho.

1. Com a instauração do modelo de Estado de Direito, o Estado se sujeitou aos parâmetros da legalidade, a ação estatal passou a ser subjugada por um quadro normativo e as funções estatais tornaram-se perfeitamente distintas, caracterizando-se, a função legislativa, como aquela emissora de normas gerais e abstratas, que inovam primariamente na ordem jurídica; a função jurisdicional como a que resolve as controvérsias com a força jurídica da definitividade e a função administrativa como sendo a desenvolvida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, com submissão à lei ou à Constituição Federal, nos casos em que esta prevê, segundo regime jurídico administrativo, para cumprir as finalidades assinaladas no ordenamento jurídico, submetida a um controle de legalidade hierárquico e jurisdicional.

2. A discricionariedade administrativa está fundamentada na impossibilidade material do legislador prever todas as situações que o administrador enfrentará para atender ao interesse público; na inviabilidade jurídica, em regime de tripartição de poderes, da supressão da discricionariedade, sob pena de o legislador invadir campo de individualização da norma, e na impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade pela necessária utilização na norma de conceitos indeterminados.

3. A existência de competência discricionária na norma jurídica não é suficiente para que o administrador decida mediante critérios subjetivos de conveniência e oportunidade; deverá haver a análise do caso concreto. A ocorrência de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra no caso concreto.

4. A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de ausência de indicação do pressuposto de fato, ou quando este é descrito através de conceitos vagos; no comando da norma, quando nele se houver previsto, para o agente, mais de uma alternativa de conduta, e na finalidade, quando esta for expressa por meio de conceitos fluidos.

Em virtude da crescente evolução tecnológica, a legislação reguladora da atividade administrativa sofreu uma tecnificação pelo uso de conceitos, regras e ações que vão se desenvolver conforme conhecimentos científicos especializados.

Com isto, a Administração Pública passou a tecnicizar suas decisões para possibilitar o atendimento aos mais diversos anseios de uma sociedade partícipe do uso de tecnologias e da exaltação da ciência.

Diante deste contexto, ganhou força a discussão da chamada “discricionariedade técnica”, expressão que, no início, surgiu como tentativa de tornar insindicável certos atos administrativos e, depois, foi sendo utilizada para abarcar variados sentidos, que acabam por ensejar divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

5. Demonstramos que a doutrina se utiliza do termo “discricionariedade técnica” em vários sentidos, o que desperta significativa confusão, quando o que existem são conceitos jurídicos indeterminados, que se referem a elementos técnicos e científicos de outras áreas e que ensejam vinculação ou discricionariedade, conforme o caso.

6. Com isto, entendemos que o ideal é abandonarmos a expressão, já que a mesma serve como fonte de equívocos, haja vista que faz supor, erroneamente, que há uma espécie de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa e que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricção.

7. Com relação às atividades realizadas pelas agências reguladoras, constatamos que ora trata-se de competência discricionária, ora de competência vinculada, cabendo ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, exercer o controle judicial correspondente à atuação vinculada ou discricionária da agência reguladora.

Não podemos sustentar a ausência de controle judicial sobre a atividade das agências reguladoras, sob o pretexto de que esta atividade está sendo desempenhada no âmbito da “discricionariedade técnica”. Cabe ao Poder Judiciário analisar se o resultado técnico era a única solução possível para o caso, nas hipóteses de conceitos puramente técnicos e, em caso de escolha, se foi feita com base nos princípios da razoabilidade e do devido processo legal substantivo.

8. Se a escolha feita pela Administração Pública baseou-se em fundamentos técnicos suficientes e adequados e foi devidamente motivada, tal decisão não poderá ser revista pelo Judiciário, por não se tratar de matéria relacionada ao exame

da legalidade. Existindo mais de uma opinião técnico-científica para o caso, e não sendo possível refutar de modo inquestionável qualquer uma delas, cabe à autoridade administrativa competente decidir a respeito de qual adotar.

9. Em um Estado de Direito, o Poder Judiciário deve controlar a legitimidade da escolha feita pela Administração Pública, mas este controle não pode representar uma indevida intromissão na dinâmica da independência de um Poder sobre o outro. O Poder Judiciário pode e deve fazer uma análise das avaliações estritamente técnicas; porém, se a Administração Pública fundamentou sua escolha e a expediu de acordo com os trâmites procedimentais exigidos, e desde que não haja desvio de finalidade, não poderá o Judiciário substituir a escolha administrativa com base em simples controvérsia, já que não cabe ao Judiciário a tarefa de fazer opções técnico-políticas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona: Bosch, 1970. t. I.

_____. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966. v. I e II.

_____. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed., Milão: Giuffrè, 1960.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Discrecionalidade – fundamentos, natureza e limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 122, p. 1-20, out./dez. 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *RDE Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 17-54, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 285-318, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BÉNOIT, Francis. Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMMEO, Frederico. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: La Litotipo, 1914. v. I.

_____. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*. Milão: Dottor Francesco Vallardi, v. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Tradução Frederico A. Paschoal. 3. ed., Campinas: Bookseller, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971.

_____. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

CASSESE, Sabino. *Trattato di diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2000, t. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.

DORDA, Rosa Camella. *Limites del poder reglamentario em el derecho administrativo de los Estados Unidos: evolución de lo modelos tradicionales, controle judicial y técnicas de negociación*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa e planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2 ed., Navarra: Aranzadi, 1999.

_____. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Cívitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, Salvador, jan. de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2009.

_____. *Direito administrativo*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: Idem. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2004 pg 19-50.

ELIAS, Alexandre Nemer. A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários. 167p. 2008. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1995, Seleção Histórica.

FARIAS, Daniela Cordeiro de. *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração pública*. 203 p., 2005. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R. *De la Arbitrariedad de la administracion*. Madrid: Civitas, 1999.

FERRAZ , Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed., São Paulo: Forense, 2006.

_____. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n 6, 1997, p. 87-89.

_____. Como regular agências reguladoras? *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 1-23, jul./set. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *Democracia, juices y controle de la administration*. Madrid: Civitas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed Buenos Aires: FDA, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Discricionariiedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 114-116, jan./mar. 1990.

_____. Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 78, p. 161-166, jan./dez. 1983.

_____. Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, n. 74, p. 217-221.

_____. Crítica da discricionariiedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica* São Paulo: Malheiros, 13 edição, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Perspectivas para o federalismo. In: BASTOS, Celso Ribeiro (org). *Por uma nova federação*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 146-165.

_____. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas 2*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84-115.

_____. As agências reguladoras. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 22, p. 29-55, 2003.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Jurema Villela (coord). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 869-907.

_____. *Discricionariedade e flexibilidade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legatária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; Floriano de Azevedo. Marques Neto (coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Forum, 2008, p. 206 -240.

_____. Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade. In: Sérgio Guerra (coord). *Temas de direito regulatório* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 1-8.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fun. Calouste Gulbenkian, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo, Dialética, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 13-29, 2002.

_____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed., Atualizadores Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, deficit democrático e a “elaboração processual de normas” *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte n. 2, abr./jun. 2003, p. 221-255.

_____. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In. ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173-220.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo sistematizado*. 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. 563 f., 2003. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-FABIO-MEDINA-OSORIO.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2009.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Atica, 1962.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*, Dissertações. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989. v. I.

_____. O poder discricionário da administração. In: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*, Dissertações. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989. v. I.

_____. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946.

_____. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, jul./set. 1969.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p. 43-55, 1999.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

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

_____. *Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2005. Parte general.

SESIN, Domingo Juan. Determinación del interés público. Actividad reglada o discrecional. Intensidad del control judicial en derecho administrativo. *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n. 47, Buenos Aires, mar. 2004.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 8, p. 231-251, out./dez. 2004.

SILVA, Almiro Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 51-67, jan./jun.1990.

_____. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER Junior, Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo administrativo da União (Lei 9784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237:271-315, jul/set 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jul., 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUSA, António Francisco. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, 2008, p. 469-537.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 21, p. 4-7, jul./set. 2000.

_____. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 31-39, 1993, p. 32.

_____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceitos de discricionariedade jurídica. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/23584061091481851665679/doxa25-13.pdf>. Acesso em 01 jul. 2008

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*. 5. ed. Milão: Giuffré, 1999. v. 2.