O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica

Cássio Cavalli*

1. Introdução

Se há algo capaz de reduzir a uma unidade o debate acerca da discricionariedade, independente do tempo e do lugar em que se dê, é a “ânsia jamais satisfeita de uma redução ou transformação da margem da liberdade reconhecida à administração no exercício das próprias funções”, conforme observou Aldo Piras (1964) ao tratar do tema da *discrezionalità amministrativa*. Insere-se, pois, o tema da discricionariedade no *movimento pendular* da história entre a liberdade e o absolutismo, conforme a expressão de Clóvis do Couto e Silva (1959). Com efeito, a delimitação da discricionariedade da administração pública consiste em processo histórico, cujo desenvolvimento acompanhou o evoluir da própria noção de Estado, notadamente com a afirmação do Estado de direito, a partir de meados do século XIX.

Tendo em vista que a atuação do Estado projeta-se no mundo exterior mediante a atuação dos agentes administrativos, há a necessidade de delimitar-se o conteúdo e a extensão do campo de ação da administração pública. E isso é obtido mediante a investigação da discricionariedade administrativa, que acaba por constituir um dos temas centrais do direito administrativo nos estados democráticos de direito, conforme observa Marçal Justen Filho (2005).

* Professor e pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

Um dos primeiros critérios para delimitar-se o poder da administração pública consiste na noção própria de legalidade dos atos por ela promanados. Com efeito, da investigação acerca das relações entre ato administrativo e o princípio da legalidade, desenha-se uma linha evolutiva que foi gradualmente se desenvolvendo a ponto de atualmente haver um *“completo assoggettamento dell’azione dei pubblici poteri all’imperio della legge ed al controllo dell’autorità giurisdizionale”*.

Nesse sentido, os atos praticados pela administração pública submetem-se ao império da lei, que lhes traça previamente as características. Ao Poder Judiciário, compete o controle da legalidade dos atos administrativos, de modo que o ato que não observar a prescrição legal será tido como inválido. No entanto, certos atos administrativos não são, em determinados aspectos, predeterminados pela lei. Tais atos, pelos quais deixa-se uma margem de liberdade à atuação da administração pública, são denominados atos administrativos discricionários. Precisamente por não se submeterem aos preceitos ditados rigidamente pela legalidade, é que se afirma que os atos administrativos discricionários demarcam as fronteiras do controle jurisdicional sobre a atividade da administração pública.

A margem de liberdade deixada ao administrador acaba por exigir que se determine em que consistem os atos discricionários e quais os critérios de controle que são estabelecidos para o controle social da atividade da administração pública. Aqui se insere o tema da discricionariedade técnica, que cuida do grau de vinculação estabelecido à administração pública quanto à prática de atos que, mesmo envolvendo uma margem de escolha por parte da administração pública, demandam recurso a conhecimentos técnicos específicos. Assim, a investigação do tema da discricionariedade administrativa ocupa-se de determinar se a atividade administrativa, quando vinculada à questão técnica, permanece discricionária ou se torna vinculada. Os atos administrativos que envolvem questões técnicas são sindicáveis pelo Poder Judiciário?

Para resolver tal questão, este artigo traz mais duas seções, além da conclusão.

A primeira traça a linha de desenvolvimento da noção de ato administrativo discricionário, mediante a sua relação com o princípio da legalidade, orientador da atuação da administração pública (legalidade e discricionariedade). Depois, ao tratar do tema da ampliação do controle judicial do ato discricionário, descreve-se quais foram as etapas cumpridas em âmbito doutrinário para que se afirmasse, atualmente, a maior tendência à sindicabilidade judicial dos atos administrativos discricionários.

Na segunda, cuidou-se, primeiramente, da limitação do poder discricionário, mediante o recurso às teorias que foram desenvolvidas para explicar a discricionariedade. Por fim, ao investigar-se o significado e controle da discricionariedade técnica, buscou-se inserir o tema no contexto da teoria do ato discricionário, me-

diante a afirmação de dois principais significados atribuídos à discricionariedade técnica, relacionados ao *accertamento* do fato a que se aplicará a norma e à utilização da técnica para a escolha de possíveis soluções em casos concretos pela administração pública.

2. Discricionariedade administrativa

Legalidade e discricionariedade

A expressão discricionariedade é termo plurívoco que, mesmo em direito, evoca diversos significados. Assim, fala-se em ato discricionário e em poder discricionário, consistindo o ato discricionário no exercício do poder discricionário.

Com efeito, pode-se utilizar o termo para qualificar um ato que a administração pública pode ou não praticar, em consonância com uma noção de liberdade. Assim, conforme registra Aldo Piras (1964), no âmbito doutrinário italiano há consenso em reconhecer-se a *“esigenza di riconoscere nella discrezionalità i caratteri di una sfera di disposizione propria di quel genere di funzione che, com una certa imprecisione, si son dette ‘libere’”*. Pode-se dizer que ato discricionário é aquele que a administração pública, com alguma margem de liberdade, pode ou não praticar.¹

O termo também significa que o ato discricionário é aquele em que a administração pública possui, necessariamente, uma margem de escolha entre alternativas em que se deixa à administração pública um momento de *livre cognição*. Com efeito, utiliza-se o termo *discricionário* para referir-se “à opção, à escolha, à seleção, abstraídos outros condicionamentos, que não são levados em conta para efeito do exercício do poder discricionário”. Assim, conforme a lição de Diogenes Gasparini (1995), nos atos discricionários “cabe à administração pública escolher dito comportamento”. Por essa razão, ensina Almiro do Couto e Silva (1990) que o “poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário”.²

No entanto, tendo em vista a faculdade de praticar ou não o ato, bem como a possibilidade que a administração pública tem de escolher entre duas ou mais

¹ Em igual sentido, afirma Aloísio Zimmer Júnior (2007) que os atos administrativos discricionários são os que “aditem um espaço de escolha, de juízo de mérito, porque a lei não impõe, contudo autoriza a sua prática”.

² No mesmo sentido é o comentário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007), para quem “existe discricionariedade quando a lei deixa à administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito”.

alternativas, que não são previamente ditadas pela lei, deve-se estabelecer em que consistem os critérios capazes de delimitar essa margem de liberdade.

Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que a discricionariedade administrativa, como toda atividade da administração pública, encontra seu ponto de partida em prévio comando legislativo. Nesse sentido, ensina Aloísio Zimmer Júnior (2007) que a “discricionariedade administrativa não decorre da ausência de legislação, mas opera em uma margem oferecida por ela, visto que todos os atos administrativos dependem da existência de lei anterior”. Com efeito, mesmo nos atos ditos discricionários haverá a determinação legal acerca dos critérios de competência, finalidade e forma. Assim, por exemplo, no que diz respeito à competência para a prática do ato administrativo discricionário, deve-se ter presente que a própria lei, ao outorgar à administração pública a margem de discricionariedade, já identifica qual autoridade administrativa será competente para praticá-lo. Nesse sentido, jamais se poderá entender que a discricionariedade administrativa compreende a competência para a prática do ato, “porque o requisito já está determinado”.

Por isso, pode-se afirmar que nos atos administrativos discricionários sempre haverá *certa dose de liberdade* na discricionariedade, tendo em vista que todo ato está em alguma medida *amarrado à lei*. Por conseguinte, ensina Juarez Freitas (2004) que não há falar-se em pura discricionariedade ou em pura vinculação, pois a discricionariedade consiste em *limitada* liberdade de escolha.

A discricionariedade como liberdade estará presente no mérito do ato administrativo, relacionado à conveniência e à oportunidade de praticá-lo. O ato discricionário, nesse sentido, é aquele que confere à administração pública a liberdade de formulação de juízos de conveniência e oportunidade para a prática de atos.³ Vale dizer, de acordo com Almiro do Couto e Silva (1990), que o “poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o ‘se’ e com o ‘como’ da ação administrativa ou com ambos. O poder de eleição entre praticar ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao ‘se’) exprime margem mínima de poder discricionário”.

Esses traços característicos dos atos discricionários são utilizados para distingui-los dos atos vinculados. O ato será discricionário ou vinculado se for obrigatória ou não a sua prática. Também se os efeitos jurídicos do ato forem determinados pela lei ou pela vontade do administrador. No ato vinculado não há margem de escolha para decidir diante de um caso concreto. A “competência, a finalidade, a forma própria do ato, o motivo e o objeto estão condicionados às regras de lei,

³ Freitas (2004). No mesmo sentido, Aloísio Zimmer Júnior (2007) ensina que “o motivo e o objeto oferecem o espaço de avaliação de conveniência e de oportunidade (o mérito do ato administrativo)”. Já para José Cretella Júnior (1977), discricionariedade administrativa é a faculdade que “se desenvolve na escolha dos meios e dos modos mais eficazes e oportunos para a realização do interesse público”.

visto que nenhum desses elementos possibilita novas avaliações de conveniência e oportunidade”. Por isso, conclui Aloísio Zimmer Júnior (2007) que o “poder vinculado, desta maneira, parece mais um dever de aplicação da lei e de realização de atos administrativos”.

Ampliação do controle judicial do ato discricionário

O tema da discricionariedade, no sentido de delimitação de uma esfera de liberdade de ação do poder administrativo e da esfera de ação vinculada, conforme registra Aldo Piras (1964), não era encontrada nos autores da primeira metade do século XIX. Pois até esse momento histórico inexistia preocupação com a noção de que a administração pública deve perseguir o interesse público que lhe é confiado. Por isso, apresentava-se o tema da discricionariedade relacionado à delimitação de uma esfera de liberdade da autoridade administrativa, a ser contraposta com a noção de ato vinculado. Na verdade, a ausência de maiores investigações foi suprida somente quando, na metade do século XIX, apresentou-se o *verdadeiro ponto do problema*: quando se teve a intuição da compatibilidade da atribuição discricionária com um dever imposto ao agente, de perseguir e servir ao interesse geral confiado a seus cuidados. Antes que se pusesse em evidência esse tema, as discussões giravam em torno da distinção entre matéria contenciosa, submetida ao controle jurisdicional, e matéria não contenciosa, submetida ao controle administrativo. Assim, atribuía-se ao Poder Judiciário a tutela dos direitos subjetivos e, à administração, o poder de regular as situações administrativas. A análise judicial do ato resumia-se à análise da legalidade do ato, não de seu mérito.

Esse panorama é invertido na metade do século XIX, quando se percebe que o ato discricionário, praticado para atender a fins pessoais do agente ou manifestamente não consentidos pela norma, poderia afetar um direito subjetivo. Por isso, era preciso considerar a possibilidade de eventualmente realizar-se controle judicial da discricionariedade administrativa, quando o ato administrativo fosse praticado para fins próprios do agente ou para escopos não consentidos pela norma atributiva do poder, e disso resultasse lesivo a um direito subjetivo igualmente digno de tutela. Desenvolve-se, assim, a noção de desvio de poder. Os atos considerados *acte discretionnaire ou de pure administration*, não sindicáveis judicialmente, poderiam apenas ser controlados pelo Poder Judiciário se ele fosse submetido a um juízo de legalidade. Nisso consistia a doutrina francesa do *détournement de pouvoir*. Ante a reduzida hipótese de sindicabilidade judicial do ato discricionário, a jurisprudência demonstrava excessiva cautela em adentrar os seus limites, a ponto de se afirmar jurisprudencialmente a existência de uma espécie de ato subtraído do controle judicial. Tal relutância, aliás, é tida por Aldo Piras como

uma das causas de desenvolvimento da categoria do *acte discretionaire*, em que a discricionariedade era tida como um limite insuperável à sindicabilidade jurisdicional. Tal posição influenciou os desenvolvimentos acerca do tema. Por exemplo, asseverou José Cretella Júnior (1977) que o “juiz da discricionariedade é apenas a administração pública, jamais o Poder Judiciário”.

Nas suas origens, a atividade administrativa era reduzida aos esquemas próprios da atividade judicial, no sentido de que a atividade administrativa e a atividade judicial possuíam normas de estrutura e função semelhantes. No entanto, percebia-se frequentemente na norma discricionária o rasgo característico de adotar fórmulas genéricas, razão pela qual se entrevia nisso o “núcleo central do problema para definir o conceito da discricionariedade”, a outorgar maior liberdade de atuação da administração pública em razão da existência de um suporte fático aberto nas normas discricionárias.

Com efeito, frequentemente normas administrativas autorizativas da prática de atos discricionários utilizam termos que se relacionam com o que Marçal Justen Filho (2005) se referiu como *textura aberta da linguagem*. Dogmaticamente, tais normas contêm conceitos jurídicos indeterminados, consistentes naqueles que “comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto”.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados no pressuposto de fato das normas administrativas conduzia a uma maior margem de liberdade do agente público na determinação de seu sentido. Impunha-se, entretanto, delimitar em que consistiria essa margem de liberdade. Duas soluções se apresentaram. A primeira solução foi apresentada por Bernatzik, que sustentava que a liberdade da administração pública na determinação de sentido da norma seria equivalente àquela gozada pelo Poder Judiciário, no sentido de que o “*il diritto positivo investa del potere di decidere inappellabilmente in ordine all’esistenza e alla sussumibilità del fatto nella norma*”. Essa alternativa, no entanto, limitava consideravelmente a possibilidade de sindicabilidade do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário.

A segunda solução, apresentada por Tezner e Jellinek, relacionava-se não ao poder de determinar se o fato deveria ser subsumido à norma, mas apenas ao poder outorgado à administração pública para adotar determinada medida, que julgasse mais adequada à hipótese. A doutrina de Tezner identificava que a “*essenza della discrezionalità con un fenomeno di completamento soggettivo della norma da applicare può solo contribuire ad individuare, non anche a risolvere il problema del rilievo dell’attività (discrezionale) nei rispetti del potere che deve essere esercitato o dell’atto che deve essere emanato*”. Por consequência, ao delimitar o âmbito da discricionariedade ao estabelecimento de estatuto, e não à verificação da ocorrência de um fato e a sua subsunção a um suporte fático, ampliava-se a possibilidade de sindicabilidade jurisdicional do ato discricionário.

Referidas correntes doutrinárias ecoam até os dias atuais. Marçal Justen Filho (2005), por exemplo, sustenta que se deve distinguir a discricionariedade na aferição da hipótese de incidência — que se relacionaria com a oportunidade — da discricionariedade na determinação dos efeitos, entre vários possíveis, que se relacionam com a conveniência.

Pode-se, inclusive, traçar um paralelo entre as doutrinas expostas com a validade e a eficácia do ato administrativo. Para De Valles (1965) consiste a validade na *“condizione di um atto d’essere conforme al diritto, e di esserre da questo tutelato, per Il raggiungimento dello scopo cui tende”*. Ainda segundo o mesmo autor, o ato considerado válido, no entanto, pode ser ineficaz, *“quando esso non abbia la forza per essere portato ad esecuzione pratica”*. Nesse sentido, eficácia é *“condizione per cui um atto può avere attuazione pratica attuale”*.

Em relação à possibilidade de se endereçar críticas aos desenvolvimentos doutrinários, como faz Aldo Piras (1964) em relação à doutrina de Tezner, o certo é que se verifica uma linha de tendência direcionada para a ampliação do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. Tal linha de tendência é percebida, igualmente, no desenvolvimento doutrinário brasileiro atual.

Os autores brasileiros são acordes em reconhecer que o ato administrativo discricionário submete-se ao controle jurisdicional no que respeita à observância dos preceitos legais quanto à competência, à finalidade e à forma, como já afirmado. Escapa à sindicabilidade jurisdicional apenas aquilo que diz respeito ao mérito do ato administrativo discricionário, pois, conforme ensina Diogenes Gasparini (1995), o mérito *“é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público”*. Assim, afirma-se que o mérito não se submete à sindicabilidade judicial. Vale dizer que somente a conveniência e oportunidade do ato não se submeterão ao controle judicial. Por isso, Diogenes Gasparini (1995) discorda da assertiva de que o ato administrativo discricionário não se submete ao controle judicial, pois não se submeterão ao controle judicial a conveniência e a oportunidade do ato. Assim, ensina Almiro do Couto e Silva (1990) que o controle judicial do poder discricionário *“restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder etc.)*, mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida — no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro”.

No entanto, há doutrinadores que sustentam inclusive que o mérito do ato administrativo pode ser controlado jurisdicionalmente em razão do fato de que toda atuação da administração pública submete-se à supremacia da Constituição, de modo que também os atos administrativos discricionários subordinam-se aos princípios constitucionais, notadamente relacionados a direitos fundamentais. Juares Freitas (2004), por exemplo, ao sustentar que se submetem os atos administra-

tivos discricionários ao controle judicial em razão da necessária observância dos direitos fundamentais, festeja essa feliz *expansão da sindicabilidade* dos atos discricionários em razão dos princípios. Como ensina o autor, deve-se ter em mente que, em primeiro lugar,

são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar as suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes.

Nesse sentido, atos discricionários que envolvem escolhas da administração pública, inclusive as relacionadas a políticas públicas e à atividade de planificação, devem assentar sobre escolhas juridicamente fundamentadas.

Essa expansão da sindicabilidade do ato administrativo discricionário, no entanto, é feita de modo negativo, no sentido de que, conforme assevera Juarez Freitas, o “mérito (relativo a juízos de conveniência ou de oportunidade) pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre”. Na mesma linha insere-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007), para quem, no Estado democrático de direito, ao aspecto formal da lei acrescem-se *considerações axiológicas*, razão pela qual

amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Assim, 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.

3. A discricionariedade técnica como limitação da margem de liberdade da administração pública

A delimitação do poder discricionário

Na busca pela afirmação de critérios que possibilitem delimitar o âmbito da discricionariedade ao mesmo tempo que se busca explicar no que consiste o ato discricionário em contraposição ao ato vinculado, desenvolveram-se várias doutrinas.

Assim, tendo em vista que no âmbito da discricionariedade administrativa há um espaço para a valoração da administração pública entre alternativas convenientes e oportunas, sustentou-se que o que definiria o ato discricionário envolveria um ato volitivo do Estado. Com efeito, conforme Aldo Piras (1964), o tema da discricionariedade administrativa se relacionaria com uma liberdade volitiva da administração pública que, por sua vez, envolveria uma análise da relação existente

tra l'aderenza della soluzione prescelta alle esigenze del pubblico interesse e la causa (di giustificazione) del provvedimento. Si riteneva allora che l'unica ragione di distinguere tra vincolatezza e discrezionalità attenesse appunto alla possibilità, ricorrente soltanto nel secondo caso, di valutare con una certa libertà e, comunque, insindacabilmente la rispondenza concreta dell'atto alla funzione (tipica) che la legge gli avesse assegnato.

Nessa linha de desenvolvimento insere-se o escólio de De Valles (1965), que destaca o caráter volitivo da atuação da administração pública.

Havia, no entanto, a necessidade de se objetivar a justificação da discricionariedade administrativa, o que não se obtinha mediante recurso à noção de liberdade do agente de escolher uma entre várias alternativas possíveis, razão pela qual recorreu-se à noção de motivo, o que significa um “*nesso tra l'atto e suoi antecedenti (costituiti da quelle circostanze di fatto che avessero dato, se così si può dire, causa al provvedimento)*”. Nesse sentido, o motivo se manifestaria na justificação do ato em relação a seus antecedentes ou em considerações sobre a “*indispensabile dipendenza dell'azione autoritativa dalle necessità obiettive del pubblico interesse*”. Esta necessidade de perseguir objetivamente o interesse público acaba por caracterizar a noção substancial de ato administrativo “*per la quale sono atti amministrativi quelli posti in essere da un ente pubblico per provvedere a pubblici interessi nei casi concreti e nell'ambito del diritto obiettivo*”.

Esses desenvolvimentos conduziram à autonomização da função administrativa, em que a discricionariedade é um de seus momentos, por sua vez cada vez mais controlável pelo princípio da legalidade e pela tutela do interesse público. Precisamente pela necessidade de ser praticado o ato com vistas ao interesse geral é que o ato administrativo discricionário não é arbitrário. Nesse sentido, ensina José Cretella Júnior (1977), a discricionariedade não se confunde com a *manifestação caprichosa da vontade do administrador*.

O ato promanado de agente público, que não seja endereçado ao interesse público, permanece como uma “manifestação privada da pessoa do agente”. Assim, há a necessidade de se determinar o que seja interesse público “*come un'entità capace di assumere un giuridico rilievo sol quando sai posta in relazione al soggetto investito della discrezionalità, cioè, nel caso nostro, alla autorità*”. A importante relação

estabelecida entre a discricionariedade e sua função de observar o interesse público de nada adiantaria para explicar a discricionariedade administrativa, se não se relacionasse a liberdade de escolha com o poder de que está investido o agente. Assim, fosse a discricionariedade administrativa um mero direito subjetivo, não haveria a possibilidade de controlá-la. Discricionariedade não se confunde com direito subjetivo, pois apresenta “feição de dever-poder, não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal”. Para tanto, a doutrina recorreu à ideia de que o agente público está investido de um poder que se assemelha à categoria de *potestas*. A ambígua noção romana de *potestas* em contraposição ao *imperium* significava, no direito público romano, o poder limitado dos governadores de província na organização da *civitas* e, no direito privado, o pátrio poder, ao passo que o poder ilimitado seria representado pelo *imperium*, como era entendido, por exemplo, o poder militar.⁴ Nesse sentido, passou-se a explicar a discricionariedade administrativa em relação à função correlata ao poder atribuído ao agente administrativo. Por isso, no exercício dessa função, a administração pública, que lida com interesses alheios, tem o dever de buscar a melhor solução para as várias alternativas presentes no ato discricionário. A discricionariedade, por envolver a promoção do interesse público, não pode ser tida como uma liberdade nem como um direito subjetivo do Estado. Por ser “um instrumento jurídico da realização da função imposta à administração pública”, a atividade administrativa discricionária coloca-se como a atribuição de um poder-dever ao agente administrativo.⁵

Com efeito, são relacionados os elementos do mérito do ato administrativo discricionário ao interesse público. De um lado, a conveniência diz respeito ao ato que atende ao interesse público; e, de outro, a oportunidade diz respeito ao momento adequado à satisfação do interesse público.

No entanto, há autores que inserem como critérios de valoração do ato discricionário não apenas a conveniência e a oportunidade, como faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007), para quem, a escolha da administração pública no ato discricionário “se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo”.

⁴ Contudo, Colognesi (1957) registra que “*numerosi sono stati i tentativi di chiarire il preciso significato di potestas nel diritto pubblico romano; a tale scopo si è spesso cercato di precisare il significato di tale termine in contrapposizione a quello, spesso non chiaramente distinto da esso, di imperium. Questa frequente ambiguità dei due termini è confermata dalla incapacità degli stessi scrittori antichi di determinare con precisione il loro ambito di applicazione*”.

⁵ Conforme a lição de Almiro do Couto e Silva, compete ao agente público “escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta”.

Conforme Marçal Justen Filho (2005), no exercício da atividade administrativa, ao agente administrativo é atribuído o “encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias”.⁶ Por constituírem a conveniência e a oportunidade um meio em relação ao interesse público a ser promovido, que é um fim, Aloísio Zimmer Júnior (2007) defende que se deva adotar o dever de proporcionalidade e o dever de razoabilidade para que haja limitação dos excessos do ato administrativo.

Além do mais, sustenta-se serem controláveis os atos administrativos discricionários por meio da sua motivação. Para Juarez Freitas (2004), a administração pública possui um dever de motivação do ato, tendo em vista que, na “empíria, em vez disso, tem-se assistido a noção de discricionariedade servir de refúgio para o devastador arbítrio, nem sempre de fácil ataque pelas vias assecuratórias atuais”. Ainda conforme observa Juarez Freitas (2004), sustentar-se que devem ser motivados apenas os atos vinculados seria equívoco, pois tais atos seriam os que menos necessitariam de motivação, diante dos atos discricionários. Daí porque, em face da inexistência de *liberdade irrestrita* nos atos administrativos, a falta de motivação conduzirá à nulidade dos atos de discricionariedade vinculada.

Por fim, para controle administrativo dos atos discricionários, conforme leciona Aloísio Zimmer Júnior (2007), adota-se um mecanismo de autotutela da administração pública, consistente na possibilidade de se reavaliar o mérito do ato discricionário para revogá-lo.

Significado e controle da discricionariedade técnica

Entre os temas tocantes à discricionariedade, como as relações entre discricionariedade e as diversas espécies de interesse de vários sujeitos com a norma atributiva do poder à autoridade administrativa, ensina Aldo Piras (1964), “*emerge come problema di maggior rilievo la questione del significato da attribuire alla locuzione di discrezionalità tecnica dell’amministrazione*”. O problema diz respeito à vinculação ou não da administração pública nas hipóteses em que determinado ato envolve juízos técnicos. O tema merece profundo exame. A expressão discricionariedade técnica não é recente, remonta à metade do século XIX, e foi utilizada para designar os atos administrativos que, vinculados, apresentavam alta *complexidade técnica*, razão pela qual não poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário.

⁶ No mesmo sentido, a afirmar que na discricionariedade administrativa há a necessidade de se ponderar a melhor solução para o caso concreto, ver Justen Filho (2005).

Nessa linha de desenvolvimento, utiliza-se a expressão discricionariedade técnica para referir as

valutazione che si effettui mediante l'applicazione di categorie tecniche (ad, esempio, l'accertamento di varie forme di attitudine fisica, la determinazione della capacità di resistenza o altre qualità di certe opere, il giudizio tecnico di idoneità di certe misure da adottare per far fronte a determinati eventi.

No entanto, a expressão é igualmente empregada para designar sentido diverso, relacionado à explicação da *“esistenza di limiti positivi segnati dalla legge in questo o quel caso alla discrezionalità dell'autorità”*.

No primeiro sentido, a norma que atribui a discricionariedade *“rimete a regole di discipline tecniche o a criteri sociali o delle cosiddette scienze morali (per esempio, regole estetiche), enunciando nelle proprie disposizioni nozioni che formano oggetto di queste discipline”*. Para Aldo Piras (1964) é inexato falar que essas regras adquirirem status de regras jurídicas. Entretanto, ensina ser fora de dúvida que aquele que aplica a lei deve conhecer essas normas e observá-las, *“per individuare talun elemento della propria fattispecie, sai ricorso a uma di tali nozioni”*.

Contudo, a discricionariedade técnica, para Aldo Piras (1964), não deve ser confundida com a *“attività di accertamento del fatto da sussumere sotto la legge o da qualificare dal punto di vista della funzione”*. Conforme registra José Cretella Júnior, 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”.

A noção de discricionariedade técnica como o exercício de *accertamento* entre fato e norma e a noção de discricionariedade técnica como critério de valoração da oportunidade e conveniência do ato administrativo possuem em comum o fato de que ambas recorrem a conceitos técnicos, frequentemente vertidos sob a categoria de conceitos jurídicos indeterminados. Mas a diferença entre as hipóteses deve ser aferida a partir da diferença estruturalmente existente entre o juízo de qualificação de fato segundo as artes técnicas ou sociais aplicadas e a valoração discricionária dos interesses referentes à situação.

Com efeito, é frequente a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na confecção da lei. Em relação à existência de críticas endereçadas a essa técnica legislativa, deve ter-se em conta que a *“indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”*. A utilização da expressão *conceito jurídico indeterminado* não é uma afirmação de que o conceito é indeterminável. Pelo contrário, em todo conceito jurídico indeterminado há um núcleo de sentido. Quando o conceito jurídico indeterminado é referente a uma

determinada ciência, deve recorrer-se a tal ciência, compreendida objetivamente, para que se possa delimitar o seu sentido. Essa conclusão, aliás, é uma das contribuições da teoria sustentada por Tezner, que tentou demonstrar que na discrecionalidade denominada técnica, sempre que se resumir a uma aplicação de regras técnicas ou científicas, conhecidas ou objetivamente conhecíveis, deve ser sujeitada à possibilidade de um reexame de controle jurisdicional. Conforme ensina Di Pietro (2007), nesse caso, a decisão administrativa é

um processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita um poder discricionário. A consequência é que o juiz tem ampla liberdade para apreciar a aplicação, pela administração, dos conceitos indeterminados, sejam eles de experiência ou de valor.

Para delimitar a discrecionalidade, pode a lei “valer-se do conhecimento técnico-científico como critério para disciplinar a atividade administrativa”. Nesse sentido, a solução adequada depende de critérios científicos ou técnicos.

A doutrina brasileira insere-se nessa linha de tendência restritiva da liberdade da administração pública. Assim, para Di Pietro (2007) não “existe discrecionalidade nos conceitos indeterminados”. Em sentido análogo, Justen Filho (2005) defende que a utilização do termo discrecionalidade técnica decorre de um erro histórico da doutrina, pois na hipótese não há nada de discricionário.

Com efeito, o tema da discrecionalidade técnica guarda íntima conexão com o tema da determinação dos limites da discrecionalidade administrativa e do seu controle jurisdicional, pois tais temas, de acordo com a lição de José Cretella Júnior (1977),

podem achar-se relacionadas de vários modos; às vezes, a indagação técnica fornece ao administrador o critério de atuação do interesse público. Outras vezes, a valoração do interesse público leva a escolher um ou outro expediente ou procedimento técnico, que virá empregado em uma concreta ação administrativa.

Pode-se afirmar que a discrecionalidade técnica consiste na atividade “que se concretiza pelo emprego das noções e métodos próprios das várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental, relativamente ao exercício da ação administrativa”.

Nesse sentido, diz-se que haverá discrecionalidade técnica nas hipóteses em que a administração pública necessita recorrer à ciência ou à técnica para valo-

rar a oportunidade e conveniência do ato, com vistas à realização de sua função de promover o interesse público. Por isso, a discricionariedade técnica respeita a liberdade de escolha da administração pública quanto à prática de determinado ato administrativo, fundada em considerações de ordem técnica ou científica, já indicadas no texto legislativo. No entanto, conforme Aldo Piras (1964), por valer-se de conceitos técnicos ou científicos, o certo é que no caso da discricionariedade técnica dificilmente se poderá fazer uma rígida aplicação da lei.

Tome-se o exemplo invocado por Marçal Justen Filho (2005) acerca da fixação da taxa de juros pela autoridade monetária. Para o autor, se a decisão não for tomada apenas com base em juízo de conveniência e oportunidade, deve-se também ter em conta que

será impossível extrair do conhecimento técnico certa escolha como necessária. Elevar ou reduzir taxas de juros é uma avaliação que ultrapassa o conhecimento técnico-científico, tal como também o é a determinação quantitativa da variação. Ora, a fixação de taxas de juros revela competência discricionária em sentido puro ou discricionariedade técnica? Existem argumentos em prol de ambas as alternativas, tendendo-se ao reconhecimento de uma atividade que conjuga conhecimento técnico e exercício de juízos de oportunidade.

Aqui, no entanto, deve ter-se em conta a lição de Almiro do Couto e Silva (1990), que observa na discricionariedade técnica a presença de problemas de extrema complexidade, que

suscitarão várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém — muito embora no plano estritamente lógico só possa existir uma única correta —, será frequentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada. Essa deficiência cognitiva é que estaria a impedir que o Poder Judiciário, nesses casos, exerça controle, substituindo o juízo da administração pelo seu.

No entanto, poderá a técnica ou a ciência delimitar a margem de escolha do administrador, desde que os critérios técnicos ou científicos sejam capazes de ser objetivamente aferíveis. Tais critérios, embora deixem uma margem de escolha ao administrador, delimitam suas possibilidades, por isso a discricionariedade técnica não é subjetiva. Logo, embora a técnica delimite as alternativas, a escolha entre elas envolverá juízo de conveniência e de oportunidade, sempre orientados pelo interesse público. Daí por que haverá situações em que será difícil distinguir a discricionariedade da discricionariedade técnica, notadamente porque a ciência não assegurará “certeza das decisões a adotar”. Nesse caso, não haverá certeza, mas probabilidades. Assim, embora a técnica não seja, no mais das vezes, suficiente

para determinar a adoção desta ou daquela solução administrativa,⁷ “a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos”.

Conclusão

Foi constatada uma tendência em limitar-se o âmbito de liberdade de ação da administração pública, mediante a afirmação de que o ato discricionário decorre de um poder-dever de que está investido o agente público, que deve aferir a conveniência e a oportunidade do ato tendo em vista a função de promover o interesse público da melhor maneira possível, mediante a observância dos preceitos legais e dos princípios constitucionais e, também, mediante a explicitação do motivo que conduziu à tomada de determinada decisão.

Corresponde a essa limitação do âmbito de liberdade da administração pública a ampliação da sindicabilidade judicial dos atos administrativos. Além do mais, a categoria dogmática da discricionariedade técnica acresce à limitação da margem de escolha da administração pública, tendo em vista que se há a adoção, no suporte fático das normas administrativas, de conceitos jurídicos indeterminados, relacionados à determinada ciência ou técnica, haverá a possibilidade de controle jurisdicional dessa atividade de *ascertainment*.

Apenas no que diz respeito à discricionariedade técnica, entendida no sentido de critério de auxílio da administração pública na valoração do juízo de oportunidade e conveniência, se percebeu *alguma* margem de liberdade discricionária, embora substancial parte da doutrina entenda que, nesse caso, não haverá espaço para discricionariedade, pois a solução a ser adotada pela administração pública deve ser a solução tida como melhor pela ciência ou pela técnica. No entanto, haverá hipóteses em que a ciência ou a técnica não oferecerão critérios claros de escolha da melhor opção. Nesse caso, haverá uma deficiência cognitiva que dificultará a sindicabilidade jurisdicional do ato administrativo amparado na técnica.

Referências

CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 1960.

COLOGNESI, Luigi Capogrossi. *Potestas. Novissimo digesto italiano*, v. 13. Turin: Unione Tipográfica, 1957.

⁷ Em sentido contrário, a sustentar que “será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada”.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 179-180, p. 51-67, jan./jun. 1990.

COUTO E SILVA, Clóvis. Fontes e ideologia do princípio da supremacia da Constituição. *Revista Jurídica*, v. 7, n. 38, p. 57-66, mar./abr. 1959.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977.

DE VALLES, Arnaldo. *Elementi di diritto amministrativo*. 3. ed. Padova: Cedam, 1965.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (Redae)*, n. 9, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/reae.asp>.

PIRAS, Aldo. *Enciclopedia del diritto*, v. 13. Milano: Giuffrè, 1964.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de direito administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.