

A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

THE THEORY OF UNDETERMINED JURIDICAL CONCEPTS AND THE TECHNICAL DISCRETION

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e Mestre pela PUC/SP

Professora de Direito Administrativo da PUC/SP

Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

Resumo: Uma das grandes dificuldades do tema da discricionariedade está em distingui-la das hipóteses de simples interpretação, pois em ambas há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos. A discussão envolve a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados e remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica. O objetivo deste artigo é verificar se os conceitos jurídicos indeterminados geram, ou podem gerar discricionariedade, ou se é apenas uma questão de interpretação.

Palavras-chave: Controle; Interpretação; Discricionariedade; Discricionariedade técnica; Conceitos jurídicos indeterminados.

Abstract: One of the greatest difficulties of the theme of discretion is distinguishing it from the hypothesis of simple interpretation because in both there is a previous intellectual work to the application of law in concrete cases. The discussion involves the relation between discretion and undetermined juridical concepts and refers to the questioning of the existence, or not, of the technical discretion. The objective of this paper is to analyze if the undetermined juridical concept generate, or may generate, discretion or if it is a matter of interpretation.

Keywords: Control; Interpretation; Discretion; Technical discretion; Undetermined juridical concepts.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos jurídicos indeterminados. 2. A discricionariedade técnica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema pertinente ao controle da interpretação e da discricionariedade continua a merecer uma reflexão por parte da doutrina diante das modificações do

direito administrativo brasileiro em que se observam duas tendências opostas: de um lado, a que propugna o alargamento do princípio da legalidade pela inserção dos princípios e valores na Constituição, trazendo como consequência a maior limitação à discricionariedade administrativa e a ampliação do controle judicial em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador; e, de outro, a que, no contexto de disseminação da ideia de Administração gerencial, preconiza o alcance da eficiência por meio do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes conjugada ao controle dos resultados e a ampliação da discricionariedade, fazendo renascer, inclusive, a ideia de discricionariedade técnica, para reduzir o controle judicial, tendo em conta o envolvimento de aspectos técnicos cuja definição compete à Administração Pública.¹

Distinguir discricionariedade das hipóteses de simples interpretação não é tarefa fácil, pois em ambas as figuras há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos.² A discussão envolve a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados e remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica, que, a seguir, serão objeto de nossa análise.

1. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Diferentes posicionamentos animam o dissídio doutrinal a propósito do tema dos conceitos jurídicos indeterminados, vagos, fluidos ou imprecisos, destacando-se:

a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque apreender-lhes o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei, que leva a uma única solução válida possível; a

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40-41.

² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.124. Segundo Marçal Justen Filho, "A discricionariedade não se confunde com a atividade de interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do direito., uma contribuição criativa. A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador da competência para produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribuiu ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha. Já a interpretação corresponde a uma tarefa de reconstrução de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. A interpretação não é uma avaliação de conveniência formulada pelo intérprete, mas um processo de revelação legislativa. Na discricionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução predeterminada ao caso concreto. A distinção é relevante em vista do controle exercitado sobre as duas atuações. A prevalência da vontade pessoal não é válida quando se trata de interpretar-aplicar a lei, enquanto a discricionariedade comporta a influência da vontade funcionalizada do agente" (*Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 233).

dos que entendem que os conceitos práticos são a única fonte de discricção, ou seja, a discricionariedade advém somente de tais conceitos;

a dos que sustentam que os conceitos fluidos podem conferir discricionariedade à Administração. Dentro dessa linha há os que afirmam a existência de discricionariedade desde que se trate de conceitos de valor, que envolvam a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada esta diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

No direito alemão (Tezner,³ Bühler⁴) e no direito espanhol (Fernando Sainz Moreno,⁵ Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández⁶), encontram-se posicionamentos tendentes a afastar qualquer discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados.

No direito português encontramos a posição inicial de Afonso Rodrigues Queiró, que limita a existência da discricionariedade às hipóteses de utilização, pela lei, de conceitos práticos, para referir-se a fatos ou situações pertencentes “ao mundo do valor”.⁷

³ Cf. Afonso Rodrigues Queiró. 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. 72.

⁴ Cf. Antonio Francisco de Sousa. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 78.

⁵ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 234.

⁶ Eduardo Garcia de Enterría; Tomás-Ramón Fernández. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 395.

⁷ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, p. 60-I, 77-8. Em um momento posterior, Queiró, em sentido oposto, conclui que: “O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. O poder discricionário não se confunde, portanto, com toda e qualquer margem de precisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Estes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o legislador frequentemente se encontra, de enunciar, com toda nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração - e originam, para estes órgãos, o dever de realizarem, antes de exercerem essa competência, a respectiva interpretação. Por muito que, no exercício desta tarefa interpretativa, intervenham necessariamente elementos subjetivos, por muito que a interpretação envolva elementos pessoais ou autônomos, esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Estamos aí no domínio do poder vinculado. O poder discricionário, pelo contrário, consiste, por sua vez, numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitima, como igualmente legais, igualmente corretas de lege lata, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada”. (Afonso Rodrigues Queiró. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Ad-*

No direito italiano, e, em parte, no direito alemão, há doutrinas que aceitam certa margem de discricionariedade quando a lei emprega noções fluidas ou elásticas, que comportam apreciação pela Administração Pública, consoante determinados critérios de valor.

No direito brasileiro, a maior parte dos doutrinadores pende para esta última tendência, procurando estabelecer limites à discricionariedade, através de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade ou proporcionalidade.⁸ Mas há os que acompanham a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade, pois, é possível chegar à única solução correta perante o direito pelo trabalho de interpretação jurídica que incumbe ao Judiciário.⁹

ministrativo, Rio de Janeiro, n. 97, p.1-8, 1969. p. 2).

⁸ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p.117-118.

⁹ Eros Roberto Grau afirma que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por interpretação, as normas jurídicas (*O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 222). Nessa linha, Rita Tourinho observa que nos conceitos jurídicos indeterminados emprega-se norma com conceitos de valor ou experiência, que embora possam variar de acordo com o tempo e o espaço, estão sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete chegará a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva (A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991. p. 325). Luis Manuel Fonseca Pires salienta que “todo e qualquer conceito jurídico – determinado ou indeterminado, e neste último caso, de experiência ou de valor – cuida-se, em última análise, de mera interpretação jurídica, pois, insistimos, o elemento subjetivo é, para nós, comum tanto na interpretação jurídica – em qualquer interpretação jurídica – quanto na discricionariedade administrativa” (*Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 97). E Lúcia Valle Figueiredo afastou a possibilidade de a discricionariedade alojar-se nos conceitos indeterminados. *In verbis*: “todo conceito é finito, e, por assim ser, há nele núcleo de certeza positiva, como também, ao contrário, há núcleo de certeza negativa (isto é, determinada coisa não pode ser), e há, ainda, zona intermediária, faixa cinzenta, diante da qual vai se colocar o problema. No primeiro momento, após a interpretação, ter-se-á ainda de verificar a subsunção, e, portanto, só depois é que se vai colocar ‘alguma’ discricionariedade. Não se deveria dizer ‘alguma’, ‘pouca’, ou ‘muita’ discricionariedade, mas, só para que se tenha uma convenção de palavras, diria ‘alguma’ parcela de discricionariedade. Vimos que, diante de determinado conceito, há, inicialmente, problema de interpretação. Interpretado o conceito, teremos subsunção. Na subsunção verificar-se-á a premissa menor, o fato; a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas. Esta a grande questão, pois pode acontecer de não ser a norma suficiente e se tenha de usar premissas maiores complementares ou adicionais, exatamente para que se consiga fazer a subsunção. Note-se e enfatize-se: é possível haver apenas subsunção, mesmo diante de conceitos imprecisos, onde *tertium non datur*, consoante afirma Enterría”. E, mais adiante, sublinha: “não são os conceitos plurissignificativos hábeis a elidir o controle. De forma alguma. A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência ‘discricionária’ dentro das comportas angustas que a legalidade demarca”. (*Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 217-218 e 227).

Ante tantos critérios convém tecermos algumas ponderações a respeito da matéria, objetivando definir nossa posição.¹⁰

Preliminarmente, parece-nos que as posições extremadas, ou seja, tanto as que prelecionam que os conceitos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração como as que ensinam que tais conceitos sempre ensejam discricionariedade, oferecem soluções por demais simplistas à complexa questão da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Todas essas posturas, cada qual a seu modo, postulam uma solução unívoca que, a nosso ver, se apresenta em descompasso com a realidade. Senão vejamos.

Para Fernando Sainz Moreno existe uma potestade discricionária do ponto de vista jurídico somente quando o critério de decisão é de natureza política. Em todos os demais casos, não existe autêntica discricionariedade, no sentido de livre eleição entre várias soluções indiferentes para o Direito. Segundo o autor, os conceitos jurídicos indeterminados são expressão de critérios jurídicos, que constituem a expressão de ideias regentes da decisão administrativa – não são em nenhum caso fonte de discricionariedade, pois não produzem um vazio na norma, expressando, ao contrário disso, com maior nitidez que os conceitos determinados, a ideia nuclear que estampam.¹¹

Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández aceitam o pensamento da moderna Escola Alemã, asseverando que os conceitos indeterminados só apresentam tal característica, considerados em abstrato e não diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação, quando ganhariam consistência e univocidade. Nesse sentido, a questão suscitada por esses conceitos é meramente uma questão de interpretação, definível pelo Poder Judiciário como qualquer outra, e não de discricionariedade. Tais conceitos, ainda consoante os insignes juristas, são passíveis de ser conduzidos para a zona de certeza, onde *tertium non datur*, ou se dá ou não se dá o conceito.¹²

Creemos que tal raciocínio é válido apenas em parte: provavelmente será verdadeiro com relação a alguns casos. Mas acreditamos existirem inúmeras situações em que mais de uma inteligência será igualmente sustentável, não se podendo afirmar objetivamente que uma opinião divergente daquela que se tenha será errada ou incorreta ou que terá violado a lei, transgredido o direito. E, se é incensurável perante o direito, o administrador terá agido dentro de uma liberdade intelectual que o direito lhe possibilitava perante o caso concreto.

¹⁰ Essa matéria foi por nós anteriormente abordada no artigo Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. (*Atualidades Jurídicas*, São Paulo, v. 02, p. 103-141. 2000).

¹¹ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. p. 317 e 347.

¹² Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández. *Curso de direito administrativo*. p. 395.

Com efeito, em muitas ocasiões, mesmo recorrendo-se a todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, exatamente porque o conceito é impreciso, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito, e o administrador, como primeiro aplicador deste, poderá optar por uma entre várias condutas possíveis, desde que igualmente razoáveis.

A propósito, pode-se dizer, como Bernatzik, a respeito dos conceitos fluidos, que, na sua execução, existe “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou a não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”.¹³

Nessa circunstância, verificado que a Administração se firmou em uma inteligência comportada pelo conceito no caso concreto — ainda que outra também pudesse sê-lo — seu ato não poderia ser revisto por qualquer órgão controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário.

Não são outros, aliás, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de inteligência dos conceitos imprecisos — ... seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontados com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”.¹⁴

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro não afasta a discricção dos conceitos jurídicos indeterminados, asseverando que, na hipótese de conceitos de valor (excluídos, assim, os conceitos técnicos e de experiência ou empíricos), a discricionariedade pode existir ou não, dependendo do resultado da interpretação diante do caso concreto. Pode ocorrer que, terminado o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, positiva ou negativa.¹⁵

Acentua Sérgio Guerra que “a solução justa, notadamente em termos de escolha reguladora econômica e social, com a ponderação de interesses e a precau-

¹³ Edmund Bernatzik. *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 42 ss., apud Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946. p. 63.

¹⁴ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 22.

¹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 119.

pação com custos e benefícios, somente poderá existir em um plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos em que o Administrador Público precisa trabalhar com categorias econômicas e sociais na decisão a ser tomada diante de conflitos distributivos”.¹⁶

Nessa trilha não se nos afigura correta a tese de que o tema dos conceitos indeterminados é estranho ao tema da discricionariedade sob argumentação de que a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é um ato de inteligência, e, pois, ato da alçada do Judiciário e que as decisões de mérito são atos de volição, consistentes em uma opção administrativa, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentre dois ou mais comportamentos igualmente admissíveis pela norma aplicanda e, portanto, os únicos a ensejarem discricionariedade.

Com efeito, da circunstância de estarmos diante de duas realidades distintas – um ato de inteligência e um ato de volição — não deflui necessariamente que tenham repercussões jurídicas diversas. No caso, aliás, não o têm; os efeitos de direito são idênticos.

Ora, se o “fenômeno” jurídico é o mesmo, não haveria razão para atribuir designações diferentes a situações com igual caracterização jurídica.

Com propriedade leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Deveras, qual o préstimo jurídico, ou seja, para que serve a noção de discricionariedade, senão para referir as situações em que a Administração desfruta de uma certa liberdade, por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites, tendo de reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é incensurável e que inexistente direito subjetivo de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado? [...] Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma liberdade intelectualiva’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos...”.¹⁷ E, mais adiante, acrescenta: “Ressalte-se [...] que o Judiciário tanto interpreta a lei — para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa — nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando,

¹⁶ Discricionariedade e *reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.428-429. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 884.

¹⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 25

para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível».¹⁸

Parece-nos, pois, indisputável que a discricionariedade abrange o tema da intelecção dos conceitos vagos.

Destarte, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão — e aí reside a dificuldade maior — só pode ser fornecida casuisticamente.

A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência discricionária dentro das comportas que a legalidade demarca. Isto porque a discricção no nível da norma não é suficiente para dizer que há discricção no caso concreto. A «admissão» de discricionariedade no plano da norma é uma possibilidade, uma condição necessária, porém não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na “estática” do Direito não lhe garante presença na “dinâmica” do Direito. Ou seja, uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se dilui quando da aplicação da norma ao caso concreto.

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 e a interpretação, feita contextualmente, em regra, afunilam o caminho a ser seguido pelo administrador, de tal maneira que este possa ver-se não mais diante de um leque de opções, mas diante de uma única escolha legítima ante o caso concreto.

Só reconhecemos a discricionariedade na aplicação, pois a discricção é atribuída ao administrador para que este opte não por qualquer solução, mas, sempre, pela solução mais adequada para atender a finalidade legal, pela melhor solução para um caso concreto.

Dessa forma, o campo da discricionariedade é maior na norma de Direito, ficando reduzido quando da sua aplicação ao caso concreto, e a mais precisa forma de descobri-la ou verificar se ainda permanece, após o processo interpretativo, dá-se quando duas ou mais opiniões são igualmente sustentáveis. Neste caso temos uma dúvida que não é resolúvel em termos lógicos. E só aí é que se tem discricção, e, nestas hipóteses, a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável.¹⁹

¹⁸ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 27.

¹⁹ Outra não é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando declara: “Segue-se que a abstrata

A dificuldade está em estabelecer todas as hipóteses em que o uso de conceitos jurídicos indeterminados envolve a existência de discricionariedade para a Administração e o critério para essa verificação.

A matéria é importante, porque se reporta à extensão do controle judicial sobre a Administração Pública.

A questão remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica, chamada por alguns de “discricionariedade imprópria”, embasada em critérios técnicos.

2. A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Não há consenso sobre a utilização da expressão “discricionariedade técnica” na doutrina estrangeira e nacional. Nas palavras de Antonio Francisco de Sousa, “ a natureza e dimensão desta discricionariedade técnica varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela 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. Em suma, existe uma grande multiplicidade de opiniões em torno desta ‘discricionariedade técnica’, que tem suscitado, e continua a suscitar, inúmeros problemas de difícil resolução”.²⁰

Esta noção desenvolveu-se sobretudo na Itália a partir do início do século XX, embora sua origem seja austríaca²¹-onde a distinção entre discricionarieda-

liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato. se. à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma”. (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 47-48).

²⁰ *A discricionariedade administrativa*. p. 307.

²¹ A expressão “discricionariedade técnica” foi pela primeira vez usada por Bernatzik, em 1884, para designar aqueles casos em que, apesar de a Administração não decidir com discricionariedade, o elevado grau de complexidade técnica envolvido justificaria a isenção de controle judicial (Edmund Bernatzik. *Rechtsprechung und materielle rechtskraft*. Viena, 1886, apud Antonio Francisco de Sousa. *A discricionariedade administrativa*. p. 76). Bernatzik sustenta que a Administração

de administrativa e discricionariedade técnica surge para resolver questões que envolvem a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

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

De início a doutrina italiana, como em Cammeo entende a discricionariedade administrativa propriamente dita como liberdade de decisão e capacidade de criação, enquanto na discricionariedade técnica o administrador procede conforme critérios determinados, os critérios técnico-administrativos.²² Posteriormente, em outra obra,²³ a “discricionariedade técnica” para Cammeo passa a abarcar a análise do interesse público e, portanto, não mais pode ser sindicada pelo Poder Judiciário. Quanto ao efeito jurídico, afirma que a “discricionariedade técnica” se equipara à discricionariedade pura em razão da apreciação do juízo de oportunidade.²⁴

Para Presutti, a “discricionariedade técnica se identifica com os conceitos jurídicos indeterminados, com exceção da apreciação do interesse público que é elemento da discricionariedade pura.”²⁵

De acordo com Massimo Severo Giannini, a discricionariedade técnica não advém da apreciação de qualquer tipo de conceito jurídico indeterminado, mas apenas daqueles conceitos cuja valoração requer uma apreciação conforme critérios técnicos, que fogem 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, o que o leva a criticar como inconciliáveis as palavras “discricionariedade” e “técnica. A aplicação da discricionariedade poderá ocorrer em um momento posterior à apreciação técnica a que se remete a norma.”²⁶

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. (Edmund Bernatzik, op. cit., p. 1-46, apud Afonso Rodrigues Queiró, O poder discricionário da administração. In: idem, *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. I. p. 311)..

²² Frederico Cammeo. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milão: Dottor Francesco Vallardi, v. I. p. 128-135.

²³ Frederico Cammeo. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: La Litotipo, 1914. v. I. p. 403-413.

²⁴ *Ibidem*, p. 410.

²⁵ E. Presutti. *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, apud Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*. Madrid: Civitas, 1997. p. 32-35.

²⁶ Dessa opinião, compartilham Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966.

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 discricionariedade técnica e a discricionariedade 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 discricionariedade 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.”²⁷

E conclui pela configuração dos atos de aprovação ou desaprovação daqueles de concentração por esse órgão regulador como sendo impropriamente chamados de discricionariedade 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.”²⁸

Na obra “O direito das agências reguladoras independentes” Marçal Justen Filho aponta a distinção entre “discricionariedade técnica” e a discricionariedade administrativa, afirmando que, no exercício da discricionariedade comum, há 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 “discricionariedade técnica”, a lei não autoriza escolha de natureza política para o aplicador, cabendo apenas a solução disponibilizada pela ciência.²⁹

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*. p. 267 e ss.)

²⁷ Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997. p 88.

²⁸ *Ibidem*, p 90

²⁹ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 525-532.

Tal silêncio legal nas hipóteses do exercício da “discricionariedade 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.³⁰

Conclui que a diferenciação entre as duas discricionariedades 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.³¹

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 apresentado, mas as consequências sócio-políticas da decisão é que determinarão a escolha da taxa.³²

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

³⁰ *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 527.

³¹ *Ibidem*, p. 530.

³² *Ibidem*, p. 532.

existência de decisões fundadas em critérios técnicos. O que existe é a ausência de neutralidade em hipótese dessa ordem.³³

Entende Eva Desdentado Daroca que a discricionariedade técnica cuida de toda atividade da Administração regida por critérios técnicos, o que engloba a atividade de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados apoiados em conhecimentos especializados ou em experiência técnica. As apreciações técnicas são para ela³⁴ as atividades de busca de soluções a problemas práticos utilizando-se de critérios técnicos (conhecimentos especializados). Neste foco de discricionariedade técnica, como sua principal característica, afasta-se a preferência do administrador, que se prenderá a critérios de natureza científica, qualificando-a como uma atividade objetiva.³⁵

Sua proposta de sistematização baseia-se em três tipos de atividades nas quais os “critérios técnicos” têm relevância para a discricionariedade administrativa: a) na “discricionariedade técnico-administrativa” a norma faculta à Administração o poder de eleger o modo de buscar a realização do interesse público e, para fazê-lo, o administrador necessita de suporte técnico para optar entre alternativas 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 cuida de uma atividade de prognose; c) há o que a Autora denomina de “discricionariedade instrumental”, que ocorre quando, diante de conceitos jurídicos indeterminados que remetem a critérios técnicos, estes não são capazes de esgotar as dificuldades para indicar a solução correta, em vista do interesse público em questão.³⁶

Nas hipóteses “a” e “b” está-se diante da “discricionariedade forte” conferida à Administração Pública na qual incidirá o controle judicial apenas para verificar se os limites do ordenamento jurídico foram observados (controle negativo).

Na hipótese “c”, não há “discricionariedade forte”, pois a norma não confere à Administração margem alguma de escolha frente ao que pareça atender, de modo mais conveniente, ao interesse público, pois este já foi estabelecido pela norma e consiste na consequência prevista com a ocorrência do suposto legalmente prescrito. Neste caso, está-se diante do que a Autora denomina “discricionariedade instrumental jurídico-técnica” ou “discricionariedade de caráter puramente instrumental”. Ressalta que, na discricionariedade instrumental jurí-

³³ *O direito das agências reguladoras independentes*. p 533.

³⁴ Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. p. 61 e ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁶ *Ibidem*, p. 63 e ss.

dico-técnica, os critérios técnicos, uma vez que passem a integrar o ordenamento jurídico, tornam-se parâmetros de legalidade e, portanto, sujeitos ao pleno controle judicial.³⁷ O Poder Judiciário, que não possui os conhecimentos técnicos necessários, poderá apoiar-se em prova pericial, cujo resultado será avaliado segundo as regras comuns a qualquer interpretação da atividade jurisdicional.³⁸

Partindo da sistematização desenvolvida por Eva Desdentado Daroca³⁹ e complementando-a, Cesar Augusto Guimarães Pereira⁴⁰ identifica cinco distintos fenômenos usualmente recobertos pela designação “discricionariedade técnica”, sem que, necessariamente, estejam submetidos ao mesmo regime jurídico, quais sejam:

- a) como uma suposta liberdade conferida à Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei. Exemplifica com a aposentadoria por invalidez, que depende apenas de critérios médicos ou psicológicos – os quais definirão univocamente se determinada pessoa é ou não inválida – para ser concedida. Porém, nem sempre os critérios técnicos são capazes de conferir certezas inquestionáveis e, por isso, a complexidade da “discricionariedade técnica” é proporcional ao grau de dificuldade dos termos envolvidos;
- b) como denotação de escolhas administrativas relacionadas com campos especializados de conhecimento, por exemplo, a realização de um concurso público em que a comissão detém “discricionariedade técnica” para o exame das provas;
- c) como escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas, que Eva Desdentado Daroca chama de “discricionariedade técnico-administrativa”. Nesse caso há dois momentos distintos, porém sequenciais e dependentes um do outro: um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa. Como exemplo podem ser citadas as decisões produzidas no âmbito do direito ambiental, em face dos resultados de um EIA/RIMA, na escolha da alternativa globalmente mais adequada;

³⁷ Ibidem, p. 116 e ss.

³⁸ Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*. p. 119, 127.

³⁹ Eva Desdentado Daroca. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2000. p. 137-148.

⁴⁰ Cesar Augusto Guimarães Pereira. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003. p. 254-256.

- d) como escolhas da Administração com base em hipóteses científicas que não tenham podido ser objeto de corroboração (ou são ainda incertas em razão do estágio em que se encontra a respectiva ciência, ou são incertas por fazerem um juízo de prognose). Sobre essa hipótese, Eva Desdentado Daroca explicita os casos em que há atividade administrativa de prognóstico – apenas aferíveis segundo métodos de estatística – ou nos quais o conhecimento científico é insuficiente, mas sempre com base em uma previsão de um acontecimento futuro e, portanto, ainda não passível de aferição.⁴¹ As decisões produzidas a partir de EIA/RIMA também se podem enquadrar neste caso, em face do princípio da prevenção e precaução;
- e) sentido processual, correspondente à suposta liberdade da Administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução é complexa. Haveria “discricionariedade técnica” na definição de padrões de instrução. (como uma liberdade na condução de processos administrativos).

Após analisar os diferentes sentidos, Cesar A. Guimarães Pereira recusa a existência de “discricionariedade técnica” nos dois primeiros casos (*a*⁴² e *b*⁴³) porque são hipóteses de avaliações técnicas absolutamente controláveis pelo Ju-

⁴¹ *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. p. 146-147.

⁴² Para César Guimarães Pereira, o primeiro caso – remissão legal a conceitos técnicos – não envolve discricionariedade. O conceito técnico, empregado pela lei, é definido mediante uma apreciação técnica da Administração, de acordo com os critérios e procedimentos adequados ao campo da técnica de que se trate. Nesse caso, não há que se falar em discricionariedade. O conflito de interesses sobre o bem da vida já vem resolvido no plano da lei; a apreciação técnica da Administração interfere tão-só no preenchimento do conceito legal. O resultado da apreciação técnica da Administração é absolutamente sindicável pelo Poder Judiciário- inclusive, se for o caso, mediante o concurso de peritos. Tal como se dá com os conceitos indeterminados, 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. (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 256-257).

⁴³ 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 interesses sobre esse bem. Em ambas as situações, a Administração é chamada a formular juízo próprio acerca de áreas especializadas de conhecimento, mas com sentidos distintos.

⁰ 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.

diciário; no terceiro caso (c),⁴⁴ afirma que existem dois momentos diferentes, o primeiro é um juízo técnico, o segundo um juízo administrativo discricionário que adota o primeiro como premissa; no quarto (d),⁴⁵ há realmente discricionariedade em razão da indeterminação da informação técnica, mas admite que para o Direito Ambiental esta situação resulta, por conta da incerteza, em atividade vinculada; no quinto (e),⁴⁶ refuta a discricionariedade porque não existe liberdade de escolha na condução de um processo administrativo, na produção de provas e decisões que são adotadas, mas um dever segundo os critérios estipulados em lei.

E conclui: “Os casos usualmente referidos como de “discricionariedade técnica” enquadram-se ou não na noção de apreciações técnicas da Administração – sem qualquer alusão a discricionariedade – ou são reconduzíveis a um conceito geral de discricionariedade... Não há um regime jurídico próprio da “discricionariedade técnica”, e é o que basta para reconhecer que não tem existência para o Direito. Os problemas atinentes à chamada discricionariedade técnica são resolvidos mediante a disciplina própria da discricionariedade. E as apreciações técnicas, no que têm de peculiar – remissão a um conjunto de postulados científicos não jurídicos, mas vinculantes como critérios técnicos – não guardam qualquer relação específica com a discricionariedade que pudesse justificar a manutenção da expressão “discricionariedade técnica”.⁴⁷

⁴⁴ 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. Nesse caso, 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. (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 258-259).

⁴⁵ 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 (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 259-260).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231. p. 265. Na mesma trilha, em análise acerca da discricionariedade técnica e as agências reguladoras, Sérgio Guerra observa: “Não se identifica no ordenamento nenhum instituto juridicamente aplicável à discricionariedade técnica como uma pseudoespécie da discricionariedade administrativa. Dessa forma, conclui-se que as entidades reguladoras independentes não gozam de uma

Mais recentemente, Flávio José Roman em sua obra *Discricionariedade técnica na regulação econômica*, faz reflexões sobre as prerrogativas da Administração Pública para regular a economia e analisa de que forma termos técnico-científicos são capazes de atribuir competência discricionária aos órgãos e agentes administrativos. Esclarece que o tema permeia uma das características principais da atividade administrativa contemporânea, que é a correlação de suas normas com diversos ramos do saber e que a discricionariedade técnica refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal indeterminado. Ressalta, ainda, a necessidade de um controle responsável, que se detenha na apreciação dos argumentos técnicos suscitados pela Administração a fim de evitar uma discussão sobre percepções subjetivas - opináveis, portanto - acerca da decisão que melhor atende ao interesse público. Segundo ele, um controle jurisdicional desse porte, antes de ser um fator de inibição para o desempenho da função administrativa, é um fator de aprimoramento do serviço público.⁴⁸

A verdade, porém, é que a expressão “discricionariedade técnica” foi sendo utilizada para abranger os mais variados sentidos: a) de um lado, faz presumir que todos os juízos técnicos da Administração são insindicáveis pelo Judiciário, ou que b) há uma espécie de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa; ou, ainda, c) que leva à suposição de que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricião.

A nosso ver, diante da confusão gerada pela equivocidade da expressão “discricionariedade técnica”, da falta de especificidade do seu objeto, bem como da inexistência de regime jurídico próprio, o termo deveria ser abandonado.^{49,50}

O que existem, de fato, são conceitos jurídicos indeterminados que se reportam a elementos técnicos e científicos de outras áreas, e que geram vinculação ou

discricionariedade técnica na expedição de seus atos, e sim uma discricionariedade administrativa pura”. (Sérgio Guerra. *Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana*. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. p. 900).

⁴⁸ *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013

⁴⁹ A crescente evolução tecnológica, e conseqüente tecnicização dos órgãos administrativos para o atendimento especializado das questões que lhe são submetidas fizeram ressurgir a discussão acerca da chamada discricionariedade técnica.

⁵⁰ 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.” (*Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1. p 488).

discricionariedade, conforme o caso concreto. O controle pelo Poder Judiciário *não pode -ser afastado de qualquer atividade administrativa, ainda que se pretenda criar uma categoria insindicável denominando-a de “discricionariedade técnica”*.

Forçoso, porém, é reconhecer 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.⁵¹

A discricionariedade técnica passou a despertar maior interesse com a criação das agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro, às quais foi concedida a atribuição de fixar juízos de ordem técnica no âmbito de sua atuação (áreas como energia elétrica e telecomunicações), decorrendo daí a questão acerca do controle da legalidade dos atos discricionários por elas realizados. Todavia, “a chamada ‘discricionariedade 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 discricionariedade dada aos agentes estatais no âmbito da moderna regulação estatal deve corresponder um controle mais robusto, inclusive pela via judicial”.⁵²

⁵¹ Sérgio Guerra. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medina Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54. Gustavo Binenbojm, ao examinar o controle judicial da atividade administrativa sustenta 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 fixar critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o 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.”. (*Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40-41).

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 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.

⁵² Floriano de Azevedo Marques Neto. *A. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu*

A questão central sobre o controle judicial dos atos discricionários está exatamente no equilíbrio entre a sindicabilidade das decisões administrativas e a necessidade de garantir à Administração um campo livre de atuação visando a busca do interesse público.

CONCLUSÃO

1. A discricionariedade administrativa já há muito não é mais vista como sinônimo de arbitrariedade do Estado, sofrendo evoluções no seu conceito que permitiram uma maior intervenção e controle judicial do poder discricionário.

O conceito de discricionariedade acompanhou a evolução do princípio da legalidade, que passou a ser entendida como conformidade ao direito, adquirindo então um sentido mais extenso.

Atualmente, na medida inclusive em que aumentam as margens de discricionariedade conferidas à Administração, crescem também as hipóteses de controle. Via de consequência, os controles exercidos a partir da motivação do ato, da isonomia, da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência apontam para a superação da barreira para a sindicabilidade do ato discricionário pelo Poder Judiciário.⁵³

2. Sem desconhecer as posições doutrinárias em sentido contrário, entendemos que o tema dos conceitos legais indeterminados não é estranho ao tema da discricionariedade e que esta não se cinge aos conceitos não unívocos. Por sua vez, nem sempre a utilização desses conceitos pela lei conduz, necessariamente, à discricionariedade perante o caso concreto. A solução à questão — e aí reside a dificuldade maior — só pode ser fornecida casuisticamente, se a interpretação se mostra insuficiente para a elucidação semântica da norma diante do caso concreto.

3. As situações fáticas que permitem a discussão sobre o tema da discricionariedade técnica, ou caracterizam simples “apreciação técnica”, ou se trata de mera discricionariedade administrativa sem um regime jurídico próprio do que, via de regra, se atribui à noção geral de competência discricionária, conforme assinalado por Cesar Augusto Guimarães Pereira.

regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 126.

⁵³ Floriano de Azevedo Marques Neto. Poderes da administração pública. In: Marcelo Figueiredo (coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 230

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAMMEO, Frederico. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milão: Dottor Francesco Vallardi, v. I.
- _____. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: La Litotipo, 1914. v. I.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- _____. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997. p 88.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas*, São Paulo, v. 02, p. 103-141. 2000.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 233.
- _____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. Poderes da administração pública. In: Marcelo Figueiredo (coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, n. 41, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95939>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

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

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. 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, p.1-8, 1969.

ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SOUSA, Antonio Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

TOURINHO, Rita A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

