

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL LAW

HÁ UMA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA?

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, instituição na qual cursou mestrado e doutoramento em Direito Público. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Recebido: 13.01.2016 | Aprovado: 03.02.2016

RESUMO: O presente artigo se propõe a discorrer sobre algo novo, mas com coração antigo, qual seja a natureza da atividade técnica desenvolvida pela Administração Pública, mostrando que, em regra, cuida-se de competência vinculada, a permitir seu exame pela jurisdição.

PALAVRAS CHAVES: função administrativa - técnica - discricionariedade - vinculação - revisão judicial

ABSTRACT: The current article aims to discuss something new, although old hearted, namely the nature of the technical activity carried out by the Public Administration, showing that it is, in general, regarding to the circumscribed jurisdiction, allowing its consideration by the Court.

KEYWORDS: Administrative Function – Technique – Discretion – Circumscription – Judicial Review

SUMÁRIO: 1. Discricionariedade: uma ideia, apenas – 2. Discricionariedade: justificativa, sua natureza e traços característicos - 3. Discricionariedade *versus* conceitos juridicamente indeterminados - 4. Discricionariedade e atividade técnica da Administração: uma recolha doutrinária – 5. Sobre o controle jurisdicional da atividade técnica -6. Síntese conclusiva – 7. Referências

1. Discricionariedade: uma ideia, apenas.

A província do científico oculta mistérios entre os seus conceitos, peculiaridade que não é estranha ao Direito. Um dos instantes disto diz respeito à discricionariedade.

Tanto é assim que Engisch¹, ao se ocupar da valoração quanto à determinação do significado dos textos normativos, afirma que nalguns destes há conceitos que somente podem ser desvendados mediante uma valoração pessoal do seu aplicador e que denomina de discricionários. Não esconde o autor que a discricionariedade (ou poder discricionário) é um dos conceitos mais plurisignificativos e de mais difícil compreensão da teoria jurídica.

Ao versar sobre o estudo do controle jurisdicional da Administração, afirmou Victor Nunes Leal², sobre o que, igualmente, denominou de poder discricionário, que constitui um “terreno melindroso, onde a doutrina tem de utilizar instrumento de precisão”.

Lançando-se ao desafio, sem desconhecer que quem faz o caminho é o andarilho, penso que a competência dita discricionária³ é aquela que pertence à autoridade quando, inexistente disposição normativa específica, dispendo sobre sua atuação, encontra-se livre para adotar, em razão de critérios de oportunidade e conveniência, a solução que, consideradas as particularidades do caso concreto, melhor atenda ao interesse público. Configura, porém, uma liberdade apenas aparente.

É que não se pode desconhecer que a Administração se encontra sujeita ao princípio da juridicidade. Por isso, o seu atuar não somente encontra vinculação mediante norma legal (ou ainda regulamentar), mas também por outras elementares jurídicas, tais como os princípios gerais do direito e até mesmo pelo costume. Salientando-se ainda que, na atualidade, o regime jurídico-administrativo sofre inegável e inarredável influência da Constituição, texto normativo que, seja quando se reporta a princípios, ou quando consagra direitos fundamentais, utiliza,

muitas vezes, de normas que não apresentam conteúdo delimitado, tal qual é comum no plano legislativo ou regulamentar⁴.

Mostra-se correta, assim, a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, ao acentuar que no terreno da discricionariedade se está diante de uma competência funcional. A função, segundo o autor, constitui-se numa situação jurídica que se projeta num dever de atuar para a realização de uma finalidade que não se encontra inserida no interesse do sujeito, mas no de outrem. Envolve, portanto, o exercício de um poder não porque o agente assim o deseje, mas porque esse desempenho é, na verdade, um dever.

Daí que aponta se materializar o exercício da competência discricionária no cumprimento de um dever instrumental para que se possa alcançar uma finalidade legal.

Disso decorre uma primeira assertiva, qual seja a de que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, sendo aquela uma competência disciplinada pelo Direito.

Reclama a competência discricionária uma maneira específica mediante a qual a regra de direito escrito (lei ou regulamento) vem a disciplinar uma determinada matéria, fazendo-o sem a exata completude, justamente para permitir que o administrador, dentre mais de uma alternativa juridicamente possível, profira a decisão que melhor se afigure à salvaguarda do interesse público, entendido este – não custa – repetir – como aquele que, encontrando reflexo na ordem jurídica, não coincide, necessariamente, com o interesse da pessoa jurídica de direito público, mas, antes, da coletividade.

Houve quem procurasse vislumbrar a discricionariedade numa categoria a ser denominada de mérito do ato administrativo. Foi o caso, entre nós, de Seabra Fagundes. Procurara, assim, a delimitação do espaço no qual, na fiscalização da competência discricionária, poderia se movimentar o juiz. Daí ter se lançado à proflua aventura de traçar a moldura do mérito administrativo, o qual, nas suas palavras, “constitui um aspecto do procedimento da administração, de tal modo relacionado com

circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”⁶.

Envolveria, portanto, aspectos inerentes à justiça, equidade, razoabilidade, moralidade, dentre outros. Constitui-se numa medida da extensão do controle jurisdicional da decisão administrativa.

Com o devido respeito, tal construção, a despeito de engenhosa, parece não mais se adaptar à atualidade, tendo em vista que muitos dos fatores acima, nos quais se apoiava o mestre, constituem, indiscutivelmente, critérios ou balizas para o exercício do controle judicial dos atos ou decisões administrativas.

Tanto se mostra assim que Cassagne⁷, de forma categórica, compreende a competência discricionária e o juízo de mérito como conceitos diversos, à medida que o último configura a apreciação e a determinação da oportunidade de se editar o ato administrativo, a qual pode resultar tanto do desempenho de uma competência regrada como daquela discricionária.

Um aspecto haverá de resultar claro, indubitável, melhor dizendo. É que se afigura impróprio falar em ato discricionário. O Conselho de Estado da França abandonou a noção de ato discricionário, a qual servia a favor da compreensão de que se cuidava de um ato de pura administração e que, por isso, estaria isento de todo e qualquer controle jurisdicional. Tratou-se do *arrêt Grazzietti*, de 31 de janeiro de 1902.

Desse modo, o que se tem é uma competência discricionária da Administração, com vistas ao atendimento do interesse público e que tem a sua medida conforme a margem de opção que a regra de direito escrito deixa ao administrador⁸. Por outro lado, há sim que se cogitar da categoria dos atos vinculados, que se faz presente justamente nos casos nos quais o legislador, bem assim o regulamento emitido com base em lei, não deixa

a menor esfera de opção à autoridade administrativa, como é a situação da promoção do servidor por antiguidade ou pelo só transcurso de um intervalo fixado legalmente⁹.

Num tom de remate, mas sem a pretensão do tão distante acerto científico, pode-se dizer que a discricionariedade (aqui, em especial, a administrativa) configura um espaço de liberdade de decidir outorgado pela lei ou regulamento ao administrador que cada vez mais se justifica, na atualidade, à medida que, com o progresso da humanidade, surgem novas necessidades a serem atendidas pela Administração, de modo a se aumentar os meios de eficiência de sua ação.

A existência de um âmbito livre para atuação não é privativa da função administrativa. Está presente, igualmente, na função legislativa, sendo nesta denominada como liberdade de conformação do legislador, a qual representa um componente democrático de que é titular o legislador, por encarnar a representação da soberania popular, e que lhe permite criar, delimitando o seu conteúdo, normas gerais, abstratas e vinculantes, observados os parâmetros fixados pela Constituição. Da mesma forma, o juiz, nalgumas situações, como naquela inerente ao livre convencimento a partir da colheita da prova, atua com uma parcela de liberdade, que lhe permite decidir o litígio da forma que considera mais justa e que é referida pela doutrina sob a denominação de arbítrio judicial¹⁰.

Interessante, no particular, leitura de Odete Medauar¹¹ quando diz que as margens de atuação mais livre tanto do Judiciário quanto do Legislativo possuem características próprias, e atendendo aos objetivos das respectivas atividades, não podendo ser alvo de confusão com as inerentes à competência discricionária da Administração.

2. Discricionariedade: justificativa, sua natureza e traços característicos.

De há muito, a doutrina tem procurado enumerar razões que respaldam a discricionariedade. A esse respeito, Hauriou¹² nos traz um argumento essencialmente prático e que radica no fato de que a competência se acha geralmente justificada, jungida de se movimentar com base na aplicação da lei, acha-se impossibilitada de assim proceder pela circunstância de se encontrar o legislador, diante da complexidade do cotidiano, incapaz de apontar à Administração, em cada hipótese específica, qual a maneira e qual o momento para agir.

A isso se agregue que a função administrativa há de ser movimentada com flexibilidade, justamente para atender à dinâmica que envolve o interesse público, a qual, nos dias hodiernos, apresenta-se cada vez mais assídua. Com isso, visa retirar possível automatismo dos agentes administrativos.

A variedade das situações da vida real evidencia que a Administração não pode (melhor dizendo, não deve) expressar a sua ação apenas quando esta estiver pré-traçada em regra de direito escrito. O contrário seria algo que, além de impraticável, impediria que o administrador adotasse, nas diversas hipóteses com que venha a se defrontar, soluções criativas em favor do interesse público.

Nessa linha, Odete Medauar¹³ é explícita em apontar como respaldo à competência discricionária a necessidade de se conferir margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças, para o fim de que aquela possa apreciar as variadas situações e adotar as medidas mais convenientes e oportunas para preservar o interesse público. A existência de grandes metrópoles, com uma convivência massiva de pessoas, os problemas sociais cada vez mais correntes, bem como o acontecimento de grandes tragédias, assim o exige.

Noutro ponto, apontam-se motivos de ordem jurídica para tanto. Inicialmente, emerge o entendimento exposto por Kelsen, com desenvolvimento em Merkl¹⁴, e que radica no processo de formação da ordem jurídica. Este, por sua vez, desenvolve-se num direcionamento vertical, onde a norma superior determina o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma inferior, mas não de maneira completa. Por essa razão, àquele que compete elaborar esta pertence uma liberdade para estipular os detalhes que não restaram previstos pela norma superior.

Assim se tem quando a constituição delinea o processo de elaboração e diretrizes a serem observadas por ocasião da feitura das leis, pertencendo ao legislador uma liberdade de conformar os demais aspectos que envolvem a legislação. O mesmo sucederia quanto à lei e o regulamento, quanto a este e o ato administrativo concreto.

Também à cata de uma razão jurídica capaz de justificar a competência discricionária, Diogo Freitas do Amaral¹⁵ expõe que aquela, juridicamente, fundamenta-se tanto no princípio da separação de poderes quanto no Estado Social de Direito, enquanto prestador e constitutivo de deveres positivos para a Administração, de modo que não dispensa, mas, antes disso, está a pressupor, inelutavelmente, uma margem de autonomia jurídica, resultante da abertura de um grau mais denso por parte das normas escritas, de sorte a conferir àquela competência para melhor adequar as decisões às circunstâncias concretas¹⁶.

Se por ocasião do Estado de polícia, a discricionariedade era inata ao Rei, não apresentando limitações, nos albores do Estado Liberal de Direito restou forjada a categoria do ato discricionário ou de pura administração, ao entendimento de que se tratava de seara não sujeita à intervenção do juiz. A despeito de, à época, já existir o reconhecimento do princípio da legalidade, bem assim se encontrar em desenvolvimento a aceitação da possibilidade do cidadão demandar judicialmente a Administração, a divisão de poderes – que significava controle recíproco entre os segmen-

tos estatais – não tolerava, no entanto, que um poder invadisse a esfera inerente a outro.

O passar do tempo fez com que a jurisprudência – e, nesse particular, com ênfase para o Conselho de Estado da França – rompesse tal barreira, possibilitando, assim, que se pudesse concluir que a competência discricionária, embora reflita situação onde o administrador se encontra a salvo de maiores limitações legais, não é algo que se justifica por si próprio. É, antes, uma competência sujeita ao Direito, de maneira que, a despeito da flexibilidade proporcionada ao administrador pela ausência parcial de cobertura legal, aquele não se encontra habilitado a adotar qualquer solução, mas somente aquela que se destina à satisfação do interesse público e, mesmo assim, de acordo com as demais fontes jurídicas, entre as quais os princípios gerais do direito. Não se olvidar, por igual, os imperativos da lógica que informam o sistema jurídico, como o que impõe o agir com razoabilidade.

Cuida-se a discricionariedade de uma competência que, além de inerente e indispensável à atuação do administrador, encontra-se revestida de sólido lastro de juridicidade, sendo, portanto, um poder-dever jurídico. Isto faz com que se distancie – e muito – da arbitrariedade.

Esso traço que, nos dias em curso acompanha a discricionariedade, usufrui de amplo reconhecimento doutrinário, sendo destacável, dentre valiosas opiniões, a que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello expôs com a antecedência à Constituição de 1988¹⁷.

Assentado que a discricionariedade é um poder-dever jurídico, interessante se mencionar os traços que a caracterizam, assinalando a sua presença.

Tomás-Ramón Fernández¹⁸ se mostra claro ao afirmar que a presença da competência discricionária pressupõe a conjunção de três fatores. Inicialmente, faz-se necessário se observar a estrutura da norma que a outorga. A discricionariedade se encontra conexa as chamadas normas de fim, sejam ou não regras, as

quais indicam àqueles incumbidos de aplicá-las uma finalidade a ser atingida, abstendo-se de determinar previamente a conduta a ser seguida para tanto.

Ao depois, a extensão da discricionariedade estará a depender da densidade de regulação da norma que a habilita, sendo de realce que o correspondente fim sempre contém um condicionamento implícito para o seu aplicador, a limitar o quanto da discricção.

À derradeira, a competência discricionária está a pressupor uma delegação da norma habilitante que, em portando uma determinada elasticidade, ao deixar mais ou menos indeterminados os requisitos ou efeitos do caso concreto, confere ao seu aplicador uma margem para apreciar as circunstâncias de fato, a fim de que possa deliberar.

Mais específico e, por isso, mais prático, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ alude que a discricionariedade pode resultar: a) da hipótese da norma, isto é, da maneira imprecisa mediante a qual a lei descreve o motivo autorizador da decisão administrativa, ou se mantém omissa em fazê-lo; b) do comando da norma, quando neste se abrir ao agente público alternativa de condutas, seja para expedir ou não o ato, ora para apreciar o instante adequado para expedi-lo, por lhe atribuir liberdade quanto à forma que o revestirá, ou ainda para atribuir àquele uma competência para escolher a medida mais satisfatória; c) da finalidade da norma, uma vez que esta se aponta para valores, os quais são conceitos plurissignificativos.

Isso demonstra que a competência discricionária, demais se situar na província jurídica, tem a sua medida condicionada pela lei de habilitação.

A partir disso, pode-se chegar a se descortinar quais os aspectos de um ato ou decisão administrativa são suscetíveis de serem deixados à discricção do administrador. Chama atenção a enumeração, quase exaustiva, levada a efeito por Diogo Freitas do Amaral²⁰, para quem podem se abrigar sob o pálio da discricionariedade os aspectos relativos: a) ao momento da prática do

ato; b) à decisão de praticar ou não um certo ato administrativo; c) à determinação dos fatos e interesses relevantes para a decisão; d) à determinação do conteúdo concreto da decisão a ser tomada; e) à forma a ser adotada para o ato administrativo; f) às formalidades que deverão ser observadas na preparação ou na prática do ato administrativo; g) à fundamentação ou não da decisão²¹; h) à faculdade de opor ou não no conteúdo do ato administrativo condições, modos e outras cláusulas acessórias.

3. Discricionariedade *versus* conceitos juridicamente indeterminados.

Os enunciados jurídicos variadas vezes recorrem a conceitos indeterminados, consistentes naqueles onde o seu conteúdo é, numa certa medida, dotado de incerteza.

Tais conceitos – cuja denominação aqui se fará com a interposição do advérbio juridicamente – envolvem zonas de certeza positiva e de certeza negativa. Assim, em algumas situações, é possível, desde logo, verificar que os fatos correspondem ao conceito, enquanto que noutras sucede o inverso, isto é, há a possibilidade de antemão se concluir pelo não enquadramento da situação fática perante o termo empregado.

Em complemento, há que se cogitar em tais conceitos de zonas escuras, de penumbra, ou também nominadas de cinzentas, com relação às quais se torne possível uma diversidade de opiniões sobre se a hipótese normativa tenha ou não se verificado no mundo dos fatos.

São integrantes da categoria expressões de assíduo uso no campo jurídico, tais como interesse público, bem comum, honrabilidade, conduta indecorosa, preço vil, interesse da circulação, adequação, necessidade, situação de especial gravidade ou perigo, deterioração, para mencionar algumas.

O interesse no estudo dos conceitos juridicamente indeterminados é despertado, inicialmente, a partir da indagação de saber

se conferem discricionariedade ao aplicador, ou ainda se o seu exame jurisdicional é ou não admissível.

A polêmica – muito bem descreve Andreas J. Krell²² – teve sua delineação na Alemanha, justamente porque a partir do final do século XIX até o término da Segunda Guerra Mundial, prevaleceu o entendimento de que conceitos como o de “interesse público” e quejandos seriam de verificação por parte dos órgãos administrativos e dos governos, estando a salvo de revisão judicial. A prática desaguou em múltiplos abusos praticados pelas ditaduras que proliferaram à época, sendo um decisivo exemplo a nazista²³.

Daí que, criada a República Federal da Alemanha, a consagração da vinculação dos órgãos estatais à juridicidade e a garantia da tutela jurisdicional efetiva fez com que, na doutrina e jurisprudência, passasse a vicejar a compreensão de que os conceitos jurídicos indeterminados não consistiam em atribuição de juízo discricionário em favor da Administração.

Essa visão foi compartilhada pela doutrina de outros países que ainda se mantinham vinculados a uma realidade política não democrática. Foi o caso da Espanha sob o governo de exceção de Franco, levando García de Enterría²⁴, num ato de desasombro, a sustentar que os conceitos jurídicos indeterminados conduzem a uma unidade de solução justa quando cotejados com as circunstâncias do caso concreto. A cogitação de múltiplas soluções, própria da discricionariedade, somente estaria presente no que concerne ao exame abstrato da norma.

Devido a entraves que a concepção dos conceitos jurídicos indeterminados acarretou à movimentação do aparato administrativo, fez com muitos setores deste, principalmente no âmbito dos municípios, propugnasse, com relativa parcela de êxito, a que se tornasse a reconhecer uma maior liberdade de atuação em prol do administrador.

Daí que – relata Maurer²⁵ – a jurisprudência, lastreada por denso aporte doutrinário, passou a reconhecer que, mesmo com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, o legislador

pode habilitar a Administração para proferir decisões sob sua própria responsabilidade, as quais somente limitadamente poderiam ser revisadas pelos tribunais. Esse ponto de vista, que restou conhecido sob a denominação de “margem de apreciação”²⁶, é favorecido a seu lado com os argumentos, consoante os quais: a) os conceitos jurídicos indeterminados podem facultar diversas valorações e que, por razões lógico-normativas, impede a consideração de uma única solução correta; b) a Administração possui uma maior perícia e experiência, além de se encontrar mais próxima, por vivenciar os problemas administrativos de maneira concreta; c) certas decisões administrativas não são suscetíveis de repetição ou impossíveis de serem defendidas; d) faz-se necessário se reconhecer à Administração, enquanto poder público autônomo, uma esfera de responsabilidade própria, inclusive frente aos juízes e tribunais.

Seguindo o mesmo diapasão, Blanke²⁷ acentua que o reconhecimento dessas margens de decisão em favor da Administração advém do fato de que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo alto grau de complexidade que podem envolver, pela dinâmica da matéria, ou ainda pela incerteza da situação, pode se mostrar demasiado indefinida e, portanto, bastante difícil para ser judicialmente controlável, colidiria com os limites funcionais da jurisdição. A consequência, pois, é a de se admitir – excepcionalmente e sem que se afetem os princípios do Estado de Direito – à Administração a competência limitada de decisão própria.

Assim, a jurisprudência tudesca passou a reconhecer uma margem de apreciação administrativa quando houvesse, para tanto, uma habilitação do legislador. Em continuidade, e considerando as dificuldades que isto acarretava, pois só muito raramente as leis contêm tal habilitação explícita, passou a conceber um espaço limitado de decisão quando os conceitos jurídicos indeterminados, em face da elevada complexidade e da especial dinâmica da matéria disciplinada, sejam tão vagos, de modo que a revisão da decisão administrativa que os concretizou resulte

tão difícil que venha a extravasar dos limites do controle jurisdicional. Daí que os tribunais – realça Maurer²⁸ – inclinaram-se pela incidência de uma margem de apreciação administrativa somente nas seguintes hipóteses: a) decisões sobre exames (bacharelato, provas para admissão ao exercício de determinadas profissões, etc.); b) decisões semelhantes, especialmente no âmbito escolar; c) valorações sobre funcionários; d) decisões valorativas adotadas por comissões não sujeitas a controle hierárquico e integradas por especialistas em determinados assuntos; e) decisões baseadas em prognósticos e avaliações de riscos, principalmente no âmbito do direito ambiental e do direito econômico; f) decisões vinculadas a objetivos pré-determinados e a fatores inerentes aos segmentos da política administrativa e da política econômica, os quais possuem autonomia para estabelecê-los.

Disso resulta perceptível – embora haja uma resistência nos autores germânicos²⁹ – que a discricionariedade é visualizável quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados, principalmente quando se cuida de conceitos de valor³⁰ e de prognose. Assim, já frisava Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, Cassagne³² e, atualmente, Krell³³, valendo aditar que este é expresso em reconhecer que a teoria da margem de livre apreciação trouxe de volta a discricionariedade para o terreno dos conceitos jurídicos indeterminados, de onde tinha sido banida.

Com efeito, a pretensão de se afastar discricionariedade da margem de livre apreciação – como quer Blanke³⁴ – pela só circunstância de que, enquanto na competência discricionária o legislador delinea uma margem de descrição, habilitando o administrador a eleger a solução que entende adequada, e que, diferentemente, a margem de apreciação se põe como decorrência da presença de conceito jurídico indeterminado no contexto dos fatos em torno dos quais gravita o texto legal, revelando mais uma atividade interpretativa, não nos convence. Mais parece a tentativa de se preservar um purismo de uma construção alemã, quando o próprio autor se refere que tal distinção não se afigu-

ra muito convincente noutros sistemas, exemplificando com a doutrina suíça.

O que interessa é que há tanto na discricionariedade quanto na margem de apreciação quanto aos conceitos jurídicos indeterminados uma opção ou liberdade de escolha, cujo exercício se opera mediante lindes impostos pelo sistema jurídico, o que torna tais situações semelhantes quanto aos seus resultados. Em ambos os casos, o espaço livre é demarcado pelo Direito e, por isso, não escapa totalmente ao controle do Judiciário, ainda que este se faça de modo restrito.

4. Discricionariedade e atividade técnica da Administração: uma recolha doutrinária.

O desenvolvimento científico que eclodiu, principalmente a partir do final do século XIX, fez com que a sociedade na qual vivemos viesse a ser, na complexidade cada vez mais crescente de suas relações, fortemente influenciada pelos conhecimentos técnicos. O fenômeno, como não poderia deixar de ser, repercutiu na função administrativa.

Daí se nota, com assiduidade, que os órgãos administrativos se vêm defrontando, para o desempenho da atividade de aplicação do direito que lhe é inerente, com conceitos que exigem conhecimentos técnicos, conforme se pode ver nas áreas da proteção do meio ambiente, dos bens culturais, da saúde pública, sem olvidar ainda a da física, das ciências biológicas, da engenharia, da geologia, dentre outras. Verificam-se, no cotidiano, da função administrativa, menções a belezas naturais, a valor histórico, artístico, paisagístico, a bens culturais, a substâncias tóxicas, a enfermidades, a acústica, a acidez, a riscos de desabamento e assim por diante³⁵.

A circunstância, responsável por acarretar que os órgãos administrativos viessem a ser estruturados de forma segmentada, bem como providos por agentes dotados de conhecimentos téc-

nicos e científicos, contribuiu para a indagação sobre se os juízos técnicos emitidos pela Administração são ou não discricionários. Sugeriu-se a existência de uma discricionariedade técnica, capaz, assim, de reduzir o campo de sua revisão.

O tema despertou atenção da doutrina, principalmente a italiana, de onde parece ter se originado o seu traço formulador, tendo até mesmo sido identificada como a versão itálica da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados³⁶. Também foi objeto de desenvolvimento em outros países.

Giannini³⁷ expõe que, enquanto a discricionariedade se refere a um poder que implica, juntamente, um juízo e uma vontade, a discricionariedade técnica se reporta a um momento cognitivo e, por isso, acarreta somente um juízo, podendo, posteriormente, envolver ou não uma separada apreciação discricionária. Exemplificando, tem-se que a consideração sobre a natureza tóxica de uma substância decorre de uma apreciação técnica sobre a qual os órgãos administrativos não possuem competência para dispor sobre adotá-la ou não. No entanto, afigura-se possível que uma norma disponha que, uma vez se concluído pela existência da natureza tóxica de um produto, a autoridade (a mesma que formulou tal juízo ou outra) venha determinar a sua retirada do comércio, ou ordenar a sua destruição, ou proibir-lhe a sua utilização, ou permitir o seu emprego mediante cautelas especiais e assim por diante. Há, assim, discricionariedade apenas quanto à providência a ser adotada ao depois da constatação técnica. Diferentemente, poderia o legislador dispor que, em verificada a toxicidade de uma substância, deverá ser ordenada a sua destruição. Neste caso, não há discricionariedade nem mesmo quando a providência a ser adotada após o juízo técnico, estando o administrador, quando muito, livre para decidir sobre o modo como efetuar tal medida.

Prosseguindo, o autor não desconhece que, na província científica, é de se cogitar de resultados suficientemente certos, enquanto que, noutros, pode-se afirmar que as conclusões são

somente relativamente certas, possibilitando opiniões diversas, o que depende de vários fatores.

Por isso, não esquece o autor de traçar divisão entre os juízos técnicos valorativos e aqueles de existência. Daí assenta que nestes há uma nítida separação entre o juízo técnico e a decisão administrativa. O mesmo, contudo, não se verifica quanto aos segundos onde a conexão entre tais fases é indiscutível. Notícia que, para evitar dificuldades, a doutrina mais recente tem se orientado para considerar que os juízos valorativos são juízos reservados à Administração, excluindo-se o seu exame pela jurisdição.

Ao tema não se mostrou alheio Sandulli³⁸, para quem há que se distinguir entre as investigações técnicas, as quais consistem na verificação de uma circunstância certa, não sujeita a oponibilidade, e as valorações técnicas (ou apreciações técnicas). Estas últimas, por sua vez, são integradas por um momento de aquisição de dados científicos e de outro, voltado a exprimir uma valoração científica sobre os elementos coligidos, sendo, assim, capazes de induzir um componente de variabilidade ou de oponibilidade nas análises científicas, o qual, de acordo com as circunstâncias, pode ser mínimo ou consistente.

No decurso de sua exposição, o autor, após enfatizar que a distinção entre ambos os conceitos não é meramente formal, implicando, ao invés, substanciais consequências, diz que as valorações técnicas foram tradicionalmente identificadas, nos albores da centúria que há pouco se findou, com a discricionariedade técnica, com o propósito de respaldar o não exame de uma determinada área por parte da jurisdição.

Atento ao debate em torno do tema, o autor noticia a existência de três correntes, sendo a primeira delas a que sustém que a técnica representa uma estrutura de poder real, que é atribuída à Administração em face do exercício da investigação técnica, de modo que àquela deve ser reservada. Em contraposição, a segunda identifica a técnica como um limite externo à atuação administrativa, voltada à garantia de sua objetividade, razão pela

qual é negada a subsistência de um poder da Administração em aplicar as regras técnicas, devendo-se permitir a plena investigação de tal atividade pelo Judiciário.

Indica ainda a existência de um pensar intermediário, a considerar a discricionariedade técnica como elemento valorativo situado entre o discricionário e o vinculado, no qual operam valorações administrativas não discricionárias. Daí se compreender as valorações técnicas como o exercício de um poder administrativo, não em virtude da aplicação de normas técnicas, mas pela impossibilidade de, pela via técnica, obter-se certeza. Nesses casos, pugna-se pelo reconhecimento de uma deferência em favor da Administração com fundamento numa maior representatividade desta frente ao juiz, no que concerne à pesquisa da solução para o caso concreto.

Para Miguel Sanchez Morón³⁹ há que se cogitar da presença de uma discricionariedade técnica nos casos nos quais a lei confere um âmbito de decisão aos administradores, com o propósito do alcance de um resultado em compasso com as avaliações de natureza exclusivamente técnicas. Isso não quer dizer, só por só, que haja uma discricionariedade na solução apresentada pela técnica, mas apenas na permissão legal para que possa atuar livremente na escolha de uma opção a partir do resultado a que chegou o exame especializado.

Embora possa haver diversidade por força da maneira de expor, o ponto de vista não difere do enunciado por Luis Cosculluela Montaner⁴⁰, o qual, mais enfático, afirma que não se tem nas situações em comento discricionariedade, uma vez que os conceitos técnicos não implicam uma possibilidade de valoração pelo administrador. Diversamente, o que se denomina de discricionariedade técnica obriga à adoção de uma única solução correta em cada caso, em virtude do que proporcionam as normas técnicas.

Ainda sem evasão dos lindes doutrinários hispânicos, anote-se que o debate ganhou atenção em Eva Desdentado Daroca⁴¹, para quem a característica principal da apreciação técnica se

centra em que não se respaldam unicamente em critérios de preferência do sujeito que as desenvolve, mas, diversamente, em balizas advindas de observações de natureza científica, as quais, se nem sempre venham a proporcionar verdades absolutas, também delas não derivam opiniões ou convicções puramente subjetivas, razão pela qual resultam sempre de modo justificado.

Passa a enunciar três situações. A primeira delas – que nomina como discricionariedade técnico-jurídica – reside quando a norma atribui à Administração a possibilidade de escolher o modo de agir para a consecução do interesse público. Seriam as hipóteses onde, para a determinação da providência a ser adotada, a Administração recorre à técnica e esta identifica mais de uma opção como eficazes para a finalidade pretendida, cabendo a sua escolha ao administrador.

Em segundo lugar, há de serem consideradas as hipóteses científicas que não podem ainda ser objeto de confirmação, em face do estado não avançado da ciência e, justamente pela inexistência da possibilidade de um contraste crítico, defere-se à Administração a possibilidade de escolher a solução que considere mais adequada para o interesse público.

Numa terceira ordem de ideias, emergem as situações nas quais, para o exercício da atividade administrativa, têm relevância especial critérios técnicos que não se encontrem em relação com a discricionariedade administrativa.

Ao contrário das duas primeiras, que são suscetíveis de vencer uma discricionariedade forte, a terceira hipótese requer solução com base em critérios técnicos adequados. Se estes não se apresentem com uma segurança indefectível – até porque a verdade científica habita no terreno do provisório – longe está de significar que a Administração esteja autorizada a escolher a solução que se apresente ao talante do administrador. Estar-se-á diante do que o autor denomina de discricionariedade instrumental, a qual, de modo algum, atribui à Administração um âmbito de decisão próprio, livre, significando, diferentemente,

que a atuação da autoridade tenha a sua regência unicamente pelo conceito empregado pela regra jurídica.

Ao tratar do tema, Juan Carlos Cassagne⁴² não enxerga a presença de uma discricionariedade técnica, acentuando que se trata de juízos técnicos juridicamente distintos dos juízos de oportunidade ou conveniência. Para o autor, a técnica somente é capaz de proporcionar ao administrador nada além da eleição de um método, sistema ou procedimento.

A discussão não passou despercebida a António Francisco de Sousa⁴³, o qual menciona que a elaboração da categoria de discricionariedade técnica ou imprópria resultou de uma concepção que pretendia imunizar a Administração da fiscalização judicial, ao argumento de uma impossibilidade técnica de controle, tributado à falta de preparação dos juízes, o que faria resultar para aquela uma <<liberdade limitada>> de manobra, capaz de permitir a toda decisão administrativa altamente técnica usufruir de uma liberdade, caso não viciada de erro manifesto. Posiciona-se o autor em contrariedade a tal entendimento, salientando que a presença de uma dificuldade inegável em se controlar tais deliberações não deve implicar no remate para se assegurar em favor da Administração decidir a seu bel prazer, pois, se assim fosse, haveria nítida ofensa ao Estado de Direito⁴⁴.

Por isso, recusa-se em admitir que se venha a cogitar de falar em discricionariedade técnica ou imprópria, devendo tais casos ter o tratamento de conceitos técnicos, onde seja possível o correspondente controle pela jurisdição.

Tal conjunto – diz o autor – abrange, inicialmente, os juízos técnicos de verificação, cognição ou existência, diante dos quais se tem uma operação de determinação ou de verificação da materialidade de um fato, a qual é realizada mediante juízos cognoscitivos (de reconhecimento ou existência) e não valorativos. Num segundo lugar, estão os juízos técnicos de valor, os quais envolvem uma valoração de fatos e circunstâncias suscetíveis de uma apreciação variada, como é a consideração sobre o valor artístico. Finalmente, haveria que se falar de juízos técnicos de

probabilidade, onde se está perante juízos que, assentando-se em circunstâncias concretas de natureza técnica, projetam-se para o futuro, mediante estimativas acerca do desenvolvimento previsível dos acontecimentos, tais como os juízos sobre a capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma rodovia, da capacidade de um hospital em receber internações, dentre alguns.

Em todas essas situações, conclui pela inexistência de discricionariedade propriamente dita⁴⁵.

Em solo pátrio um dos autores que se referiu à atividade técnica da Administração foi Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁶ quando, após frisar que os autores estrangeiros, principalmente os italianos, distinguem os poderes discricionários em puros e técnicos, considerando estes como a atividade livre que, circunscrita aos limites legais, tem como diretriz restritiva o accertamento de elementos de fato decorrentes de um juízo qualificado a seu respeito, de modo a serem satisfeitas as exigências técnicas dispostas em lei e, por isso, menos sujeita à atividade controladora dos juízes quanto ao exercício abusivos de direito.

Sustenta ser impróprio, em tais hipóteses, falar-se de uma discricionariedade técnica, mas não desconhece que, nas diversas situações fáticas, os requisitos ou elementos técnicos podem ostentar natureza flexível, ou elástica, e noutros, caráter de rigidez, precisão. Daí que a técnica pode investir a Administração de atributos discricionários ou vinculados.

Lança-se, em busca de um melhor didatismo, a uma distinção. Numa situação se tem que o critério técnico se encontra em conexão com o administrativo, vindo a ser absorvido por este. Suponha-se que condições de segurança ou de higiene de construção de um edifício, apesar de não satisfatórias tecnicamente, possam permitir, uma vez resguardado um mínimo de suficiência de segurança e higiene, a sua utilização, desde que realizadas providências de adaptação. Os elementos técnicos constituem pressupostos da ação administrativa, não impedindo que a Administração atue com certa liberdade, podendo, assim, determinar a conservação da edificação ou a sua interdição.

Noutros casos o critério técnico não se liga ao administrativo, de maneira que a sua apreciação independe de qualquer discricção administrativa. Exemplo é a necessidade de que sejam abatidos animais ou erradicadas certas plantações, por se acharem com aptidão de propagar moléstias contagiosas. A verificação de tal circunstância em laudo técnico respalda a atuação dos órgãos públicos nesse sentido.

Um pouco mais adiante no tempo, esse discrimen foi realçado por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴⁷, ao enfatizar que somente se poderá cogitar de uma discricionariiedade técnica conforme os conceitos técnicos estejam ou não ligados com os critérios administrativos.

Sem embargo de contemporâneo, ponto de vista esgrimido por Eros Grau⁴⁸ insiste que não há que se afirmar a titularidade, por parte da Administração, de uma discricionariiedade técnica, justamente por que as margens de ação discricionária somente se manifestam quando a lei, expressamente, confere-as ao administrador.

5 . Sobre o controle jurisdicional da atividade técnica.

A partir das opiniões antes descritas, sou de que, regra geral, o desenrolar da função administrativa mediante critérios técnicos não implica em discricionariiedade. Esta, por sua vez, decorre do espaço de liberdade deixado ao administrador pela norma legal ou regulamentar.

Discricionariiedade haverá, por exemplo, se, diante de uma verificação técnica, a lei ou regulamento faculte à Administração a possibilidade de decidir ou não, ou ainda de, ao decidir, adotar uma ou mais providências possíveis.

É certo ser admissível ainda se cogitar de uma margem de opção discricionária quando, para se atingir um determinado objetivo, o auxílio fornecido pela técnica reputar de forma satis-

fatória o emprego de mais de um método, sendo, assim, possível a realização do interesse público com qualquer deles.

A aferição técnica - importante salientar - traduz, diante do correspondente estágio da ciência, uma certeza quanto a determinadas circunstâncias que possam ser qualificadas como motivo para a prática ou não de uma decisão administrativa.

Sendo assim, penso não ser correto se dizer que a Administração, por manifestação de seu subjetivismo, possa definir qual seja o resultado de uma investigação que deva ser pautada por critérios técnicos.

Não me convence o argumento referido por Eva Desdentado Daroca⁴⁹, consoante a qual se fará presente uma discricionariedade dita como técnico-administrativa quando a Administração decida em adotar uma providência lastreada em hipóteses científicas que não puderam ser objeto de confirmação, uma vez os estudos a respeito não se encontrarem avançados ou por se cuidar de atividades de prognose.

A uma, porque a evolução pela qual passam os conhecimentos científicos na atualidade, demais de excessivamente veloz, expande-se por quase todas as atividades que, desenvolvidas no meio social, reclamem a elucidação de questões com base em dados de natureza técnica.

A outra, em virtude da circunstância de que, mesmo em tais casos, não resta a Administração exonerada do encargo de fundamentar, tanto quanto possível, o seu entendimento.

Portanto, sempre que a regra de direito se reporta, à guisa de motivo autorizador da edição de um ato administrativo, a uma situação cuja caracterização envolva conhecimentos técnicos, tem-se o exercício de uma competência vinculada e não discricionária.

Para uma melhor sedimentação desse ponto de vista, inevitável recordar precedente do Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível 7.377⁵⁰, cujas linhas argumentativas que o alicerçam ainda permanecem como insuperáveis sobre o tema.

Cuidava-se a espécie de ação proposta para ver reconhecida a nulidade da decisão administrativa do então Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por entender que o imóvel sito à Praça 15 de Novembro, nº 34, de propriedade do autor, não poderia ser reputado como monumento histórico.

Discorrendo se a discussão judicial poderia vir a envolver o questionamento de tal aspecto, o relator sustentou, com o propósito de afastar ponto de vista contrário, que tal decorre da sujeição dos atos administrativos, de qualquer natureza, ou qual seja a hierarquia da autoridade, ao controle judicial, insistindo que tal exame se reduz à análise de uma questão de fato.

A despeito disso, inclinou-se pela prevalência do ato administrativo, porquanto amparado em levantamento pericial, a cargo do Professor Pedro Calmon, historiador ilustre, e que, dentro de sua competência especializada, acrescentou fortes subsídios, enquanto que os peritos indicados pelo autor e pela fazenda pública nada acrescentaram à solução da controvérsia.

Na mesma assentada, não olvidar o pronunciamento do Min. Filadelfo Azevedo, para quem se faz necessário a reivindicação da legitimidade da apreciação do Judiciário, embora sob mais discretos contornos, para o propósito de se evitar que sob a aparência de técnica venha a se encobrir o exagerado arbítrio ou a injustiça notória.

O julgado foi objeto de arguto comentário por Victor Nunes Leal⁵¹, o qual, partindo da consideração de que o motivo do ato administrativo integra a sua configuração legal, a respectiva verificação se encontra no âmbito da legalidade.

Daí que a dificuldade técnica, só por só, não poderá se revelar como impedimento constitucional à competência de revisão por parte do Judiciário que tem a faculdade de acorrer, para essa finalidade, ao auxílio de expertos. O que se poderia concluir – parece sugerir o autor – é que, se o valor histórico ou artístico do bem vier a se evidenciar bastante duvidoso, com levantamentos periciais com conclusões contraditórias, revelando resultados opostos, seria a tendência dos tribunais a de, por

deferência, inclinar-se ao respeito das opiniões constantes nos laudos administrativos⁵².

No caso acima referido, não resta demasiado acentuar que, versando a hipótese sobre tombamento, tem-se que o art. 1º, *caput*, do Decreto-lei 25/37, delineia os contornos do que deva ser inferido como patrimônio histórico e artístico nacional, razão pela qual o motivo de fato para a edição do ato administrativo - e que ostenta colorido técnico - insere-se no campo da atividade administrativa vinculada.

Preciso acentuar que o controle jurisdicional dos atos e decisões administrativas, quando indispensável o envolvimento de investigações e apreciações técnicas, há de se desdobrar em duas fases.

Inicialmente, compete ao Judiciário – e, antes mesmo, à Administração – exercitar um exame procedimental, voltado a constatar os conhecimentos especializados daqueles incumbidos de expressar o posicionamento técnico a embasar a ação administrativa. Sendo assim, num licenciamento ambiental, é possível ao administrado perquirir a habilitação do agente que irá realizar os estudos que subsidiarão a decisão administrativa, ou, num concurso, saber se os examinadores possuem qualificativos que os habilitam à proposição dos questionamentos aos candidatos, sendo de atenção especial os exames destinados à admissão de professores universitários.

Dito controle, ao contrário do que à primeira vista possa aparentar, não é meramente objetivo. Há, por igual, que dizer respeito à imparcialidade dos agentes públicos, consoante as previsões de impedimento e de suspeição previstas nas leis e regulamentos, cabendo um papel de relevo, nesse ponto, às leis de procedimento administrativo. A consagração da impessoalidade como baliza para a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF) assim impõe.

Em seguida, emerge para o controle jurisdicional o exame do acerto ou não da Administração quanto ao resultado da verificação técnica e que, por mais que se queira não explicitar, reporta-se à indagação acerca da presença – ou, igualmente, da adequação – do motivo que o sistema jurídico acolhe como justificador da ação administrativa.

Nesse sentido, o Conselho de Estado admitiu tanto o exame sobre a existência do motivo (*arrêt* Gomel, Rec. 488, de 04 de abril de 1914; Trépont, Rec. 65, de 20 de janeiro de 1922; *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, Rec. 251, de 28 de julho de 1993; *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 de outubro de 1995) quanto sobre sua correspondência frente à situação descrita na norma jurídica (*arrêt* Teisser, 13 de março de 1953; *Massot*, Rec 360, de 18 de maio de 1973).⁵³ Em tais situações, forçoso se observar uma alegação de suposta aplicação incorreta da lei que rega a matéria.

Respeitadas as opiniões divergentes⁵⁴, que porventura possam se alinhar majoritariamente, concordamos com o exposto por António Francisco de Sousa⁵⁵, para quem não se deve reclamar apenas o erro dito manifesto. Ao se requerer a presença deste, estar-se-á diante de algo bastante indefinido, permitindo que se faça um controle mais vasto, ora nenhum controle, pois, ao final, caberá ao juiz lhe fixar os limites, o que faz com que a verificação da legalidade passe para um terreno de forte subjetivismo.

De mais a mais, em assim entendendo, resultará na admissibilidade do erro não manifesto, o qual é igualmente ilegal tanto quanto o erro dito manifesto⁵⁶.

É que, tanto numa hipótese quanto na outra, seria possível se falar na inexistência ou inadequação do motivo que, por força da lei ou de regulamento, editado com base nesta, é previsto como capaz de fazer eclodir a atuação do administrador.

O ponto que porventura possa apresentar maior discussão, nos casos ora em comento, é justamente quando não se possa afirmar a prevalência, nem mesmo provisória, de uma certeza do juízo técnico sobre a questão. A solução que vem prevale-

cendo é no sentido de se assegurar, em favor da Administração, uma deferência, desde que as suas conclusões se apresentem com motivação razoável.

Mas isso, ao que penso, não implica em se deferir uma competência discricionária ao administrador, porque longe se está de conferir a este uma liberdade de escolha, arrimado em juízo subjetivo. Eventual liberdade recairá na conveniência em deliberar ou não pela prática do ato, ou quanto ao instante de praticá-lo. Jamais quanto a escolher o fundamento de fato (motivo) que, calcado em aferição técnica, sirva para respaldar a edição do ato administrativo.

Tal singularidade se mostrou perceptível ao final do pronunciamento do Min. Castro Nunes na Apelação Cível 7.377 quando, na análise da prova pericial, prestigiou – torno a dizer - o levantamento realizado pelo perito da fazenda pública, o historiador Pedro Calmon, descortinando a valia histórico-artística do “Arco do Teles”. Igualmente, aparece ora explícita, ora subtendida, da pena de vários autores, sendo de se conferir Eva Desdentado Daroca⁵⁷, Almiro do Couto e Silva⁵⁸ e Aldo Sandulli⁵⁹. Tanto é assim que este aponta como indispensável, nos casos de uma valoração técnica, levada a cabo por órgão administrativo especializado, a obtenção da motivação, ou, pelo menos, do *iter* argumentativo observado e das razões essenciais da conclusão alcançada⁶⁰.

Esse remate alça importância em matéria de correções de provas em exames em concursos públicos e procedimentos semelhantes. Há, sem dúvida, na maioria das decisões uma tendência de se restringir o exame dos pleitos em face de uma discricionariedade da Administração, o que é influenciado por motivos de ordem prática e econômica, justamente por os concursos, na atualidade, serem procedimentos de massa e vir sendo costume uma possível demora nas decisões das respectivas ações a embaraçar o interesse do serviço público.

No entanto, esse posicionamento não poderá ser levado com extremado rigor, principalmente porque a formulação embrio-

nária de diretrizes pela jurisprudência não descartou discussão sobre legalidade em tal seara, em compasso com o que se assentou em julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no ROMS 18.559 – RJ⁶¹ e que aparenta ser um *leading case*.

O que não se pode deixar de considerar é que, nas hipóteses onde a obtenção de uma certeza científica possa apresentar dificuldades, haverá de preponderar o entendimento da Administração, contanto que amparado em justificativa (motivação) razoável e, assim, implica no reconhecimento de que a presunção de legitimidade da decisão administrativa não restou desfeita pelo administrado.

Isso não significa – saliento – que a prevalência do ponto de vista esgrimido administrativamente decorra do reconhecimento de uma ampla liberdade ou discricionariedade, de sorte a privilegiar a incidência de um subjetivismo tão peculiar a uma grande parcela dos agentes públicos.

Esse aspecto, todavia, parece não vir sendo observado pela jurisprudência mais recente, cujos acórdãos, numa multiplicidade, parecem se acostar à invocação – a nosso ver, errônea – da existência de uma discricionariedade técnica⁶², a qual confere à função administrativa uma onipotência indiscutível e generalizada. Com isso, há uma forte probabilidade de favorecimento ao arbítrio, incompatível com o Estado de Direito. Eis um novo Cavalos de Tróia a esconder a ameaça de uma invasão dos gregos.

6 . Síntese conclusiva

Ao fim do exposto, faz-se admissível sumariar as conclusões que abaixo:

- a) a competência discricionária é a que permite ao administrador, à míngua de previsão em lei ou regulamento, editado com base em lei, uma esfera de liberdade para tomar decisões, as quais devem se direcionar ao atendimento do interesse pú-

blico, competindo, portanto, ser exercida dentro de limites traçados pela ordem jurídica;

b) o exercício da competência discricionária encontra apoio ora em razões de natureza prática, justamente por ser indissociável à função administrativa uma flexibilidade para a gestão do interesse público, envolto por uma dinâmica quase insuperável, ora em razões de cunho jurídico, seja em decorrência do modo de formação das normas jurídicas, ou por injunções impostas pela divisão funcional do poder;

c) configurando um poder-dever balizado pelo sistema jurídico, a discricionariedade surge em face – e nos termos - de uma norma habilitante, sendo decisivo, para esse fim, a observância da correspondente estrutura e densidade;

d) passada larga controvérsia, há uma inclinação doutrinária e, igualmente, pretoriana, no sentido de que os conceitos ditos juridicamente indeterminados, nalgumas vezes, são aptos a ensejar o desempenho de competência discricionária, principalmente quando se revestem de conceitos de valor e de prognose;

e) o cada vez mais assíduo desenvolvimento das ciências vem fazendo com que a movimentação da Administração Pública se ache influenciada por considerações de ordem técnica, as quais, ressalvados pensamentos em contrário, longe estão em significar discricionariedade, que somente poderá ocorrer se, diante de uma aferição especializada, disponha o administrador da liberdade em escolher mais de uma providência a ser tomada, ou quando dispuser da prerrogativa de eleger, dentre várias alternativas possíveis, uma solução técnica, não abrangendo, por sua vez, a prerrogativa de, mediante manifestação da vontade dos agentes públicos, escolher qual conclusão técnico-científico haverá de preponderar nos casos concretos, mesmo quando não existir sólida probabilidade de certeza quanto à matéria em discussão;

f) em sendo vinculada, a atividade técnica da Administração se expõe, indiscutivelmente, a controle jurisdicional, o qual deve se iniciar pela ótica procedimental, com a análise dos conhecimentos específicos e da neutralidade dos agentes públicos;

g) numa outra vertente, a revisão judicial haverá de se direcionar à demonstração de equívoco – não necessariamente manifesto – na verificação da existência e da correspondência do motivo (pressuposto fático da decisão administrativa), o que se insere na província da legalidade;

h) é preciso se ressaltar que, nas hipóteses onde se afigure difícil uma provável certeza, há que se atribuir uma deferência às conclusões administrativas, contanto que apoiadas em razões sólidas e razoáveis, circunstância que, ao contrário do que possa parecer a um primeiro súbito de olhos, não se qualifica como discricionariedade, porquanto longe está de significar a atribuição, em favor da Administração Pública, de competência para resolver o questionamento técnico-científico com lastro nas apreciações subjetivas dos seus agentes.

7. Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Volume II.

BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. *In: Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012. Coord.: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragments de Derecho administrativo – entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hamurabi – Jose Luis Depalma Editor, 2003.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 9ª ed. Paris: Armand Colin, 2004.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discricionariedad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madri: Civitas, 1997.

ENGISCH, KARL. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, , p. 214 . Tradução de J. Baptista Machado.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madri: Civitas, 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 139, jan./fev. de 1952.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. 1ª ed. Madri: Iustel, 2005.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 1933.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Transformaciones del Estado y de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão; Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. Volume segundo.

GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista Trimestral de Direito Público*, ano 23, nº 93, jan./mar. de 1990.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *In: Problemas de direito público e outros problemas*. Ministério da Justiça; Brasília, 1997.

_____. Atos discricionários e funções quase-judiciais da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, volume 2, número 1, 1945.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo - parte general*. Madri: Marcial Pons, 2011. Tradução para o espanhol coordenada por Gabriel Doménech Pascual.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da Administração. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 610, agosto de 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Editorial Colmares, 2004. Tradução de José Luis Monereo Pérez.

MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*. 7ª ed. Madri: Civitas, 1996. Volume I.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discricionariedade administrativa y control judicial*. Madri: Editorial Tecnos, 1994.

PIETRO, Maria Sylvia di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

SANDULLI, Aldo. Il procedimento. *In: Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. Tomo segundo. Coord.: CASSESE, Sabino.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 179/80, jan./jun. de 1990.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

VERPAUX, Michel; JANICOT, Laetitia. *Droit public – Pouvoirs publics e action administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Vol. I, p. 453. Tradução de António Francisco de Sousa.

Notas

- ¹ *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214. Tradução de J. Baptista Machado.
- ² Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *In: Problemas de direito público e outros problemas*. Ministério da Justiça; Brasília, 1997, p. 278. O artigo, inicialmente, alcançou publicação na Revista de Direito Administrativo nº 14, referente a outubro-dezembro de 1948.
- ³ O compulsar de grande parcela da doutrina, seja a nacional quanto a alienígena, principalmente aquela integrada por autores que há mais tempo se debruçaram sobre o tema, evidencia a preferência pelo substantivo poder, para fins de sofrer a incidência do qualificativo “discricionário”. Porventura mais por preconceito do que por uma pretensão à precisão científica, sou de que o termo poder é capaz de evidenciar algo que permite alguém tomar uma decisão sem a presença de limites. Por isso, o leitor, com o desenvolvimento do texto, observará uma predileção pelo vocábulo “competência”, o qual, a meu sentir, afigura-se melhor para espelhar o exercício de prerrogativa que não se encontra a salvo de restrições, para que possa atingir resultados mais satisfatórios.
- ⁴ O princípio da juridicidade, ao invés de legalidade, é empregado para expressar a vinculação da Administração a um conjunto normativo mais vasto do que o da lei formal, vem recebendo cada vez mais acolhida doutrinária. Um exemplo reside em Georges Dupuis, Marie-José Guédon e Patrice Chrétien, ao afirmarem: “A Administração, por maior que seja o seu poder, está submetida ao direito, a todo o direito e não somente às leis votadas pelo Parlamento. (...) Tal é o princípio da juridicidade. Significa que existe uma obrigação de agir em conformidade com os diferentes elementos da ordem jurídica. Toda violação é uma irregularidade suscetível, sob algumas condições, de ser sancionada” (*L’Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, à tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. (...) Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu’il y a obligation d’agir conformément aux différents éléments de l’ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d’être sanctionnée. Droit administratif*. 9ª ed. Paris: Armand Colin, 2004, p. 83).
- ⁵ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 13-15.

- ⁶ Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 139, jan./fev. de 1952, p. 14. Muito embora seja comum se atribuir a origem de sua delineação na doutrina italiana – o que é evidenciado por Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 86) – é possível percebê-la no art. 13, §9^a, alínea a, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que, versando sobre a organização da então recentemente criada Justiça Federal, dispunha: “Art. 13. (...) a) Consideram-se ilegales os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões jurídicas, abstenendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade(...)”.
- ⁷ *Fragmentos de Derecho administrativo –entre la justicia, la economia y la política*. Buenos Aires: Hamurabi – Jose Luis Depalma Editor, 2003, p. 96-97.
- ⁸ A propósito, Hauriou explicou: “Mas, se não mais existem atos discricionários, permanece, apesar da preponderância da ideia de interesse público no interior da instituição administrativa, alguma margem de poder discricionário, em benefício da administração, da qual se faz necessário dar uma explicação sobre essa ordem jurídica interna” (Mais s’il n’existe plus d’actes discrétionnaires, il subsiste, malgré la domination de l’idée d’intérêt public au sein de l’institution administrative, une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, au bénéfice de l’administration, dont il nous faut donner l’explication par rapport à cet ordre juridique interne. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1933, p. 351-352. A edição foi atualizada por André Hauriou).
- ⁹ Ver a observação de Victor Nunes Leal (Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: *Problemas de direito público e outros problemas*. Ministério da Justiça; Brasília, 1997, p. 281), ao noticiar que a existência da categoria “atos vinculados” faz surgir, na praxe, uma generalização do emprego, para fins de contraposição didática, da expressão “atos discricionários”. Não menos interessante visão contraposta de Diogo de Freitas do Amaral (*Curso de direito administrativo*. 2^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Volume II, p. 78), ao insistir que não há atos inteiramente vinculados nem totalmente discricionários, sendo todos os atos administrativos em parte vinculados e em parte discricionários. Por isso, o correto é se dizer que há atos predominantemente vinculados e atos predominantemente discricionários.

- ¹⁰ É o caso, por exemplo, de Tomás-Ramón Fernández (*Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. 1ª ed. Madri: Iustel, 2005), o qual, em se voltando ao exame do seu exercício, distancia o arbítrio ou discricionariedade judicial dos confins da arbitrariedade, está inadmissível no Estado de Direito.
- ¹¹ Poder discricionário da Administração. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 610, p. 39, agosto de 1996.
- ¹² *Précis de droit administratif et de droit public*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 1933, p. 351-352.
- ¹³ Poder discricionário da Administração. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol. 610, p. 42, agosto de 1996. Aprecia-me invocar que o Código do Procedimento Administrativo atualmente em vigor em Portugal, a exemplo do diploma anterior, disciplina a figura dos atos administrativo perpetrados em estado de necessidade, conforme espelha o seu art. 3º, nº 2º, a saber: “Artigo 3º (...) 2 – Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indenizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração” (disponível em: www.pgdlisboa.pt. Acesso em: 01-04-2015). Em situações tais, é imprescindível o exercício da competência discricionária, a adotar soluções criativas em benefício do interesse público. Tem-se aí o que se adotou por chamar de discricionariedade tática.
- ¹⁴ Interessante a visão do autor: “Numa direção *vertical* os atos das autoridades hierarquicamente mais elevadas oferecerão um condicionamento menos enérgico e, de conseguinte, uma maior proporção discricional. Isto depende de que a produção do direito em todos seus planos é uma concreção de normas jurídicas relativamente abstratas, porém um concreção que avança de modo escalonado do geral para o particular e, com isso, da liberdade à vinculação” (Em direção *vertical* los actos de las hierarquias más altas ofrecerán un condicionamiento menos enérgico y en consecuencia una mayor proporción discrecional. Esto depende de que la producción del derecho en todos sus planos es una concreción de normas jurídicas relativamente abstractas, pero una concreción que avanza escalonadamente de lo general a lo particular y, con ello, de la libertad a la vinculación. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada:

Editorial Colmares, 2004, p. 188. Tradução de José Luis Monereo Pérez. A edição original teve a sua conclusão em maio de 1927).

- ¹⁵ *Curso de direito administrativo*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Volume II, p. 87.
- ¹⁶ Outra percepção, e que é exposta sem maiores rodeios, é a de Blanke (La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. In: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012, p. 47. Coord.: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef.), para quem a discricionariedade se presta, primeiramente, para a realização da equidade, quer dizer, da justiça material do caso concreto, pois investe a autoridade administrativa numa competência particular que lhe permite resolver de maneira justa uma situação individual, levando em conta, de um lado, os objetivos do legislador, e, doutro, as peculiaridades do caso concreto.
- ¹⁷ Foram as palavras do autor: “Embora os poderes discricionários da Administração Pública, ao contrário dos vinculados, se achem libertos de estritas determinações legais, de maneira a poder escolher como deve proceder, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade, não se confundem com poderes arbitrários. Ao passo que estes correspondem a atividade sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, aqueles dizem respeito à atividade circunscrita dentro de limites jurídicos. No Estado de Direito não se admitem poderes arbitrários” (*Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I, p. 486).
- ¹⁸ *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. 1ª ed. Madri: Iustel, 2005, p. 53-70.
- ¹⁹ *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 19.
- ²⁰ *Curso de direito administrativo*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Volume II, p. 92-94.
- ²¹ Embora o autor se refira à disciplina constante do art. 124º do anterior Código do Procedimento Administrativo de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei 442, de 15 de novembro de 1991, e que, atualmente, encontra-se no art. 152º do diploma aprovado pelo Decreto-lei 4/2015, não há incompatibilidade com o direito pátrio. É que, a partir da Lei 9.784/99, no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, veio a lume tra-

tamento objetivo e simplificado do tema, cabendo ao seu art. 50, I a VII, explicitar as hipóteses onde se impõe o dever de motivação das decisões administrativas. Segue-se, então, que, nas hipóteses que não se encaixem no rol do mencionado preceito, há uma liberdade do administrador em decidir motivar ou não o ato administrativo, a revelar a existência de discricionariedade.

- ²² *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 29-33 e 37-40.
- ²³ Para que o regime nazista pudesse se impor, desfigurando a esperança que se depositava na Constituição de Weimar, invocou o Führer o art. 48, item 2, que, amparando em conceitos vagos, dispunha: “Art. 48 (...) Se a segurança e a ordem públicas se virem gravemente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do *Reich* poderá adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem públicas, utilizando inclusive as forças armadas, se for necessário. Para tal fim, pode suspender temporariamente o desfrute total ou parcial dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153” (Si la seguridad y el orden públicos se viesen gravemente alterados o amenazados, el Presidente del *Reich* podrá adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden públicos, utilizando incluso la fuerzas armadas si fuera necesario. A tal fin puede suspender temporalmente el disfrute total o parcial de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. Disponível em: constitucion.rediris.es. Acesso em: 15-07-2003).
- ²⁴ *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª ed. Madri: Civitas, 1989, p. 35. O escrito – e daí a postura de coragem – consistiu em texto de conferência pronunciado perante a Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona no dia 02 de março de 1962, conservando-se inédito até a edição original, realizada em 1974.
- ²⁵ *Derecho administrativo – parte general*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 176-177. Tradução para o espanhol coordenada por Gabriel Doménech Pascual.
- ²⁶ Narra Maurer (*loc. cit.*, p. 176) que a teoria da margem de apreciação engloba três teorias, quais sejam a da margem de apreciação (Bachof), a da justificabilidade (Ule) e a da prerrogativa de apreciação (Wolf).

- ²⁷ La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. In: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012, p. 34-35. Coord.: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef.
- ²⁸ *Derecho administrativo - parte general*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 180-181. Tradução para o espanhol coordenada por Gabriel Doménech Pascual.
- ²⁹ É o que parece ter sido sinalizado por Wolff, Bachof e Stober (*Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Vol. I, p. 453. Tradução de António Francisco de Sousa).
- ³⁰ Não desconhecer que os conceitos de valor, nalgumas situações, estão desprovidos de uma discricionariedade ilimitada. Tanto é assim que, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma, RE 167137, v.u., rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 25-11-94), a expressão “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis e econômicos e financeiros”, bem assim a de “notório saber”, referida pelos arts. 73, §1º, III, e 235, III, da Lei Maior, para a investidura como membro dos tribunais de contas, implica a necessidade da aferição de um mínimo entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar, razão pela qual a sua nomeação não configura ato inteiramente discricionário, mas também dotado de carga vinculativa e, portanto, não poderia recair em alguém que não possui a formação educacional de nível superior.
- ³¹ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 22-28.
- ³² *Fragmentos de Derecho administrativo –entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hamurabi – Jose Luis Depalma Editor, 2003, p. 97-100.
- ³³ *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 39.
- ³⁴ La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. In: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latino América y Europa*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012, p. 40. Coord.: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef.

³⁵ O interrelacionamento entre direito - especialmente, o direito administrativo - e ciência, que se veio à ribalta principalmente a contar do Estado intervencionista, foi enfatizado por Manuel Calvo García: “A complexidade dos problemas e das características dos fins perseguidos determinam que, para intervir com fins de proteção ao meio ambiente, ou da saúde do consumidor, seja preciso incorporar outros “saberes”, neste caso conhecimentos técnicos-científicos, biomédicos e sociais, ao conteúdo das normas jurídicas (FALKE 1996; RUSSEL 1992). Dessa maneira, além da aparência formal dos instrumentos regulatórios normativos e pseudo-normativos, podemos nos encontrar diante de um conteúdo especializado alheio - e, por demais, incompreensível - aos conhecimentos do jurista” (La complejidad de los problemas y las características de los fines perseguidos determinan que para intervenir con fines de protección del medio ambiente o la salud del consumidor sea preciso incorporar otros “saberes”, en este caso conocimientos científicos-técnicos, biomédicos y sociales, al contenido de las normas jurídicas (FALKE 1996; RUSSEL 1992). De esta manera, tras la apariencia formal de los instrumentos regulativos normativos y pseudo-normativos, podemos encontrar con un contenido especializado ajeno - y por lo demás, incompreensible - a los conocimientos del jurista. *Transformaciones del Estado y de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 45).

³⁶ Sem embargo disso, António Francisco de Sousa (<<Conceitos indeterminados>> no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 105-106) noticia que a expressão “discricionabilidade técnica” teria a sua origem no ano de 1864, na pena de Bernatzik, lente da Escola de Viena. A razão de seu surgimento decorreu para que se pudesse delimitar o conjunto de decisões que, não sendo discricionárias, estariam, por força de sua elevada complexidade técnica, excluídas do controle jurisdicional, justamente porque, conforme se dizia, continham aspectos que somente poderiam ser percebidos pelos administradores, tendo em vista a sua formação especializada. Ao depois, esse modo de pensar se expandiu por outros países europeus, principalmente a Itália e, posteriormente, a Espanha e Portugal.

³⁷ *Diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. Volume segundo, p. 56.

³⁸ Il procedimento. In: *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. Tomo segundo, p. 1.010-1014. Coord.: CASSESE, Sabino.

- ³⁹ *Discricionariedade administrativa y control judicial*. Madri: Editorial Tecnos, 1994, p. 129.
- ⁴⁰ *Manual de derecho administrativo*. 7ª ed. Madri: Civitas, 1996. Volume I, p. 314.
- ⁴¹ *Los problemas del control judicial de la discricionariedad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madri: Civitas, 1997, p. 61-67.
- ⁴² *Fragmentos de Derecho administrativo – entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hamurabi – Jose Luis Depalma Editor, 2003, p. 101.
- ⁴³ <<Conceitos indeterminados>> no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 107-112.
- ⁴⁴ É de se transcrever a seguinte passagem: “A discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da <<dificuldade de controlo jurisdicional>>” (*loc. cit.*, p. 108).
- ⁴⁵ Ver o teor literal da conclusão do autor: “Do exposto, concluímos uma vez mais afirmando que a discricionariedade técnica não implica <<juízo>> e <<vontade>>, mas apenas <<juízo>. Assim, ela tem natureza distinta da discricionariedade administrativa, discricionariedade esta que se caracteriza essencialmente por expressar uma manifestação de vontade do órgão ou agente que a exercita” (*loc. cit.*, p. 112).
- ⁴⁶ *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I, p. 487-489..
- ⁴⁷ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 78.
- ⁴⁸ Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista Trimestral de Direito Público*, ano 23, nº 93, p. 115, jan./mar. de 1990.
- ⁴⁹ *Los problemas del control judicial de la discricionariedad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madri: Civitas, 1997, p. 63.
- ⁵⁰ 1ª Turma, v.u., rel. Min. Castro Nunes, julgamento em 19-08-43. Elucidativa, eis a ementa do julgado: “- Os atos administrativos, de qualquer natureza, estão sujeitos ao exame dos tribunais. – Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no Serviço do Patri-

mônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência em verificar, apenas, se foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento. – Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular, como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dêle decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação” . .

- ⁵¹ Atos discricionários e funções quase-judiciais da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, volume 2, número 1, p. 129-135, 1945.
- ⁵² Oportuno se transcrever a seguinte passagem da explanação do autor: “A atribuição de valor histórico ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência ou oportunidade. Ato discricionário é, por exemplo, o tombamento em si mesmo, ou a ocasião de o efetuar, porque a autoridade, mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, tem liberdade de o tomar, ou não, como tem a liberdade de escolher a ocasião mais apropriada para praticar êsse ato. Também é discricionária a escolha da via expropriatória, ou o uso do direito de preferência para aquisição do bem. Também recai na livre apreciação da autoridade deixar, ou não, que caduque o tombamento nas hipóteses do art. 19 da lei. Em todos esses casos, o que está em jôgo é sempre uma apreciação de conveniência ou oportunidade. Mas na qualificação de um bem como compreendido no patrimônio histórico ou artístico nacional o que se tem é a *devida* ou *indevida* aplicação da lei, e isto é matéria pertinente com o exame de legalidade, segundo o critério emanado da Lei nº 221, de 1894” (*loc. cit.*, p. 143).
- ⁵³ Oportuno referir é que, mesmo tendo procurado delimitar uma esfera dos juízos da Administração isenta da apreciação do juiz, a que denominou de mérito, Seabra Fagundes (Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 139, p. 15, jan./fev. de 1952) esclareceu, tomando como exemplo o entendimento que identifica tal conceito com o conteúdo probatório do procedimento disciplinar, que tal não se afigura correto, porquanto tal apuração se volta a aferir a ocorrência ou não do fato idôneo a embasar a punição e, assim, envereda pela

senda do exame de legalidade. Eis o remate a que, no particular, aportou o autor: “Ora, se assim é, está visto que o conteúdo do inquérito diz respeito apenas ao motivo do ato, envolvendo, desarte, matéria de legalidade e não de mérito. O que dêle resulta é a constatação da existência ou não de elemento indispensável à prática da medida. Tanto que a sentença, ao invalidar o ato de demissão, não diz que êste foi mau ou injusto e sim que houve ou não houve motivo para a sua prática” (*loc. cit.*, p. 16).

- ⁵⁴ É, dentre outros, o entendimento manifestado por Miguel Sánchez Morón (*Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Editorial Tecnos, 1994, p. 129). Já para Luis Cosculluela Montaner (*Manual de derecho administrativo*. 7ª ed. Madri: Civitas, 1996. Volume I, p. 314) é suficiente a demonstração do erro, simplesmente, sem aludir ao reclamo de que seja manifesto.
- ⁵⁵ <<Conceitos indeterminados>> no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 108-109.
- ⁵⁶ Grau (Discrecionalidade técnica e parecer técnico. *Revista Trimestral de Direito Público*, ano 23, nº 93, p. 115, jan./mar. de 1990) também se expressou pela não aceitação da exigência do erro manifesto, salientando a necessidade de se investigar a adequação do ato à sua finalidade, a fim de que se possa vislumbrar a eficácia da norma jurídica, a qual, ao contrário do significado tradicional, há que designar a realização efetiva dos resultados perseguidos por esta.
- ⁵⁷ *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madri: Civitas, 1997, p. 64-65).
- ⁵⁸ Poder discrecional no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 179/80, p. 60, jan./jun. de 1990.
- ⁵⁹ Il procedimento. In: *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. Tomo segundo, p. 1014. Coord.: CASSESE, Sabino.
- ⁶⁰ Talvez esse ponto de vista possa ter provocado, por falta de maiores cautelas, a afirmação em favor do erro manifesto. É que tal método de controle, que parece ter sido desenvolvido pela jurisprudência francesa (CE, *arrêt Dlle Achart*, de 13 de julho de 1961), preconiza – narram Michel Verpeaux e Laetitia Janicot (*Droit public – Pouvoirs publics e action administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 412)- que, na

sua atividade, seja reservada uma margem de apreciação significativa, a qual se situa fora do campo de controle jurisdicional.

- ⁶¹ Mais uma vez, forçosa a transcrição da ementa do aresto: “FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS – os critérios dos examinadores de concursos, desde que não discriminem nem se afastem das disposições legais e regulamentares, não são suscetíveis de revisão judicial por meio de mandado de segurança” (Segunda Turma, v.u., rel. Min. Aliomar Baleeiro, Audiência de Publicação 13-11-68. Acrescentei a parte sublinada).
- ⁶² Isso é perceptível, atualmente, em sede de decisões de agências reguladoras, onde a invocação, isolada e com laivos de onipotência, de uma discricionariedade técnica que se pretende reconhecer como existente (STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 163 – PE , mv, rel. Edson Vidigal, DJU de 27-03-2006; STJ, Segunda Turma, RESP 1171688 – DF , v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 23-06-2010; STJ, Segunda Turma, RESP 973686 – PR, v.u., rel. Min. Humberto Martins, DJe de 30-09-2009).