

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, circular graphic element in the lower right quadrant. The overall color scheme is a muted, brownish-gold.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2016

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro
2016**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|-----------------------------------------|---------------------------------------|
| Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu | Sr. Eduardo Manuel Val, UFF. |
| Sr. Adriano Corrêa de Sousa, UERJ. | Sr. Emerson Moura, UFJF. |
| Sr. Adriano de Souza Martins, UERJ. | Sr. João Paulo Imparato Sporl, USP. |
| Sr. Bruno Santos Cunha, USP. | Sra. Juliana Bonacorsi de Palma, FGV. |
| Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ. | Sr. Marcus Bacellar Romano, UFF. |
| Sr. Ciro Di Benatti Galvão. | Sr. Márcio Felipe Lacombe, UFF. |
| Sr. Daniel Capecchi Nunes, UERJ. | Sra. Mariana Bueno Resende, UFMG. |
| Sr. Debora Sotto, USP. | Sr. Paulo Henrique Macera, USP. |
| Sr. Eduardo Fortunato Bim, USP. | Sr. Pedro Eugenio Bargiona, PUC-SP |

Diagramação e Layout:

- Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual</i>	007
Jesse Torres Pereira Junior e Thais Boia Marçal	
<i>O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor?</i>	033
Thiago Marrara e Natalia de Aquino Cesário	
<i>Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Sua Margem de Livre Apreciação</i>	055
André Saddy	
<i>A Regulação Estatal dos Serviços de Segurança Privada e a Regra de Nacionalidade</i>	100
Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara e André Rosilho	
<i>Concurso Público, Investigação Social e os Princípios Constitucionais: Análise Crítica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	111
Emerson Affonso da Costa Moura e Marcos Costa Leite	
<i>Intervenção do Poder Público em Outras Terras Públicas para Criação de Unidade de Conservação</i>	134
José Roque Nunes Marques e Ronaldo Pereira Santos	
<i>A Regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro: Estado da Arte e Desafios Futuros</i>	162
Marcio Felipe Lacombe da Cunha	
<i>Análise Crítico-Fenomenológica da Legitimidade da Desapropriação Indireta à luz dos Vetores Políticos da Constituição de 1988</i>	184
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo, Lorena Lorrana da Costa Viana e Ricardo Afonso-Rocha	
<i>O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social</i>	204
Paulo Ricardo Schier, Adriana da Costa Ricardo Schier	
<i>Discricionariedade Técnica e Controle Judicial</i>	224
José dos Santos Carvalho Filho	

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E CONTROLE JUDICIAL

DISCRETION TECHNICAL AND JUDICIAL CONTROL

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Mestre em Direito (UFRJ). Professor-palestrante da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público – RJ (2009/2012). Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiro

RESUMO: Com o advento de novos institutos jurídicos, alguns de natureza técnica, que, de uma forma ou de outra, alcançam a discricionariedade, impôs-se uma série de outros métodos para interpretação da liberdade legal conferida ao administrador, e, por via de consequência, o intérprete foi obrigado a analisar novos aspectos para um modelo mais adequado e real de controle judicial. O presente trabalho tem como objeto delimitar a natureza do controle judicial no uso da discricionariedade técnica a partir da análise do conteúdo da discricionariedade, do cabimento e delimitação da discricionariedade técnica e do conteúdo do controle judicial.

PALAVRAS CHAVES Discricionariedade; Discricionariedade Técnica; Controle Judicial

SUMMARY: With the advent of new legal institutes, some of a technical nature, which, in one way or another, reach discretion, imposed a series of other methods for the interpretation of legal freedom given to the administrator, and, in consequence, the interpreter was required to analyze new aspects for a better and real judicial control model. This work has the purpose to define the nature of judicial discretion in the use of the technique from the discretion of the content analysis of the appropriateness and demarcation of technical discretion and judicial review of the content.

KEYWORDS: Discretion; Discretion technique; Judicial control

I INTRODUÇÃO

Poucos institutos do Direito Administrativo sofreram tão profunda e significativa mutação como o da discricionariedade administrativa. É bem verdade que aquele ramo jurídico tem recebido a influência de novos ares e novas inspirações ideológicas com o passar do tempo e com a chegada da modernidade, daí decorrendo uma nova visão que recai sobre muitos de seus institutos. Sem dúvida, a despeito de algumas resistências, o poder discricionário remanesce como uma forma de atuar do administrador público. Na verdade, é possível afirmar, sem receio de errar, que não há falar em administração pública sem considerar a discricionariedade.

Como o administrador público deve sempre desempenhar suas funções em consonância com a lei, fato que traduz a observância do princípio da legalidade, aplicável constitucionalmente a toda a Administração Pública, é evidentemente variada a postura que adota em face das respectivas normas de regência. Mas, em que pese essa grande variação, é cabível ao menos classificar essas posturas em duas categorias – uma, a que vincula o administrador aos parâmetros legais, e outra, a que permite que possa tomar decisões com base em critérios por ele mesmo definidos ao momento da prática do ato. Na primeira, não há qualquer processo de criação, ao passo que na segunda são criados os critérios e o ato neles baseado.

A postura que permite ao administrador fixar os critérios que nortearão seu comportamento - sem, contudo, agredir os parâmetros normativos a que se sujeita – espelha a discricionariedade na Administração, vale dizer, aquela margem de liberdade em sua atuação, necessária à tomada de decisões. Logicamente, a liberdade é contida e restrita, e nem poderia ser diferente ao se tratar de um agente do Estado, mas a verdade é que seria impossível que, diante de determinadas circunstâncias, o administrador público não pudesse agir racional e intelectivamente para definir os elementos mobilizadores de sua conduta. Ainda que restrita e condicionada, a discricionariedade retrata situação inafastável para quem quer que administre interesses públicos, razão por que é fora de propósito defender seu descarte.

Com o advento de novos institutos jurídicos, alguns de natureza técnica, que, de uma forma ou de outra, alcançam a discricionariedade, impôs-se uma série de outros métodos para interpretação da liberdade legal conferida ao administrador, e, por via de consequência, o intérprete foi obrigado a analisar novos aspectos para um modelo mais adequado e real de controle judicial.

É com esse tom que, neste breve estudo, será desenvolvido o controle judicial no caso de discricionariedade técnica.

II. DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade, seja qual for a visão do intérprete, deve ser vista sob o prisma de um poder administrativo. E, por ser um poder de agir, traduz uma prerrogativa ontologicamente cometida ao administrador para desempenho de suas funções. Como já tivemos a oportunidade de averbar em obra de nossa autoria, é a lei que, em certos momentos, oferece ao administrador a possibilidade de valoração de sua conduta, de modo que pode “o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos”.³⁷⁴

Esses aspectos de conveniência e de oportunidade repousam na inteligência do administrador público quando a este é apresentada situação que reclama decisão cujos parâmetros de exatidão não se encontram na lei. A rigor, a valoração desses elementos é própria a todas as pessoas que precisam tomar uma decisão, inclusive os particulares, quando deparam a necessidade de tomar decisões para as quais é imperioso considerar aqueles elementos. Para o administrador público, a mesma coisa se passa. Como a lei é insuficiente para traçar com precisão todas as decisões administrativas, não haverá alternativa senão a de delegar ao agente a oportunidade de agir como um ser pensante, vale dizer, uma pessoa cujo agir não retrate a de um robô.

A fisionomia da discricionariedade não é delineada apenas na doutrina pátria. Ao contrário, a doutrina estrangeira não se furta a tecer comentários e análises sobre esse tipo de prerrogativa, alinhando a mesma ideia e os mesmos fundamentos apontados pelos autores nacionais. Na doutrina francesa, Laubadère assinala que “há poder discricionário quando a lei, tendo criado uma competência, deixa o agente livre para escolher o sentido no qual exercerá essa competência e o deixa juiz da oportunidade no que toca à medida a adotar”.³⁷⁵ Como se observa, a ideia central é idêntica. Se o legislador cria a competência sem que ele mesmo possa definir seu exercício integral, não lhe resta outro caminho a não ser o de conferir ao administrador a competência de preencher a inexatidão da lei, por meio de critérios eminentemente administrativos.

³⁷⁴ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, Atlas, 28ª ed., 2015, p. 51.

³⁷⁵ ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, LGDJ, Paris, 10ª ed., 1976, p. 90.

Dromi, na doutrina argentina, reforça o sentido da discricionariedade. Afirma o autor: “Quando o órgão pode decidir, segundo seu entendimento e conhecimento, se deve ou não atuar, e, em caso afirmativo, que medidas adotar, diz-se que sua atividade é discricionária”.³⁷⁶ Acrescenta o autor que a discricionariedade é uma liberdade, mais ou menos limitada, de apreciação do interesse público, com a finalidade de valorar a oportunidade da ação e de seu conteúdo. Completa seu pensamento: “A discricionariedade é a liberdade que a ordem jurídica dá à Administração para a eleição oportuna e eficaz dos meios e do momento de sua atividade, dentro dos fins da lei.”³⁷⁷ O núcleo do sentido, como se verifica, é o mesmo, sendo sempre acentuada a situação em que o próprio legislador confere ao administrador a oportunidade de valorar sua decisão conforme as circunstâncias do caso a ser deslindado.

Em virtude da maior liberdade atribuída ao administrador para eleger os critérios que impelem sua decisão, a doutrina clássica habitualmente se preocupou em distinguir a discricionariedade e a arbitrariedade. É consagrada a advertência de Hely Lopes Meirelles: “Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”.³⁷⁸ A recomendação do saudoso autor é irreparável e fundada. De fato, para alguns administradores despidos de consciência cívica e da importância de seu papel, a liberdade oriunda da lei é convertida em abuso de poder – este um reflexo de mero arbítrio e de contraposição à lei. Atos arbitrários, diversamente dos atos discricionários, desafiam imediata anulação e, se for o caso, a devida punição ao agente responsável.

A atuação legítima do agente, dependendo das circunstâncias, pode classificar-se em duas categorias. De um lado, os estatutos regulam os elementos em que o órgão deve exercer o poder que lhe está confiado, determinando seu modo de atuar e o conteúdo do ato, como acentua Marcelo Caetano. Nesse caso, costuma-se dizer que se trata do poder vinculado da Administração (muito embora a restrição não indique claramente tratar-se de um poder).³⁷⁹ Em outro cenário, como já se antecipou, a lei, incapaz de prever todo o detalhamento das condutas administrativas e a grande variedade de aspectos que sobrevêm subitamente no exercício da administração, delega ao agente a possibilidade de avaliar sua decisão mediante análise dos critérios de conveniência e de oportunidade, sempre, contudo, alvejando o interesse público. É nessa hipótese que surge o inafastável poder discricionário.

³⁷⁶ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, B. Aires, 4ª ed., 1995, p. 159.

³⁷⁷ Ob. e loc. cit.

³⁷⁸ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 39ª ed., 2013, p. 127.

³⁷⁹ MARCELO CAETANO, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Forense, 1977, p. 141.

A discricionariedade, porém, não recai sobre todos os elementos do ato administrativo. Quer dizer: o administrador não é livre em relação a todos os requisitos de validade do ato. Quando se trata da competência, da finalidade e da forma, o administrador atua vinculadamente, e isso porque não pode exercer juízo de valor sobre tais elementos. O poder discricionário tem abrigo no motivo e no objeto do ato. De fato, quando o agente avalia os aspectos de conveniência e de oportunidade da conduta, a valoração recai sobre as razões que devem inspirar o ato (motivo) e sobre o conteúdo que o ato deve conter (objeto). Nesse aspecto, cabe ao administrador eleger a melhor solução a ser adotada para que profira decisão de maior valia para o interesse público.

Como se trata de atividade administrativa, a discricionariedade, por mais que permita ao agente atuar com certa liberdade em relação a determinados aspectos do ato, encontra algumas barreiras de contenção: são os limites ao exercício do poder discricionário. Um deles é a necessidade de adequação da conduta à finalidade de interesse público que a lei reclama; refugindo dessa finalidade, o ato será ilegítimo e passível de anulação. Outro limite é a verificação de congruência entre o motivo e o objeto, vale dizer, a escolha das razões precisa estar em situação de compatibilidade com o objeto da conduta.³⁸⁰

No que concerne ao controle judicial, doutrina e jurisprudência já deixaram assentado que o ato pode ser aferido em todos os aspectos relativos à legalidade. Assim, cabe ao Judiciário verificar se o administrador praticou o ato dentro de sua competência e se visou ao interesse público. Cabe ainda verificar se a forma do ato guarda adequação com a norma de regência, bem como se há veracidade no motivo e razoabilidade no objeto. Em suma, compete ao Judiciário o controle da legalidade dos atos. Como ressalva acertadamente Diógenes Gasparini, “escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa”, de modo que “os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle”.³⁸¹

Essas, em linhas gerais, as características que cercam o instituto da discricionariedade administrativa.

III. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A evolução de alguns sistemas jurídico-administrativos, em regra, provoca efeitos em vários institutos pela necessidade de sua adequação aos novos tempos, às modernas técnicas

³⁸⁰ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual cit.*, p. 52.

³⁸¹ DIÓGENES GASPARI, *Direito administrativo*, Saraiva, 11ª ed., 2006, p. 907.

interpretativas e até mesmo a novas ideologias. Não foi diferente o que se passou com a discricionariedade. O processo evolutivo restringiu significativamente a imensa amplitude do instituto tal como visto no século XIX, de modo que a atuação do administrador, antes praticamente incontestável, passou a ser alvo de maior controle para evitar o arbítrio administrativo e para assegurar os direitos fundamentais, nem sempre devidamente protegidos pelo amplo poder da Administração.

Mais modernamente, a discricionariedade voltou a ser analisada de um ângulo diverso em virtude da instituição do poder regulatório e da atuação das agências reguladoras. O poder regulatório foi a consequência inevitável da lentidão do exercício da função legislativa considerando a celeridade das relações sociais. O fato é reconhecido por todas as correntes de ideias, sobretudo sob a égide do Direito Constitucional, que não tiveram outro caminho senão o de aceitar que, ao lado do Poder Legislativo, pudesse o Executivo, em determinadas situações, editar também normas gerais e abstratas. Surge, então, o que se pode denominar de “função administrativa normativa”.³⁸²

Essa função, agora mais desenvolvida e acolhida na ordem jurídica, desaguou no que se convencionou chamar de “discricionariedade técnica”, pela qual as agências reguladoras, no desempenho de sua função técnica, teriam o poder, conferido por lei, de editar normas gerais com fundamento em conhecimentos técnicos e científicos, cujos parâmetros só remotamente se situariam dentro das restrições legais. É importante notar que a delegação do legislador ao administrador para que este edite normas de caráter geral “não está destronando a função legislativa do parlamento democrático, se a lei que criou o ente regulador delegou-lhe poder regulamentar especificamente para o segmento em que atua”, como já assinalou estudioso do tema.³⁸³

Autorizada doutrina sustenta que a lei delegante, nos casos do sistema de regulação, tenha pouca especificidade, mas expressiva marca de abstração, devendo conter apenas os *standards* necessários à formação do conteúdo mínimo relativo aos princípios de direito e compatibilidade com a Constituição, permitindo-se ao administrador delegado editar as normas de maior especificidade, sobretudo as de caráter técnico, às quais o legislador nem sempre está bem afeiçoado. A constitucionalidade da lei residiria na verificação dos *standards* (ou moldura legal) e de seus aspectos relacionados ao alcance, oportunidade e proporcionalidade, de modo

³⁸² RICARDO MARCONDES MARTINS, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, Malheiros, 2011, p. 106.

³⁸³ GLAUCO MARTINS GUERRA, “Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação”, em *Direito regulatório. Temas polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 336.

que a outorga da delegação não pudesse ferir o princípio da separação de poderes, consagrado constitucionalmente.³⁸⁴

É claro que o tema tem suscitado inúmeros debates e, não raras vezes, aceras resistências, sobressaindo o argumento de que haveria no caso delegação de poder, vedada pela Constituição. No entanto, como já consignamos em outra oportunidade, o poder regulatório retrata um poder regulamentar mais amplo, e isso em razão da natureza de seu poder normativo. Em nosso entendimento, inexistente óbice à implantação do sistema, até porque esse fenômeno, existente em outros ordenamentos e denominado de “deslegifitação”, não impede a exigência de verificar-se o regular exercício da função delegada ao administrador e a ocorrência de eventual abuso, com ofensa aos paradigmas estabelecidos na lei responsável pela delegação.³⁸⁵ Alguns estudiosos denominam essa verificação de “reflexividade administrativa”, para demonstrar que se revela cabível o controle de legalidade dos atos regulatórios.³⁸⁶

É imperioso distinguir a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, já que esta traduz uma nova visão do instituto.

Na discricionariedade administrativa, o agente tem uma certa liberdade de fixar a consequência jurídica decorrente da coincidência entre o fato real e o pressuposto fático previsto na norma. A conduta decorre da escolha derivada da vontade, e não da inteligência, e baseia-se na ponderação dos vários fatores para que o ato vislumbre o interesse público. Há, na verdade, um juízo político de conveniência e de oportunidade.

Noutro giro, a discricionariedade técnica envolve a incidência de fatos experimentados, comprovados, de natureza científica, estando, pois, afastada a ideia de simples escolha de direções para a prática do ato. A apreciação fática pessoal do agente para o processo decisório já tem como base um fato técnico, que, por si só, não admitiria outras opções. Essa avaliação de juízos técnicos, diferentemente do que ocorre com o juízo político, sempre admite revisão.³⁸⁷

Na prática, a verdade é que nem sempre é fácil acertar na distinção. O que se nota, porém, é que o administrador, dentro do poder discricionário comum da esfera administrativa, elege um caminho a seguir, considerando aspectos eminentemente pessoais, embora considerando o alvo final, que é o interesse público. Há um juízo de maior subjetividade, dado

³⁸⁴ CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito administrativo econômico*, Malheiros, 2000, p. 27.

³⁸⁵ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual cit.*, p. 499.

³⁸⁶ SÉRGIO GUERRA, *Discricionariedade e reflexividade*, Forum, 2008, p. 223.

³⁸⁷ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito administrativo regulatório*, Lumen Juris, 2002, p.358.

que o agente avalia a conveniência e a oportunidade sobre aspectos na ordem social e que repercutem na esfera da Administração.

Já no desempenho do poder discricionário na área técnica, o juízo subjetivo é de menor alcance, e isso ocorre porque o administrador procede a avaliações de cunho técnico-científico, não dando ensejo à incidência de sua vontade pessoal, mas sim dos aspectos técnicos, que se caracterizam por sua objetividade. Trata-se de escolha calcada em notória especialização e, pois, não fundada em critérios genéricos, e sim em critérios eminentemente científicos, não alcançados por administradores voltados para a atividade rotineira da Administração.

Para exemplificar, tome-se o elenco de atribuições da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº 9.427, de 26.12.1996, a quem cabe executar o poder regulatório na respectiva área, de competência da União Federal. Dispõe o art. 3º, I, que cabe à agência “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.” Os atos regulamentares a que se refere o dispositivo resultarão necessariamente de atuação discricionária técnica, que deverá considerar logicamente as metas, políticas e diretrizes estabelecidas pelo governo federal. Ou seja, o governo fixa essas metas de forma genérica e a agência as implementa em atos regulamentares, cujo conteúdo será o produto de exame dos técnicos especializados da entidade executora.

Veja-se um outro dispositivo dentro do elenco das atribuições da ANEEL: Dita o art. 3º, XII, da mesma lei, que compete à agência “estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica”. Interpretando-se o dispositivo, seria de indagar-se: quais metas ? Evidentemente são aquelas fixadas pelo governo federal. Quer dizer: uma vez fixadas as metas pela União, é claro que à agência caberá estabelecer as regras complementares, que, além do alto grau de abstração e generalidade, nascerão do juízo técnico levado a efeito pelo quadro especializado da entidade.

São simples exemplos, mas que servem para demonstrar o que os estudiosos têm denominado (com algumas críticas por parte de alguns) de discricionariedade técnica. No fundo, esta é a ponderação de elementos técnicos e científicos desempenhada por administradores também de caráter técnico.

IV. CONTROLE JUDICIAL

O tema referente ao controle dos atos discricionários sempre foi estudado numa visão em que se distinguem, de um lado, o controle administrativo (ou autocontrole) e, de outro, o controle judicial.

O controle administrativo, por sua natureza, apresenta-se com maior amplitude, pois que, na verdade, é executado pela própria Administração. Ao fazê-lo, o órgão administrativo pode analisar o ato quanto à sua legalidade e quanto ao mérito. No primeiro caso, verifica os elementos de validade do ato, conferindo se todos estavam presentes ao momento de sua prática. Caso conclua pela inobservância de qualquer desses requisitos, a regra é que decrete a anulação (ou invalidação) do ato, para o fim de expungir-lo do sistema jurídico.

No controle de mérito, o administrador reexamina os critérios de conveniência e de oportunidade que inspiraram a prática do ato. Com efeito, há um processo revisional no que toca ao juízo político mobilizador da decisão administrativa. Significa dizer que, não raras vezes, os valores que geraram a discricionariedade do ato anterior passam a ter enfoque diverso do que havia precedentemente, e nesse aspecto caberá ao agente avaliar se mantém esses valores ou se precisa revê-los. Se necessária a modificação, o administrador executa a revogação do ato, vale dizer, decreta o seu desfazimento ante a ocorrência dos novos elementos de conveniência e oportunidade. Como registra acertadamente Edmir Netto de Araújo, na revogação “é focalizado o desfazimento de atos legais e legítimos, por razões de mérito (oportunidade/conveniência)”.³⁸⁸

O controle judicial, por outro lado, não comporta tão extensa dimensão quanto ao exame do ato. A aferição dos critérios de conveniência e oportunidade inspiradores da discricionariedade não pode ficar a cargo de órgãos jurisdicionais. Ou seja, trata-se de controle privativo de órgãos administrativos, e isso pela simples razão de que tal aferição retrata, à evidência, o exercício de função administrativa típica. No regime da separação de poderes, por mais que haja atualmente inúmeras arestas quanto à sua aplicação, cada função deve ser exercida pelo respectivo Poder, ressaltando-se apenas as hipóteses expressamente contempladas na Constituição.

Infere-se, portanto, que o controle judicial dos atos administrativos encontra certas barreiras no sistema normativo e no regime da separação de poderes, consagrado constitucionalmente. Seu foco básico repousa no princípio da legalidade, cabendo aos órgãos

³⁸⁸ EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Curso de direito administrativa*, Saraiva, 5ª ed., 2010, p. 1.185.

judiciais cotejar os requisitos de validade exigidos para o ato legítimo com os parâmetros estabelecidos em lei. Ou haverá a compatibilidade entre eles - e o ato será revestido de legalidade - ou não haverá - e o ato será ilegal. Assim, a discricionariedade sujeita-se à apreciação judicial, “desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de ‘mérito’ (oportunidade e conveniência)”.³⁸⁹

Se na discricionariedade administrativa a marca distintiva entre as formas de controle já assume hoje foros de consolidação, na chamada discricionariedade técnica surgem algumas dificuldades para o exercício do controle judicial. Apesar de este ser direcionado aos aspectos de legalidade, na prática a deslegifitação acarreta complexidades no que concerne ao controle executado pelos órgãos judiciais. A dificuldade estende-se ao controle das próprias agências reguladoras, e “isso se deve, primordialmente, ao fundamento jurídico da existência das mesmas ser muito frágil e, como visto, possuir várias ramificações”.³⁹⁰

Não é difícil perceber que o juiz não pode adotar, diante de da discricionariedade técnica, a mesma postura que usualmente assume no caso da discricionariedade administrativa, fundada em notório juízo político. De plano, a discricionariedade baseada em critérios técnicos não configura, com exatidão, um juízo de mérito, tal qual ocorre no modelo eminentemente administrativo. Os aspectos do ato suscetíveis de contraste envolvem situações específicas, como o erro de fato, a irrazoabilidade de contradição ou conteúdo dissonante da lei. Ora, quando ocorrem esses aspectos, o controle é tipicamente de legalidade, mas não afeta os elementos de convicção de que se socorreu o administrador.³⁹¹

Ainda na esteira do que concluiu Marcos Juruena Villela Souto, “quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta).” E remata irreparavelmente: “O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de

³⁸⁹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*, Atlas, 25ª ed., 2012, p. 811.

³⁹⁰ CAROLINA GABAS STUCHI, “Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública”, in *Direito regulatório. Temas Polêmicos* cit., p. 101.

³⁹¹ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ob. cit., p. 359.

experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde seja possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável”.³⁹²

Tais observações persistem em sua integralidade e são adequadamente aplicáveis aos atos regulatórios dotados de discricionariedade técnica. Sob o aspecto da teoria da argumentação, a lógica que conduziu o legislador a delegar ao administrador a edição de normas calcadas em fundamentos técnicos pelo fato de aquele não ser versado no assunto, nem dispor de subsídios de ordem técnica para normatizar, é a mesma que encerra a atuação do juiz, também este desconhecedor da matéria técnico-científica. De fato, como será possível ao julgador não técnico fazer avaliações sobre fundamentos técnicos invocados por administradores também técnicos ?

As agências reguladoras, a todo o momento, atuam, com base na lei que relacionou suas atribuições, com fundamento em critérios técnicos. Como já foi bem lembrado, “determinar sob qual tensão os cabos conduzirão energia elétrica, qual o melhor modelo de TV digital a ser adotado ou qual o limite admissível de risco para uma corretora de títulos ou valores mobiliários são bons exemplos de questões aparentemente técnicas que deixam grande margem de discricionariedade ao regulador”.³⁹³ Esses são realmente alguns exemplos. Imagine-se, então, quantas decisões fundadas em motivação técnica não serão proferidas pelas entidades reguladoras nos vários segmentos sujeitos a marco regulatório, como energia elétrica, telecomunicações, exploração petrolífera, abastecimento de água e tantos outros do mesmo gênero.

Diante de todos esses elementos, é possível afirmar que o controle judicial da discricionariedade técnica pode obedecer a duas ordens de fatores.

A primeira consiste na ocorrência de erro de fato, que corresponde à hipótese em que o administrador busca suas razões em pressuposto de fato inexistente ou incongruente com o objeto de seu ato. Nesse caso, há evidente erro no elemento “motivo” do ato, cabendo então ao juiz decretar a invalidação do ato por vício de legalidade.

O outro fator reside na verificação da proporcionalidade e da razoabilidade do conteúdo do ato praticado pelo administrador. Aqui as dificuldades são maiores, já que não se encontram padrões objetivos para a devida avaliação. Certamente o julgador, nesse caso, não vai proceder à avaliação sozinho; com toda a certeza se socorrerá de prova técnica de sua confiança pela qual conclua, tecnicamente, ter havido medida desproporcional, porque não existe compatibilidade

³⁹² Ob. cit., p. 360.

³⁹³ LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO, *Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro*, em *Direito regulatório. Temas polêmicos* cit., p. 269.

entre as razões e o objetivo do ato, ou irrazoável, porque inexistente padrão de sensata adequação entre meios e fins, ou ocorre intenção de escamotear dados técnicos dos destinatários da norma.

Na verdade, parece oportuno esclarecer, ainda, que será tarefa quase impossível a fixação de normas genéricas para aplicação no controle judicial da discricionariedade técnica, já que os fatores dessa ordem são apreciados pelo administrador, e não pelo juiz. Embora não se pretenda afastar o controle judicial, até porque seria impossível em nosso sistema, o melhor controle seria o da própria Administração através de seus vários órgãos internos. Infelizmente, a seriedade do controle interno não é o forte, como regra, de nosso sistema administrativo.

V. CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa foi tradicionalmente um instituto difícil de ser controlado sobre os aspectos relacionados aos critérios de conveniência e oportunidade. A explicação é simples: tratando-se de critérios dotados de subjetivismo, qualquer forma de controle rende ensejo à alteração dos critérios anteriores. Em outras palavras, a modificação de um critério anterior implica fatalmente em sua substituição por aquele a quem cabe reavaliá-lo.

Por esse motivo, como deixamos assinalado acima, esses fatores de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários não podem ser, como regra, reapreciados pelos órgãos jurisdicionais. Por mais que se pretenda resistir a tal barreira, o certo é que o juiz que reaprecia valores subjetivos invocados pelo administrador procede, realmente, à sua substituição, de modo que, ao fazê-lo, atua como agente da função administrativa, e não jurisdicional.

Na discricionariedade técnica, as dificuldades são maiores. Primeiro, porque é a própria lei que delega ao administrador a possibilidade de editar atos discricionários calcados em fatores técnico-científicos. Assim, dificilmente se terá como reavaliá-los, até mesmo por falta de conhecimento adequado. E o próprio juiz, para fazê-lo, terá que fundar-se em fatos de maior objetividade: de um lado, erros quanto ao pressuposto fático apontado pelo administrador e, de outro, conteúdos ofensivos aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, matéria que, como se sabe, nem sempre é fácil de enfrentar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de - *Curso de direito administrativa*, Saraiva, 5ª ed., 2010.

CAETANO, Marcelo - *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos - *Manual de direito administrativo*, Atlas, 28ª ed., 2015.

DROMI, Roberto - *Derecho administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, B. Aires, 4ª ed., 1995.

GASPARINI, Diógenes - *Direito administrativo*, Saraiva, 11ª ed., 2006.

GUERRA, Glauco Martins - “*Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação*”, em *Direito regulatório. Temas polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Forum, 2ª ed., 2004.

GUERRA, Sérgio - *Discricionariedade e reflexividade*, Forum, 2008.

LAUBADÈRE, André de - *Manuel de droit administratif*, LGDJ, Paris, 10ª ed., 1976.

MARTINS, Ricardo Marcondes - *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes - *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 39ª ed., 2013.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro - “*Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro*”, em *Direito regulatório. Temas polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Forum, 2ª ed., 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di - *Direito administrativo*, Atlas, 25ª ed., 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela - *Direito administrativo regulatório*, Lumen Juris, 2002.

STUCHI, Carolina Gabas - “*Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública*”, in *Direito regulatório. Temas Polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Forum, 2ª ed., 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari - *Direito administrativo econômico*, Malheiros, 2000.