Número 9 – fevereiro/março/abril - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Professora Titular de Direito Administrativo da USP.

1. Introdução

O tema da discricionariedade – que nunca deixou de constituir preocupação dos estudiosos do direito administrativo, até porque não permaneceu estático no tempo – é da mais alta relevância porque envolve a definição de limites ao controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.

Um dos aspectos que, no momento, vem despertando interesse é o que diz respeito à chamada *discricionariedade técnica*, que alguns preferem chamar de *discricionariedade imprópria*, por entenderem que ela não se identifica com a real *discricionariedade administrativa*, já que não permite a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência.

O interesse pela questão da discricionariedade técnica, de sua definição, de sua submissão ou não à apreciação judicial, justifica-se por ser tema conexo aos limites da competência das agências reguladoras.

Os dois institutos – discricionariedade técnica e agência reguladora – penetram no direito administrativo brasileiro sob influência direta do direito norte-americano, ainda que a idéia da discricionariedade técnica tenha se originado na Alemanha e se desenvolvido principalmente no direito italiano.

A análise do tema envolve uma definição da própria discricionariedade administrativa, sua evolução (ainda que bem sintetizada), o conceito de discricionariedade técnica, a sua importância no direito norte-americano e a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

2. Discricionariedade administrativa

É difícil, senão impossível, tratarmos do tema sem levar em consideração e, às vezes, repetir os conceitos e idéias defendidos em nossa tese publicada sob o título de *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* (2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001).

Segundo ali expusemos, existe discricionariedade quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso, concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, eqüidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de *mérito* do ato administrativo.

Daí decorrem os dados fundamentais para definir a discricionariedade: a) envolve a possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas; b) essas alternativas decorrem da lei; c) por isso, qualquer uma das alternativas que a autoridade escolha é juridicamente válida; d) a escolha se faz diante do caso concreto, com base em critérios de mérito.

Estudando-se a evolução da discricionariedade, verifica-se que ela acompanhou a própria evolução do Estado Moderno.

No período do Estado de Polícia, a discricionariedade era vista como *poder político*, sinônimo de arbítrio próprio das monarquias absolutas, em que os atos da Administração não eram subordinados à lei nem passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

Com a instauração do Estado de Direito, a discricionariedade ficou reduzida a um certo tipo de atos, ou seja, ela somente existia em relação aos atos da Administração que não dissessem respeito aos direitos individuais; isto porque, na fase inicial do Estado de Direito – período do liberalismo – a legalidade só se aplicava para proteger as liberdades individuais. Em todas as demais esferas, a Administração continuava a ser titular de poder discricionário de natureza política, porque desvinculado da lei e do controle judicial. Aplicava-se a *doutrina da vinculação negativa*, significando que a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe. E a lei só proíbe as coisas nocivas à sociedade, conforme constou expressamente do artigo 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Mais um avanço e a legalidade passou a abranger todas as atividades da Administração, adotando-se a *doutrina da vinculação positiva*, pela qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. Nesse passo, a discricionariedade passou a ser vista como um *poder jurídico*, ou seja, limitado pela lei.

Ocorre que o próprio princípio da legalidade evoluiu e, juntamente com ele, a idéia de discricionariedade. Quando a lei era vista, sob a ótica do positivismo jurídico, dentro de um sistema lógico-jurídico, despido de qualquer conteúdo

axiológico, a discricionariedade administrativa resultava forte, porque a Administração só tinha que observar a lei em sentido formal, único aspecto a ser considerado pelo Poder Judiciário. Além disso, com o crescimento das atividades do Estado, no período do chamado Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, que recebeu função normativa a ser exercida por meio de regulamentos autônomos, leis delegadas, decretos-leis, medidas provisórias. Vale dizer que o princípio da legalidade passou a abranger não só a lei mas também os atos normativos do Poder Executivo. Por outras palavras, o princípio da legalidade experimentou duas espécies de ampliação: passou a abranger também os atos normativos do Poder Executivo e passou a vincular toda a atividade da Administração Pública. Só que os atos normativos, tanto do Legislativo como do Executivo, eram vistos em seu aspecto puramente formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo de justiça. Por isso, o controle pelo Judiciário também era puramente formal, limitando-se, em regra, a apreciar os vícios de competência, forma e objeto.

Quando, porém, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas – o que aconteceu com a instauração do Estado de Direito Democrático – amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Desse modo, hoje, falar em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma idéia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º.

Isto significa que a discricionariedade administrativa sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle. Na medida em que a lei foi reconquistando o seu sentido axiológico perdido por influência do positivismo jurídico, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário.

Hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o *direito*, e não apenas perante a *lei*. É uma concepção herdada da Constituição alemã de 1949, cujo artigo 20 expressamente estabelece que o Poder Executivo se submete à lei e ao direito. Desse modo, quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a conseqüência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação desses princípios. Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação de um princípio, como o da razoabilidade, por exemplo, de tal forma que a discricionariedade desaparece porque uma única solução resulta válida perante o Direito. Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado. O Legislativo, ao elaborar uma lei, sujeita-se aos mesmos, sob pena de inconstitucionalidade; o Executivo, na prática dos atos

normativos e dos atos administrativos propriamente ditos, sujeita-se também à sua observância; em conseqüência, o Poder Judiciário, ao apreciar a validade de uma lei ou de um ato da Administração, deve analisar a sua validade perante a lei e perante os valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico, estejam ou não consagrados no direito positivo.

No que diz respeito à discricionariedade técnica, a grande questão que se coloca é: o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, na lei, gera discricionariedade administrativa, ou seja, a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas ou o conceito jurídico indeterminado envolve apenas trabalho de interpretação, suscetível de apreciação judicial?

3. Discricionariedade técnica

3.1. Direito europeu continental

A expressão discricionariedade técnica foi utilizada, pela primeira vez, em 1864, por Bernatzik, um dos autores da Escola de Viena. Nas palavras de António Francisco de Sousa (em seu livro *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 105-106), Bernatzik pretendia, sob o conceito de discricionariedade técnica "*englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica ("elevada complexidade das premissas factuais"), retiradas do controlo jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. Acresceria que, pela sua experiência e pelo seu contacto directo com a realidade do dia-a-dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e distanciados das realidades da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião, tardiamente, à da autoridade administrativa."*

Ainda segundo o autor, *"a natureza e a dimensão desta 'discricionariedade técnica' varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso"* (ob. cit., p. 307).

A idéia de discricionariedade técnica não subsistiu muito tempo nem na Áustria, onde teve origem, nem na Alemanha. Nesses países, o que se nota é que o tema foi tratado de forma conexa com o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, oscilando entre aceitar ou não, nesses casos, uma certa margem de discricionariedade. Para alguns, o conceito indeterminado confere à Administração uma liberdade de opção; para outros, o emprego do conceito indeterminado, na lei, constitui mero problema de interpretação, cabendo à Administração a escolha da única solução correta. Sendo problema de

interpretação, ao Judiciário é sempre possível apreciar o ato. Esse foi o entendimento que acabou por prevalecer nos tribunais administrativos alemães.

Essa posição restritiva influenciou o direito espanhol, onde prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os conceitos indeterminados não geram discricionariedade, cabendo à Administração encontrar a melhor solução. Segundo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere-se a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em seu enunciado, mas que podem ser determinados no caso concreto, por via de interpretação; por outras palavras, a aplicação desses conceitos nos casos concretos não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não; o preço é justo ou não é; ou se faltou à probidade ou não faltou: *Tertium non datur* (cf. Enterria e Fernández. *Curso de derecho* administrativo. Madri: Civitas, 1988, t. I, p. 433-439).

Segundo esses autores, a discricionariedade envolve uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, porque a decisão se funda em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo exclusivo da Administração; ao contrário, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais; justamente por isso, é um processo vinculado, que se esgota no processo intelectivo de compreensão de uma realidade, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita um poder discricionário.

A conseqüência é que o juiz tem ampla liberdade para apreciar a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados, sejam eles de experiência ou de valor. É o que ocorre com os conceitos de urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, necessidade pública, utilidade pública, interesse público. Essa é a doutrina adotada pelos tribunais espanhóis. Não existe discricionariedade nos conceitos indeterminados.

No direito italiano, um dos autores que melhor colocaram o tema foi Renato Alessi (*Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Bosch, 1970, t. I, p. 195-198). Segundo suas lições, existem casos em que a apreciação do interesse público exige exclusivamente a utilização de critérios administrativos, hipótese em que se tem a discricionariedade *administrativa*, que se dá, por exemplo, quando se tenha que conceder uma licença para uso de armas, uma licença comercial, um certificado de boa conduta, aplicar uma sanção disciplinar etc. E, ao contrário, existem casos em que a referida apreciação exige a utilização de **critérios técnicos** e a solução de questões técnicas que devem realizar-se conforme as regras e os conhecimentos técnicos, como, por exemplo, quando se trata de ordenar o fechamento de locais insalubres, ordenar a matança de animais atacados de enfermidades infecciosas, ordenar o fechamento de um estabelecimento em que se exerça uma atividade perigosa sem meios suficientes de proteção, ordenar a construção de uma ponte, adotar certo tipo de aeronave etc.

Nesses casos, a solução é diferente conforme os conceitos técnicos estejam ou não ligados a critérios administrativos. Quando haja essa vinculação, a Administração faz um juízo de valor; caso contrário, não.

Ele cita duas hipóteses em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos:

a) quando, com base em dados fornecidos por órgão técnico, a Administração deve, no caso concreto, decidir fazendo uma apreciação em consonância com critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Por exemplo: um órgão técnico manifesta-se no sentido de que um prédio ameaça cair; à Administração cabe resolver se essa ameaça representa ou não perigo para o interesse público, de modo a exigir ou não a demolição; nesse caso, a questão técnica fica absorvida pela questão administrativa;

b) em outros casos, a decisão baseia-se em critérios administrativos, embora considerando também aspectos técnicos; por outras palavras, a Administração tem que escolher os meios técnicos mais adequados para satisfazer ao interesse público. Exemplo: a escolha de critérios técnicos para a construção de uma obra pública.

Em todas essas hipóteses, a discricionariedade técnica constitui verdadeira discricionariedade, porque há sempre, por parte da Administração, uma apreciação em face do interesse público. Em outras hipóteses, não há a vinculação de critérios técnicos a critérios administrativos: diante da manifestação do órgão técnico, a Administração não pode valorar em que medida o fato afeta o interesse público; a ela caberá decidir em consonância com as condições técnicas previamente definidas pela lei. Por exemplo, quando a lei determina a destruição de mercadorias deterioradas, à Administração cabe apenas constatar a ocorrência de deterioração e determinar sua destruição; não lhe cabe valorar a medida em face do interesse público.

Nesses casos, não existe discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência do ato; aparecem, então, como inconciliáveis, os vocábulos *discricionariedade* e *técnica*. Por outras palavras, a distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. As decisões sobre se um prédio ameaça ou não cair, se um alimento está ou não deteriorado, se um paciente está ou não com doença contagiosa, não envolvem critérios de oportunidade e conveniência; somente um órgão especializado poderá dar a resposta correta, segundo critério puramente técnico.

Também Massimo Severo Giannini (in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffré, 1939, p. 42) dedicou-se ao estudo do tema. Afirma que aderiu à doutrina dominante que distingue entre atividade administrativa e atividade técnica, *"segundo a qual a discricionariedade técnica é*

entendida não em relação ao interesse público, mas em relação às regras, aos ensinamentos das disciplinas técnicas, enquanto a discricionariedade em sentido próprio é entendida somente em relação ao interesse público: reconhece-se que em ambas se encontra uma apreciação de oportunidade, mas a discricionariedade técnica dá lugar a uma valoração de tipo científico, concernente ao fenômeno natural em si, não em coordenação com os outros fenômenos sociais: a discricionariedade em sentido próprio dá lugar a uma valoração de tipo político, em que o fenômeno é não mais do tipo natural, mas social, relacionado a um grupo de outros fenômenos sociais".

No direito francês, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, tem enfrentado o tema das "noções vagas" ou "indeterminadas" em relação aos motivos do ato, ou seja, em relação aos pressupostos de fato. E faz três tipos de controle:

a) o controle *mínimo*, que diz respeito à materialidade dos fatos: o que se verifica é se os fatos existiram ou não existiram;

b) o controle *normal*, que diz respeito à *qualificação jurídica* dos fatos: verifica-se se está correta a qualificação que a Administração deu aos fatos, por exemplo, se um fato imputado ao funcionário é uma infração, se uma praça pode ser considerada de "perspectiva monumental"; nesse tipo de controle, o Conselho de Estado examina as noções imprecisas com que o legislador designa o motivo do ato administrativo, como imoralidade, interesse para a ordem pública, perigo para a saúde pública, declaração de urgência em uma desapropriação, existência de um sítio pitoresco, ruptura do equilíbrio biológico; nos casos em que a decisão administrativa se baseia em dados técnicos ou científicos, como na definição da natureza tóxica de um produto ou da qualidade de um vinho por órgão especializado, o Conselho de Estado só exerce o controle para anular a decisão administrativa se houve um *erro manifesto* (cf. Georges Vedel e Pierre Delvolvé. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984, p. 97);

c) o controle *máximo*, em que o Conselho de Estado verifica a adequação da decisão aos fatos; somente se aplica em relação às medidas de polícia restritivas da liberdade e em caso de circunstâncias excepcionais, que autorizam a Administração a afastar o princípio da legalidade diante de uma situação anormal e exorbitante, na medida em que isso seja necessário para atender ao interesse público; nesses casos, é aplicado o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins.

No que diz respeito às questões técnicas, o Conselho de Estado adota a teoria do *erro manifesto*, aplicável nos três tipos de controle referidos. Isto significa que a apreciação dos fatos, se tem caráter técnico, é reconhecida como faculdade discricionária da Administração, excluída, portanto, do controle jurisdicional. No entanto, naqueles casos de erro manifesto, que salta aos olhos sem necessidade de um perito na matéria, a exclusão de apreciação judicial poderia conduzir ao arbítrio. Com base nessa teoria, o Conselho de Estado tem anulado atos, em matéria de apreciação do mérito do funcionário em uma promoção, de aptidão profissional, de fixação do valor de uma tarifa parafiscal e, inclusive, em matéria de sanção disciplinar, em que o colegiado já decidiu ter sido

a pena escolhida excessiva em relação à infração praticada.

Como se verifica, no direito europeu, o tema da discricionariedade técnica constitui objeto de preocupação para definir os limites do controle judicial sobre os atos administrativos.

3.2. Direito norte-americano

No direito norte-americano, embora o tema envolva também o aspecto dos limites do controle jurisdicional, na realidade a chamada discricionariedade técnica constitui um dos pilares em que se baseou a tese da função normativa das agências reguladoras.

Com efeito, no direito norte-americano o tema da discricionariedade técnica teve importância fundamental na delimitação da competência das agências reguladoras, seja para definir os limites de sua função normativa, seja para estabelecer os limites do controle jurisdicional.

Sendo adotado o princípio da separação de poderes, houve a necessidade de criar uma doutrina que desse fundamento à delegação de função legislativa às agências reguladoras. Sabe-se que as agências são criadas por lei, que define as suas atribuições, estabelece o procedimento a ser obrigatoriamente obedecido para a tomada de suas decisões e para a elaboração de suas normas, bem como para o controle pelo Congresso.

As agências que exercem função normativa recebem esse poder mediante delegação da lei instituidora. Essa função é considerada ***quase legislativa*** porque suas normas têm força de lei, sendo obrigatórias para os cidadãos, porém, na escala hierárquica, colocam-se abaixo da lei, podendo ser invalidadas pelo Poder Judiciário se contrárias à lei ou à Constituição.

Desenvolveu-se nos Estados Unidos a técnica dos *standards*, pela qual a lei se limita a estabelecer parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, que devem se conformar aos *standards* contidos na lei e na Constituição. Segundo Bernard Schwartz, *"o poder legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga de autoridade seja limitada por determinados padrões....O arbítrio conferido não pode ser tão amplo que se torne impossível discernir os seus limites. Outrossim, precisa haver certa intenção legislativa com a qual se deve harmonizar o exercício do poder delegado."* (in *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 350).

No livro *Parcerias na Administração Pública*. *Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas* (4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 143-150), fizemos um estudo sobre o modelo norte-americano das agências reguladoras, mostrando que, em um país que repudiou o direito administrativo por longo tempo, por entender que a lei deve ser a mesma para todos (daí a expressão *common law*) e que o tribunal deve ser também comum para todos (em repúdio ao sistema francês de dualidade de jurisdição), acabou-se por adotar

sistema que, de certa forma, coloca em risco maior os direitos do cidadão, na medida em que reconheceu funções *quase legislativas* e *quase judiciais* a órgãos que compõem a Administração Pública e que não são dotados de garantias de imparcialidade semelhantes às que protegem o Poder Judiciário.

Algumas idéias constituíram os pilares do modelo das agências reguladoras norte-americanas (*regulatory agency* – agências com funções reguladoras): a) a idéia de *especialização*; b) a *idéia de neutralidade*; e c) a idéia de *descentralização técnica*.

A idéia de *especialização* – que foi a mesma que inspirou a criação das entidades da Administração Indireta no sistema europeu continental – surgiu como conseqüência do crescimento do Estado, que se transformou em Estado do Bem-Estar ou Estado Providência ou Estado Social, em modelo que exigiu a ampla intervenção do poder público na ordem econômica e social. Nas palavras de Rosa Comella Dorda, *"ante a magnitude e a urgência da intervenção na economia, acreditou-se necessário aprovar leis com amplas cláusulas de delegação de competências, repletas de fórmulas vagas e conceitos jurídicos indeterminados, que permitissem aos correspondentes órgãos administrativos articular as fórmulas concretas de intervenção e ir adaptando-as às cambiantes condições do mercado"* (cf. Dorda. *Limites del Poder Reglamentario em el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, controle judicial y técnicas de negociación*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1977, p. 25). Por outras palavras, a multiplicidade e a complexidade de funções assumidas pelo Estado do Bem-Estar tornava difícil ao Estado, por intermédio de seus três Poderes, exercer as suas atribuições sobre temas tão variados, que poderiam ser melhor desempenhadas por entes especializados, aos quais se atribuiu, limitadamente, uma parcela de cada uma das três funções do Estado.

Com relação à *neutralidade*, havia crença de que as agências estavam fora das influências políticas, porque gozavam de grande parcela de independência em relação ao Presidente da República, exatamente pelo fato de serem dotadas de estabilidade em suas funções; não podiam perdê-las exclusivamente a critério do Chefe do Executivo, mas apenas pelas causas expressamente indicadas em lei.

Como decorrência da especialização, reconhecia-se às agências largo grau de *discricionariedade técnica*, abrangendo uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judicial. Isto significa que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa da agência, escapando inclusive à revisão judicial, *a não ser que se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, contrário à intenção do legislador*. A Lei de Procedimento Administrativo, de 1946, contém norma expressa incluindo entre as causas de revisão judicial de decisão administrativa, as hipóteses em que as decisões, considerações e conclusões administrativas se julguem *"arbitrárias, caprichosas, ditadas no exercício abusivo da discricionariedade..."* (Seção 706). Além disso, toda a *matéria de fato* era de apreciação exclusiva da agência, ficando também fora do âmbito de apreciação judicial.

É curioso como o direito norte-americano, de início tão crítico do direito administrativo francês (negando, por muito tempo, a existência de um direito administrativo nos Estados Unidos, o que também ocorreu nos demais países integrantes do sistema da *common law)*, tenha chegado a soluções tão parecidas. Essa sua tese de só permitir a revisão dos aspectos técnicos quando se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, não difere muito da teoria, acima exposta, do *erro manifesto*, adotada pelo Conselho de Estado francês. E pelo que será a seguir demonstrado, também não difere da solução pretoriana adotada na França em relação à apreciação dos fatos (motivos do ato da Administração).

Os três grandes pilares em que se baseou a instituição de agências reguladoras nos Estados Unidos – *especialização, neutralidade e discricionariedade técnica* - começaram a ser grandemente afetados já a partir da década de 60 (cf. Di Pietro, Parcerias, p. 146).

Com relação à *especialização*, mudou o enfoque do interesse a proteger, porque, ao invés de proteger interesses setorias, próprios de cada agência, deveria toda a Administração Pública passar a preocupar-se com o *interesse público*. A complexidade dos novos interesses e dos problemas sociais não condizia mais com a idéia de especialização estrita das agências; os novos interesses exigiam conhecimentos multidisciplinares. Daí a paulatina submissão das agências à política governamental e o conseqüente controle do Poder Executivo sobre as normas por elas baixadas.

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

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

Com relação à motivação, o Judiciário passou a exigi-la, para permitir o exame dos fatos levados em consideração pela agência para a sua tomada de decisão e para possibilitar a verificação da racionalidade da decisão em relação aos fatos; o Judiciário não faz um juízo de oportunidade e conveniência, mas se limita a verificar se a decisão da agência levou em consideração todos os dados e conhecimentos obtidos. Enfim, se a decisão é razoável. Para permitir esse

exame, a exigência de motivação de todos os atos das agências tornou-se fundamental. O anterior procedimento informal de elaboração dos regulamentos pelas agências – baseado na idéia de sua especialização – acabou por se transformar em procedimento altamente formal, na medida em que, para facilitar o controle judicial, o Judiciário passou a exigir a demonstração de cada um dos pontos em que a agência se baseou para chegar à decisão final.

Segundo Rosa Comella Dorda (ob. cit., p. 46), o controle judicial ampliou-se, na medida em que a tradicional distinção entre questões de fato (de apreciação privativa da agência) e questões de direito (passível de apreciação pelos Tribunais) foi parcialmente abandonada pelas chamadas *questões mistas*. Essas questões, segundo a autora, *"supõem a aplicação de um conceito jurídico indeterminado a um pressuposto de fato e requerem, portanto, uma interpretação inicial do significado do conceito e uma posterior subsunção do pressuposto de fato no rol das atuações abrangidas pelo conceito, que alcança, assim, uma determinação precisa. Aliás, as decisões discricionárias (que não se distinguem conceitualmente dos conceitos jurídicos indeterminados) são revistos em função de critérios como a 'racionalidade' da decisão, que casam dificilmente com a separação entre revisão de consideração de fato e de direito".*

Em resumo, embora se continue a reconhecer às agências competência normativa para disciplinar aspectos técnicos inseridos em sua esfera de atuação, o processo de elaboração das respectivas normas tem que ser documentado com todos os dados que permitam ao Poder Judiciário examinar a racionalidade da regulação diante dos fatos, ou seja a correlação entre os fatos (motivos) e a decisão, sem falar na razoabilidade das normas diante do *standard* contido na lei. Vale dizer, o procedimento de elaboração das normas se formalizou de forma intensa, seja porque a agência tem que conformar-se à política governamental, seja porque tem que sujeitar-se a controle por outras agências ligadas ao Poder Executivo e Poder Legislativo, seja porque tem que contar com a participação dos interessados no procedimento, seja ainda porque suas normas têm que ser amplamente motivadas, com o objetivo de demonstrar a correlação entre fatos e normas e a razoabilidade das normas diante dos parâmetros contidos na lei.

3.3. Direito brasileiro

No direito brasileiro, a questão da discricionariedade técnica pode ser analisada sob duplo aspecto:

a) em relação aos atos administrativos propriamente ditos, hipótese em que importa distinguir a discricionariedade administrativa da discricionariedade técnica, para fins de controle judicial;

b) em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, hipótese em que importa definir a possibilidade de adoção, no direito brasileiro, do sistema norte-americano em que o Poder Legislativo legisla por meio de *standards*, princípios, normas gerais, diretrizes, deixando para a Administração Pública a competência para

desenvolver os conceitos indeterminados contidos na lei. Trata-se, na realidade, de função que se insere no conceito de regulamento e que, quando baixado pelo Chefe do Poder Executivo, encontra fundamento no art. 84, IV, da Constituição, tendo como principal limitação os princípios da legalidade e da reserva legal. A dúvida maior existe quanto à possibilidade dessa regulamentação ser baixada pelos chamados órgãos reguladores.

Quanto ao primeiro aspecto, referente ao controle judicial da discricionariedade técnica dos atos administrativos, não há uniformidade na doutrina, podendo-se falar em duas grandes correntes: a) a dos que entendem que, se a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados, a Administração tem que fazer um trabalho de *interpretação* que leve à única solução válida possível; nesse caso, cabe ao Poder Judiciário, como intérprete máximo das leis, rever e corrigir essa interpretação; b) a corrente que entende que o emprego, na lei, de conceitos jurídicos indeterminados pode ou não gerar discricionariedade, dependendo do tipo de conceito e da sua aplicação diante dos casos concretos.

Para esse fim, importa distinguir pelo menos três tipos de conceitos: o técnico, o de experiência e o de valor.

O *conceito técnico* não gera discricionariedade, porque a solução correta pode ser apontada pela manifestação de órgão técnico, baseada em dados da ciência. O *conceito de experiência* ou *empírico* afasta também a discricionariedade, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a úinica solução possível; quando a lei usa conceitos desse tipo é porque quer que ele seja empregado no seu sentido usual; é o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, bons antecedentes, premeditação. Os *conceitos de valor* – objeto de maiores polêmicas doutrinárias – podem ou não gerar discricionariedade ou, melhor dizendo, uma *certa margem de apreciação*. Um conceito que, na lei, se apresenta como indeterminado, por exemplo, moralidade, interesse público, utilidade pública, notório saber, pode tornar-se determinado no caso concreto, pelo exame da situação de fato. A respeito dessa matéria, aqui muito resumida diante das limitações deste trabalho, remetemos o leitor à doutrina analisada em nosso livro Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, ob. cit., p. 97-123.

No que diz respeito à discricionariedade técnica, como um dos suportes para o reconhecimento de validade às funções normativas das agências reguladoras, a primeira observação a fazer é no sentido de que a sistemática norte-americana, de deixar os conceitos indeterminados para definição pela Administração Pública, já vem sendo adotada, no Brasil, desde longa data, por inúmeros entes da Administração Pública, que exercem função normativa, como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a Secretaria da Receita Federal, a Comissão de Valores Mobiliários, dentre inúmeros outros. A questão, no entanto, só foi levantada a partir do momento em que começaram a ser criadas autarquias com a denominação de agências reguladoras, com a delegação de função normativa. Foi como se, apenas nesse momento, se tomasse consciência de uma realidade presente desde longa data e se procurasse encontrar fundamento jurídico para a mesma.

É importante lembrar que, no direito norte-americano, os regulamentos baixados pelas agências têm força de lei; a função é chamada de *quase legislativa,* porque tais regulamentos se subordinam hierarquicamente à lei, podendo ser invalidados pelo Poder Judiciário se a contrariarem.

Como se poderia colocar o tema no direito brasileiro?

Se partirmos do princípio de que as normas que se limitam a definir os conceitos indeterminados contidos na lei são de natureza regulamentar, a única conclusão possível será no sentido de que elas só têm fundamento no ordenamento constitucional brasileiro, quando baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, que tem competência privativa para exercer o poder regulamentar e não pode delegá-lo (art. 84, IV e parágrafo único da Constituição).

No entanto, não se pode esquecer que os Ministérios podem *"baixar instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos"* (conforme art. 87, inciso II, da Constituição), participando, portanto, da função regulamentar; como também os órgãos reguladores das telecomunicações e do petróleo, os quais, precisamente pelo fato de serem assim chamados pela Constituição (art. 21, XI e 177, § 2º), exercem uma parcela de função normativa implícita na sua função de órgãos reguladores.

Não há dúvida, portanto, de que a própria Constituição, embora atribua ao Chefe do Executivo o poder regulamentar, deixou uma brecha para os Ministérios e para os órgãos reguladores referidos expressamente na Constituição, como também deixou uma brecha, embora transitória, quando, no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou todos os atos que implicassem delegação de função normativa a órgãos do Poder Executivo, mas permitiu que o prazo para essa revogação fosse prorrogado. Provavelmente muitos dos órgãos que ainda exercem função normativa exercem uma competência que remanesce (devida ou indevidamente) do regime constitucional anterior à Constituição de 1988, às vezes sem que permaneça o anterior fundamento constitucional.

Afora essas possibilidades que decorrem da Constituição, a única maneira de defender validamente a discricionariedade técnica aplicada à função normativa das agências reguladoras (e de outros órgãos administrativos que exercem função semelhante) é a de *reduzir* (se é que isso é possível) o conceito de regulamento, para dele excluir as normas que apenas definem conceitos técnicos contidos na lei. E isto pelo fato de que a discricionariedade técnica não constitui verdadeira discricionariedade, não envolve decisão política, porque não dá liberdade de escolha para a Administração. O órgão regulador limita-se a definir um conceito que já está contido na lei e cujo conteúdo vai ser apenas explicitado na norma infra legal.

Permitimo-nos socorrer, aqui, da lição sempre precisa de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo* (16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319-320). Depois de lembrar que os regulamentos são requeridos "para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos *aspectos procedimentais* de seu comportamento quanto no que respeito aos *critérios que devem obedecer em*

questões de fundo, como condição para cumprir os objetivos da lei", o ilustre jurista acrescenta:

"16. Em face do quanto foi dito, já se pode assinalar e enfatizar que:

a) Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para regulamento.....

b) Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta – não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.

17. É esta segunda conclusão que abre passo para uma terceira, a saber: o regulamento executivo, único existente no sistema brasileiro, é um meio de disciplinar a *discrição administrativa*, vale dizer, de regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a Administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões.

Com efeito, salvo quando têm em mira a especificidade de situações redutíveis e reduzidas a um padrão objetivo predeterminado, a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento *discricionariamente* os precede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos *para além dos cerceios da lei*, impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares."

Tem-se, portanto, que partir da idéia de que o regulamento somente se justifica quando a lei deixa um espaço para que a Administração exerça a sua discricionariedade, escolha o procedimento, os critérios, as formas a serem adotadas para dar cumprimento à lei; é esta que intencionalmente deixa uma certa margem de liberdade para a Administração escolher entre os modos de proceder possíveis e igualmente válidos perante o direito. Vale dizer, ao baixar regulamentos, o Poder Executivo exerce competência discricionária, com possibilidade de exercer opções entre alternativas válidas perante a lei.

No caso da discricionariedade técnica, não há discricionariedade propriamente dita, consoante já demonstrado. Não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade e conveniência. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Quando um ente administrativo baixa atos normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este supõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita, a qual, no caso, não existe. Se a lei fala, por exemplo, em produtos perigosos para a saúde, a agência pode baixar ato normativo definindo esses produtos ou mesmo elaborando uma lista dos mesmos; isto não se insere no poder regulamentar, porque se trata de

conceito técnico cujo conteúdo é dado por conhecimentos científicos de que a agência dispõe para fazê-lo.

Em resumo, o exercício do poder regulamentar só existe quando a lei deixa ao Poder Executivo certa margem de discricionariedade para decidir como a lei vai ser cumprida. É o Poder Executivo que vai fazer a escolha da melhor solução diante do interesse público a atingir. Aí, sim, trata-se de discricionariedade administrativa propriamente dita, porque envolve a possibilidade de opção entre alternativas igualmente válidas perante o direito. No caso da discricionariedade técnica essas alternativas não existem, porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras.

Outro dado a realçar é o que diz respeito ao controle judicial sobre a chamada discricionariedade técnica. No direito brasileiro, o tema da discricionariedade técnica tem sido pouco analisado, talvez pelo fato de que não existe muita dúvida quanto à possibilidade de ser exercido controle judicial sobre os aspectos técnicos do ato administrativo. A legislação processual permite que o juiz se socorra do auxílio de peritos para apreciar tomada de decisões que envolvam dados técnicos que possam ser esclarecidos por especialistas, conforme artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil.

Desse modo, com relação aos atos administrativos, o tema não envolve maior dificuldade: se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, sendo dado ao Poder Judiciário rever a decisão da Administração Pública. Conceitos como perigo público iminente, valor histórico de um bem, incapacidade para o trabalho, são conceitos técnicos que, sem dúvida, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Quando se trata da discricionariedade técnica exercida em atos normativos das agências reguladoras e outros órgãos similares, não temos dúvida também em afirmar a possibilidade de controle judicial, inclusive para invalidação das normas. No entanto, é importante chamar a atenção para algumas peculiaridades do direito brasileiro quando comparado com o direito norte-americano.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, no direito brasileiro, a adoção do modelo de agências esbarra em algumas dificuldades: de um lado, o próprio sistema constitucional, que estabelece normas precisas sobre delegação de função normativa, esgotando praticamente a matéria; de outro lado, a inexistência de um Poder Judiciário com função criadora semelhante à que existe nos Estados Unidos e na jurisdição administrativa francesa.

Nos Estados Unidos – onde a jurisprudência constitui a principal fonte de produção do direito - foi por interpretação jurisprudencial principalmente que se construiu toda a teoria relativa à função normativa das agências reguladoras: foi a Corte Suprema que definiu os limites da delegação e do controle judicial, estabeleceu a exigência de motivação e construiu o princípio do *devido processo legal substantivo*, que permite ao Judiciário examinar a validade dos

regulamentos diante dos standards contidos na lei. Criou-se, com o beneplácito do Poder Judiciário, um sistema de legislação por *standards*, deixando-se às agências a possibilidade de regular a matéria. Exigiu-se a participação do cidadão no processo de elaboração das normas, com o que se deu legitimidade democrática às mesmas, exigiu-se a motivação das decisões das agências. E construiram-se princípios – em especial o do devido processo legal substantivo, o da razoabilidade, o da racionalidade das decisões diante dos fatos – que permitem ao Poder Judiciário examinar a validade dos regulamentos das agências perante os standards, princípios, diretrizes, contidos na lei.

No Brasil, nada disso existe. Não existe um Poder Judiciário com o mesmo papel criador do direito; a sentença judicial não representa o mesmo papel como fonte do direito; não existe a força do precedente judicial; e ainda que tivesse o mesmo poder criador, não poderia referendar delegação legislativa em afronta à Constituição. Além disso, o exame dos atos normativos da Administração Pública ainda sofre muitas restrições no âmbito do Poder Judiciário, especialmente em seara de controle de constitucionalidade, de que resulta a análise em cada caso concreto, por via de exceção. O princípio do devido processo legal substantivo – que permite a invalidação de atos normativos por infringência a princípios ou valores contidos na Constituição ou na lei – é de pouquíssima aplicação no direito brasileiro. De modo que a adoção pura e simples da sistemática norte-americana no direito brasileiro não dispõe dos pilares indispensáveis para dar sustentação a um sistema semelhante. A maior dificuldade decorre da inexistência de um controle judicial adequado para analisar a validade dos atos normativos das agências diante dos standards contidos na lei.

Em trabalho sobre *"Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade"* (in *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2003, p. 27-59), lembramos a necessidade de distinguir dois tipos de atos normativos baixados pelas agências: de um lado, aqueles que produzem efeitos concretos e, de outro, os atos normativos propriamente ditos, que baixam normas com caráter de generalidade e abstração, à semelhante da lei; estes segundos teriam a natureza de verdadeiros regulamentos.

Com relação aos atos normativos de efeitos concretos, não há impedimento a que sejam baixados pelas agências reguladoras. Trata-se de atos normativos apenas sob o aspecto formal, porque, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, correspondendo às *adjudications* do direito norte-americano, sendo utilizados para decidir ou disciplinar situações concretas. À medida que as agências vão deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Conforme realçado no aludido trabalho, aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade do serviço) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. É a lei que fixa os parâmetros para a agência decidir; por outras palavras, a lei deixa certa margem de discricionariedade para a agência

decidir nos casos concretos qual a melhor solução para o interesse público. Essa discricionariedade, seja administrativa, seja técnica, não difere da discricionariedade que se reconhece para os órgãos administrativos em geral, como possibilidade de escolher a melhor solução para o interesse público a atender. Vale dizer que, quando a agência baixa um ato normativo para disciplinar uma certa matéria, com alguma esfera de liberdade deixada pelo próprio legislador, ela está apenas dizendo como vai exercer essa liberdade de decisão no caso concreto. Ela está apenas auto-limitando a própria discricionariedade deixada pelo legislador. Ela não está inovando, não está criando regra nova. Ela está atuando no espaço livre deixado pela lei. Em se tratando de atos normativos de efeitos concretos, não há maior dificuldade no controle judicial que, no caso, não difere do exercido sobre outros atos administrativos.

Com relação aos atos normativos propriamente ditos, com efeitos gerais, apesar do esforço da doutrina em tentar justificar a competência das agências reguladoras para baixá-los, é difícil encontrar fundamento seguro no direito brasileiro, pelo fato de ter a Constituição delimitado, de forma exaustiva, toda a competência normativa. Dentre os órgãos que a receberam estão os órgãos reguladores de telecomunicações (art. 21, XI) e do petróleo (art. 177, § 2º). Para os demais, o máximo que se pode admitir é a possibilidade de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar princípios, diretrizes ou conceitos técnicos contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na idéia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica. Aí é que entra a importância da chamada *discricionariedade técnica*. Se a lei usa conceitos como produtos perigosos para a saúde, produtos tóxicos, atos nocivos à concorrência, a agência pode, dentro de sua especialidade, definir esses conceitos.

Mesmo assim, não se poder negar ao Judiciário a possibilidade de apreciar a validade dessas normas, seja com auxílio de peritos, quando se tratar de conceitos puramente técnicos, seja pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, 1070, t. I.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

----------*Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

----------*Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

----------Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In *Direito Regulatório. Temas polêmicos.* (org.). Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003, p. 27-60.

DORDA, Rosa Comella. *Limites del Poder Reglamentario em el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación.* Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 4ª edição. Madri: Editorial Civitas, S.A., t. I.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo.*. Milão: Giuffrè, 1930.

----------*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffré, 1939.

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

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOUSA, Antônio Francisco de. "*Conceitos indeterminados" no direito administrativo.* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

VEDEL, George e DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:
Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto

científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.