

# UMA ANÁLISE DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA ATRAVÉS DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.655/2018

**RENILA LACERDA BRAGAGNOLI**

*Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública (UBA),  
Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração  
(IDP). Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São  
Francisco e Parnaíba – Codevasf. Chefe do Consultivo da Assessoria Jurídica.*

## INTRODUÇÃO

“O problema do poder discricionário é problema de interpretação”, dado que uma norma, por vezes, comporta mais de uma solução possível para cada caso concreto, que será elegida de acordo com a realidade do momento da decisão. É nessa liberdade de escolha entre mais de uma solução, sob o ponto de vista de quem encara a lei, que reside a discricionariedade administrativa, estudo que ganha importância, sobretudo no Estado Democrático de Direito, exigindo-se um dinamismo para acompanhar as mutações sociais, de forma a satisfazer, integralmente, as necessidades da coletividade.

Assim, para que haja harmonia indispensável à consecução dos interesses públicos e sociais emergentes, a lei pode traçar o comportamento dos agentes administrativos de maneira que a ele certo grau de liberdade de eleição, a partir de um juízo subjetivo.

A discricionariedade é, assim, uma forma de delimitação de competência, e a essa restrição acrescentou-se contornos modernos com a edição da Lei n.º 13.655/2018, que estipulou diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito Público no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de parametrizar a prática dos atos administrativos, afastando, de certo modo, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, porém, facilitando, a possibilidade de que haja maior inserção na análise do mérito administrativo, bem como no seu controle.

## 1. ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Segundo Queiró (*apud* AMARAL, 2008: 107), “o problema do poder discricionário é problema de interpretação” e essa afirmação faz sentido para o Direito Administrativo pois há que se considerar que a norma geral comporta mais de uma solução possível para cada caso concreto, que será elegida de acordo com a realidade do momento da decisão. Como já havia modulado Kelsen, a norma se assemelha a uma moldura, que impõe limites externos, mas que dentro de seus contornos, apresenta várias situações possíveis.

É nesse momento de escolha que reside a discricionariedade administrativa, existente nos casos em que há mais de uma situação revestida de legalidade que pode ser escolhida para o caso concreto, devendo o gestor eleger a situação, ao seu critério, mais razoável ou mais adequada.

Sobre essa escolha, Kelsen pondera (1984: 467):

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Deve ser frisado, por importante, que a lei não tem necessariamente apenas um sentido. Muitas vezes ela assume sentidos distintos, de acordo com o ponto de vista de quem a encara, quando será preciso, então, escolher um deles, pois só com um deles a lei pode ser aplicada, deixando de ser geral e abstrata, repercutindo efeitos jurídicos a terceiros. Assim, é nessa liberdade de escolha entre mais de uma solução, sob o ponto de vista de quem encara a lei, que reside a discricionariedade administrativa.

Dentro desta perspectiva de que a norma é uma moldura,

[...] a norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e

enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos.

[...] O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador (QUEIRÓ, 1940: 21 e 26).

Resta claro, portanto, que a norma não deriva ou resulta da interpretação. A norma é abstração e existe antes da interpretação. A clareza da lei resulta justamente da sua interpretação. Sob o espectro da discricionariedade, ao interpretar textos legais para a tomada de decisões administrativas, deles se extrai o sentido que, ao intérprete, soe mais razoável para dada situação, de modo que o mesmo texto legal, para situação diversa, poderá ter conclusão distinta.

É com amparo nessa percepção - de que a interpretação é quase personalíssima - que o controle da discricionariedade administrativa compete verificar, se no caso concreto, a solução de aplicação escolhida pelo agente administrativo dotado de poder decisório foi razoável ou não.

Dessa maneira, não cabe ao agente controlador emitir juízo de valor sobre a solução que lhe pareça a mais razoável, sob pena de extrapolar os limites de sua função, que não é a de administrar, fazer escolhas e tomar decisões em situações concretas, mas, tão somente, controlar e, em certos casos, como no Poder Judiciário, julgar, se conectando, essa separação, *“directamente con el principio de división de poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido atribuidas constitucionalmente”*, como dito por Tamayo (2016).

É incompatível com o Estado Democrático de Direito a existência de uma Administração Pública que não possa ter seus atos controlados, tampouco pode haver, dentro deste sistema institucional, uma Administração Pública onde não haja segregação de funções de administrar e julgar/controlar, de sorte que, quando não há observância aos limites funcionais de cada agente, o administrador deixa de buscar, dentro da legalidade, a solução de aplicação mais razoável e que atenda ao interesse público, em razão da insegurança jurídica

decorrente da ausência de garantia de que o agente de controle ou o juiz agiria da mesma forma.

No mesmo sentido, Sesín

*Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.*

É justamente nessa sintonia entre as funções que deve se desenvolver a atividade administrativa, inclusive porque, em razão da hipertrofia do Estado e do número cada vez maior de necessidades a serem atendidas, a lei, com vistas a permitir a flexibilidade indispensável à concretização dos interesses públicos<sup>1</sup>, pode traçar o comportamento dos agentes de maneira que remanesça algum grau de liberdade ao agente administrativo, diante do caso concreto, permitindo-lhe integrá-la com seu juízo subjetivo (CHAIB, 2008: 37.)

Essa possibilidade de escolha é a discricionariedade administrativa: dentro de cada caso concreto haverá a apreciação subjetiva na escolha do comportamento que melhor atenderá aos ditames da lei e, principalmente, a consecução do interesse público. As vicissitudes de cada situação peculiar devem ser analisadas na escolha do ato a ser emanado, devendo constar as razões de decidir do agente, compondo seu arrazoado de justificativas.

Em contraponto com a legalidade, a discricionariedade é uma maneira de delimitação de competência, à medida que é necessária para a satisfação dos interesses sociais, especialmente nos dias de hoje, em que o Estado do Bem-estar social reclama interesses difusos e coletivos bastante heterogêneos.

Não é, senão, uma ferramenta jurídica para que se atinja os fins demarcados na lei. Noutras palavras, é o que se desenvolve dentro da moldura sem transpassa-la, de maneira que o sistema jurídico rechaça deslindes de discricionariedade que as coloque fora dos domínios da lei, de maneira que,

*La ley debe decir se el Poder Ejecutivo puede actuar y, a su vez, reconocerle el grado de libertad. Es decir, el carácter discrecional nace*

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido, Tamayo (2016): “[...] debe admitirse también que en un contexto de crisis del Estado de Bienestar, ya no se exige solamente a la Administración -y, en todo caso, se halla marcadamente menguada-, una actuación prestacional, dadora directa de bienes y servicios sino, por sobre todo, una gestión por objetivos, económica, eficiente y eficaz en su ejercicio”.

*de modo expreso o implícito del marco jurídico y con ciertos límites. [...] el legislador establece cual es el campo de discreción o libertad por silencio o mandato expreso y, además, cuáles son los límites.*  
(BALBÍN, 2018: 217)

Nesse sentido, Fiorini (*apud* CHAIB: 38)

*El sujeto de la administración, sea encumbrado o modesto administrador público, realizará la actividad discrecional, como órgano integrante de la administración, em el ejercicio de su función de ejecutor y realizador de la norma jurídica. Como órgano de la administración ejecutará siempre la ley tengo o no facultades discrecionales. El simple hecho de que se halle investido de la discrecionalidad no lo coloca em situación distinta al de simple y puro realizador de la ley em la administración.*

Dentro da teoria da discricionariedade administrativa é usual que se traga à baila a existência de conceitos jurídicos indeterminados, concepção nascida na Alemanha ainda no século XIX, tendo como fundamento, a problemática da ambiguidade e imprecisão das palavras, vez que o Direito se perfaz da linguagem natural para descrever e regular a conduta humana mediante suas normas.

A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados não se presta para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas, tendo como destino um ponto que relaciona princípios e regras, motivo pelo qual é dotado de significados axiológicos.

Desse modo, se contrapondo ao conceito preciso, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos ou amplos, comportando grande margem para o exercício regular da discricionariedade administrativa.

O exercício da potestade discricionária é que faz emergir os juízos de oportunidade que, conforme leciona Mello (1991: 288), compõe o caminhar lado a lado da discricionariedade e da apreciação subjetiva.

A apreciação subjetiva é, ao fim e ao cabo, o que se tem como interpretação, inclusive por decorrência dos conceitos jurídicos indeterminados acima referidos, exegese já analisada também pela doutrina de Mello (1991: 290),

Pela interpretação o intérprete se apodera da finalidade, sentido e conteúdo preexistentes na norma. Eis, pois, que por via de exegese

apenas são franqueadas as portas para a inteligência do que já existia. A realidade apoderada é um dado externo ao sujeito que a persegue, por ser interna ao objeto perseguido. Nos casos de discricionariedade, o administrador também interpreta, mas não se esgota nisto sua função. Primeiramente necessita realizar o tipo de operação racional a que se acaba de aludir. Concluído o iter interpretativo, defronta-se com possibilidades plúrimas, justamente pelo fato de a norma admitir soluções múltiplas, suscetíveis quaisquer delas de dar implemento à finalidade proposta e satisfação à vontade legal adrede mantida em um certo grau de indeterminação pelo legislador.

Esse norte também foi outrora apontado por Kelsen (1984: 467), para quem a interpretação é a fixação cognitiva do sentido do objeto a interpretar, de modo que o resultado de uma interpretação jurídica importa em reconhecimento da moldura que representa o Direito e o conhecimento das várias possibilidades cabíveis dentro desta mesma moldura.

Assim, a interpretação da lei não deve importar em apenas uma solução tida como correta, mas várias soluções que têm igual valor, e é justamente quando ocorre essa possibilidade de existir mais de uma conduta jurídica válida, sem que qualquer uma seja prevalente sobre a outra, que se pode identificar a intersecção entre conceitos indeterminados e discricionariedade, cabendo à hermenêutica a escolha de uma significação dentre as possíveis.

Mesmo reconhecendo que a existência de conceitos indeterminados não se limite ao Direito Administrativo, Enterría (1989: 38) desenvolveu importante doutrina sobre o tema, aduzindo que,

*[...] de esto modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación [...]. es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos em virtud de criterios extrajurídicos, como es en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.*

Convém destacar que essa visão adotada por Enterría importa em reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário averiguar a exata aplicação dos conceitos pela Administração.

É o que reconhece, também, Di Pietro (2016)

O emprego, nas normas legais, de termos com sentido indeterminado (como urgência, interesse público, moralidade, utilidade pública, perigo

iminente, notório saber e tantos outros), que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a ser visto de outra forma: tratando-se de conceitos jurídicos (já que empregados pelo legislador), eles são passíveis de interpretação e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário, como intérprete da lei em última instância. Daí a conhecida frase: a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação. Por outras palavras, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não pode, por si, servir de limite à apreciação pelo Poder Judiciário [...]

Distintamente, Queiró (1946: 63) não admite essa ingerência, ao afirmar que existe um limite que terceiros alheios à Administração nunca podem ultrapassar: o da exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Para ele, portanto, discricionariedade nada mais é do que uma faculdade de escolha entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo, escolha feita, com efeito, dentro dos limites da lei.

Uma via moderada de ação é dada pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual, a discricionariedade nem sempre e necessariamente decorre das imprecisões conceituais, de maneira que não advirá da possibilidade de escolha entre duas ou mais interpretações, devendo ser considerada a abstração normativa. Por esse entendimento também é acompanhado por Di Pietro (2016), que também defende uma mitigação para a interpretação do conceito, aliada ao exame da matéria de fato em cada caso concreto, o que pode afastar ou não a discricionariedade.

Nessa toada, para Mello (1993: 24-43), a discricionariedade surgiria quando, segundo critérios de razoabilidade e no confronto com o caso concreto, não se pudesse afirmar com objetividade qual a solução ótima é capaz de atingir a finalidade da lei, dado que pelo menos dois pontos divergentes seriam igualmente admissíveis.

Sob essa ótica, nem todos os conceitos indeterminados estão abrangidos pela discricionariedade, apenas aqueles conceitos cuja indeterminação não possa ser teoricamente determinável, a depender da determinação subjetiva individual. Noutro giro, se os pressupostos referidos contiverem conceitos de valor, os critérios a serem adotados pelas autoridades administrativas serão sempre e necessariamente discricionários.

Houve, decerto, uma evolução acerca da discricionariedade administrativa, a partir de sua visualização original como um bastião irredutível de controle da atividade do órgão executivo, experimentando, a partir daí, uma evolução nas técnicas de controle (TAMAYO, 2016)<sup>2</sup>.

Não se admite, outrossim,

[...] a premissa de que, ante a presença de conceitos plurissignificativos na dicção legal, a consequência será sempre a aparição de discricionariedade. Ou seja, este juízo lógico: conceitos plurissignificativos (premissa maior) – caso concreto (premissa menor) – discricionariedade (consequência) não é absoluto. (Mello *apud* CHAIB, 2008: 51)

Muitas vezes, portanto, mais uma intelecção será razoavelmente comportada e o juiz terá que ponderar qual delas, ao seu critério, responde mais satisfatoriamente à finalidade abrigada na lei ou no ordenamento jurídico de maneira sistêmica, dado que a função jurisdicional consiste justamente em “dizer o Direito” no caso concreto, de modo que as decisões judiciais são o que a lei, naquele caso, determina que sejam.

Veja tratando-se de decisões do administrador, se se tem conceito vago, este demandará sua interpretação, ressaíndo a intenção do legislador em estabelecer que o gestor realize juízo de valor, de modo que quando o próprio ordenamento outorga a possibilidade de eleição dentre várias opções possíveis e igualmente válidas para o Direito, a Administração utiliza-se da discricionariedade em prol do melhor ou mais útil solução para o atendimento do interesse público.

De acordo com a doutrina argentina (BALBÍN, 2018: 232),

*Los jueces controlan fuertemente los antecedentes fácticos y el contexto procedimental; sin embargo, respecto de la interpretación y la discrecionalidad del acto, el control es más atenuado, salvo el cumplimiento de los principios generales (razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y no discriminación).*

---

<sup>2</sup> Prossegue afirmando o autor: [...] *A partir de ese hito, la admisión del control judicial de la actividad administrativa se ha erigido en un presupuesto indiscutible del Estado Constitucional y Social de Derecho, aunque variando las técnicas y los criterios respecto a la densidad con que debe ejercerse en la Europa continental, fundamentalmente en Alemania y en España.*

Em termos absolutos e de acordo com o que expusemos até agora, entendemos que não há, para o Poder Judiciário ou para o órgão de controle, total inserção na análise do mérito administrativo, pois, ao final, apenas uma significação será pertinente no caso concreto, o que vincula o juiz a uma só conduta.

Sorte diversa, contudo, acontece com a Administração Pública, dada que a discricionariedade administrativa é, de fato, um poder inerente à prática dos atos administrativos, executados com base em critérios de oportunidade, mérito e conveniência.

Como pontuou Sesín,

*El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.*

[...]

*En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la Administración tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).*

Dessa maneira, ao nos aproximar da corrente doutrinária capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, sustentamos que a análise do caso concreto, mediante a interpretação do conceito jurídico indeterminado é que afastará ou não o controle do ato administrativo discricionário, sendo, portanto, um entendimento mitigador dos entendimentos extremos e opostos acima referidos.

Portanto, a Administração Pública permanece dotada de uma margem de apreciação para aplicar e interpretar os conceitos jurídicos indeterminados, especialmente envolvendo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da motivação, de maneira que ainda permanece incólume a utilização do mérito administrativo sempre que a lei deixar para a Administração a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito, sendo

considerado, na escolha do caso concreto, critérios de oportunidade, mérito e conveniência que escapam ao controle.

## 2. A LEI N.º 13.655/2018 E DISCRICIONARIEDADE NA EDIÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Após a análise preliminar sobre a discricionariedade administrativa, já estando assentada ausência de controle total sobre o mérito administrativo, cumpre-nos analisar os limites da própria discricionariedade, detidamente a partir da edição da Lei nº 13.655/2018, que introduziu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB<sup>3</sup> disposições prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, sendo, sua interpretação, voltada aos temas de direito público.

Há que se reconhecer que essa inovação legislativa buscou, de certa maneira, impor limites à ingerência do Poder Judiciário e dos órgãos de controle à atividade administrativa<sup>4</sup>, só que de maneira reversa: impondo, ao gestor, a compulsoriedade de observância de alguns elementos na prática do poder discricionário, refletido na edição de atos administrativos, intentando imprimir maior segurança jurídica à atuação da Administração Pública.

Como salientado por Di Pietro (2016), “foi sendo ampliado o controle externo, com redução da liberdade da Administração Pública decidir no caso concreto qual a melhor solução a adotar, segundo critérios de mérito” e, segundo a autora, já há quem defenda que “não mais é possível falar em mérito como limite ao controle pelo Poder Judiciário”, dado que “houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados”.

A Lei introduziu dez artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, de maneira que iremos analisar apenas aqueles que tenham conteúdo que faça intersecção com a discricionariedade administrativa aqui estudada, especialmente na prática dos atos administrativos emanados pela Administração Pública *stricto sensu*, pois é importe asseverar, que as inovações da Lei referida também se estendem aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário. Nestes termos, analisaremos os

---

<sup>3</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)

<sup>4</sup> Sobre essa intenção legislativa, convém ressaltar que o controle da administração sempre foi um assunto polêmico e recorrente, inclusive no período da Revolução Francesa propagou-se a máxima de que “julgar a administração é administrar”.

artigos 20, 22 e 30 que a Lei nº 13.655/2018 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

## 2.1 O artigo 20 e a busca pela segurança jurídica

Considerando que a edição da Lei em comento visa reduzir práticas que resultem em insegurança jurídica na atividade estatal, o artigo 20<sup>5</sup> positivou o alcance do que tratamos acima como os conceitos jurídicos indeterminados, relativamente quando impôs a vedação a emissão de decisão com base em valores jurídicos abstratos, buscando afastar a incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais podem admitir diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. Com isso, impõe-se o dever de motivações a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo as consequências práticas de sua decisão<sup>6</sup>.

Para Justen Filho (2018), a proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação jurídica. A generalidade e a proliferação de princípios geram incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias.

Como segue pontuando o autor supramencionado, no Direito Público, e aqui direciona-se especialmente ao Direito Administrativo, tem-se verificado que, por diversas vezes são invocadas fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e que podem conduzir a resultados distintos.

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão,

---

<sup>5</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

<sup>6</sup> Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>

inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir.

Assim, a finalidade do artigo 20 foi reduzir este subjetivismo com a obrigatoriedade de análise do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.

Deve ser assinalado que o artigo não veda – e nem poderia vedar – a utilização dos valores abstratos ou conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da tomada de decisão, mas determina que, na realidade fática, seja analisada a concretização das circunstâncias no caso concreto.

Com visão mais alargada sobre o conceito de valores jurídicos abstratos, a Lei em questão buscou mitigar a força normativa dos princípios – valores jurídicos abstratos por excelência – posto que, muitas vezes, o Poder Judiciário se socorre dessas imprecisões filosófico-jurídicas para impor condenações à Administração ou controlar o mérito das decisões administrativas.

Assim, de maneira pragmática, a Lei quis tolher, de certa maneira, o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos, através da introdução de uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar “as consequências práticas da decisão”, de acordo com o texto positivado.

Intencionou, ainda, regulamentar a própria discricionariedade, à medida que impôs algumas avaliações prévias à tomada de decisões:

A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado.

Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dente esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada.

(JUSTEN FILHO, 2018).

O parágrafo único do art. 20 ainda impõe o dever de motivação a partir da comprovação de necessidade e adequação, que nada mais é do que a juridicidade do valor abstrato conhecido como princípio da proporcionalidade<sup>7</sup>.

## 2.2O caput do artigo 22 e a interpretação das normas

O art. 22<sup>8</sup> é destinado à interpretação das normas referentes à gestão pública, impondo que se considere – quando do controle do ato administrativo - não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também as dificuldades práticas que ele enfrentou e que possam justificar esse descumprimento.

O grupo de juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto assim justificou esta previsão legal<sup>9</sup>:

[...] a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.

Exige-se, portanto, um ônus argumentativo de competência do controlador, que deve levar em consideração, antes da aplicação de qualquer sanção e/ou decisão impositiva, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público, bem como as exigências das políticas públicas que estão sendo desenvolvidas, dado que controladores deram andamento à processos sancionadores com base em suas próprias convicções e juízos (MARQUES NETO e FREITAS: 2019: 57).

---

<sup>7</sup> Convém assinalar que Justen Filho, ainda sobre a análise do artigo 20, afirma que deve ser consagrada, portanto, a análise da proporcionalidade, que ele clássica em proporcionalidade-adequação, proporcionalidade-necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>8</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

<sup>9</sup> <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>

Para Eduardo Jordão (2018a),

A mais direta e evidente consequência da previsão legislativa é a necessidade do controlador se envolver em um diálogo com o gestor [...] Precisa atentar para as dificuldades por ele vivenciadas. Caso as dificuldades não tenham sido explicitadas na motivação do ato – ou caso se trate de controle de uma suposta omissão -, caberia ao controlador requerê-las do gestor, para fins de aplicar adequadamente o controle.

A realidade imposta pelo artigo 22 impõe que em um contexto de indeterminação jurídica concreta, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa, dentre outras juridicamente possíveis, dado que se trata de discricionariedade, realizada pelo administrador público. Assim, o julgador “deverá *prestar deferência*<sup>10</sup> a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão” (JORDÃO, 2018b). Noutras palavras ditas por Marques Neto e Freitas (2019: 57), “o exercício do controle deve ser orientado, por soluções pragmáticas, predadoras da avaliação do contexto no qual a conduta examinada foi praticada”.

Sobre o art. 22, ressalta-se que a exigência do primado da realidade, deve ser alertado, na nossa visão, que essa possibilidade não pode importar em que a realidade supere o Direito, de maneira que, que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, pode-se questionar os requisitos, sob pena de um eterno questionamento da lei, sem que seus desígnios se cumpram, destaque tempestivo realizado por Irene Nohara<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> A teoria da referência que se deseja inaugurar com as disposições deste artigo é comumente utilizada em países estrangeiros e tem, no Direito Americano, o exemplo da doutrina Chevron, onde existem os “dois passos” da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública. Artigo completo do autor disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>

<sup>11</sup> NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015) <https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>

### **2.2.1 A aplicação do caput do art. 22 e o (perigoso) controle do mérito administrativo**

É imperioso destacar que, muito embora se reconheça o esforço do legislador em impor uma aproximação entre o administrador público, o Poder Judiciário e os órgãos de controle, a redação do caput do artigo 22 traz um perigo em suas entrelinhas: a positivação da possibilidade da realização do controle sobre o mérito administrativo, ou seja, da própria discricionariedade.

Dentro do desenho natural do que espera para o Estado Democrático de Direito, o ato administrativo, quando objeto de avaliação pelo Poder Judiciário ou órgão de controle externo, só terá como requisito avaliado, a legalidade na sua edição. Essa é a concepção natural do controle.

O novo dispositivo, contudo, dispõe que na interpretação de normas sobre gestão pública o julgador ou controlador considere “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, devendo ser avaliado as circunstâncias práticas que houver imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, que, dentro de uma perspectiva administrativista, pode consubstanciar-se em análise do próprio mérito administrativo.

Inaugura-se, além de novo parâmetro de análise da validade que até então estava fora de apreciação nas esferas do controle externo ou judicial, um perigo iminente de que se admitia completa ingerência destes atores na discricionariedade administrativa, ao argumento de encontrar amparo legal para a valoração do administrador, dado que o dispositivo tem o condão de ampliar os limites do controle sobre o ato administrativo.

A partir desta constatação, reforçamos nosso entendimento que a discricionariedade administrativa e a análise do próprio mérito administrativo é poder exclusivo de quem praticou a conduta, não cabendo ao controle externo ou ao Poder Judiciário realizar controle de mérito, ainda que o artigo aqui analisado estenda os critérios para a análise do ato administrativo.

A interpretação sobre “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, bem como “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, do

artigo 22, não pode confundir-se com permissibilidade legislativa para análise do mérito por via reflexa da legalidade.

### 2.3 O artigo 30 e normatização interna

Confirmando a intenção do legislador em dotar a Administração Pública de mais segurança jurídica, afastando o controle da discricionariedade na edição de atos administrativos, o artigo 30<sup>12</sup> da Lei em comento previu a possibilidade de edição de regulamentos ou súmulas administrativas que determinem uma interpretação específica, diminuindo a insegurança jurídica dos gestores e afastando o controle externo em assuntos que são *interna corporis* da Administração.

Para Moreira e Pereira (2018), o artigo em apreço

[...] diz respeito ao *dever de instauração da segurança jurídica* por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa. Dever público normativamente atribuído, de modo imediato, primário e vinculante, pela própria LINDB, a todas as autoridades públicas que profiram decisões e manejem casos de Direito Público.

A prática de seguir precedentes que norteia a interpretação do artigo 30 apresenta-se como princípio central no processo de tomada de decisão, que tem por objetivo a tutela dos valores da racionalidade, da imparcialidade, da igualdade formal, no momento da reconstrução da decisão e, conseqüentemente, em harmonia com os artigos 20 e 22 acima tratados, busca eliminar a alegação de utilização reiterada de conceitos jurídicos indeterminados ou valores jurídicos abstratos para decidir, bem como impõe, com os precedentes, controle à eventual pretensão ao controle do próprio mérito, à medida que, através da normatização interno administrativa, deriva-se a segurança jurídica e a liberdade que afastam tais ocorrências.

---

<sup>12</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Sob esta visão sistêmica, a atividade decisória assume o papel de favorecer a legitimidade do sistema democrático, ao devolver à sociedade normas jurídicas vinculantes e estáveis, pois se o Estado de Direito tem como fundamento a continuidade da ordem jurídica, a estabilidade desta previsão impõe às instituições encarregadas de fazer cumprir sua força normativa para proteger tais valores no desempenho de sua função (MOREIRA E PEREIRA, 2018).

Podemos destacar, que é relevante e necessário ao sistema a observância dos precedentes para a prática do ato administrativo, mas as previsões do artigo 30 também são imperiosas para que se evite o perigo na aplicação do artigo 22 acima exposto que, importa na possibilidade de se impor a efetiva prática de controle ao mérito administrativo, à medida que positiva a observância pelos administradores/decisores dos precedentes formados nas decisões anteriores, especialmente sobre a interpretação e aplicação das regras no caso concreto. Isso terá efeitos de minimizar, sobremaneira, quaisquer tentativas de usurpação na análise do ato administrativo a partir de questões de mérito ou de discricionariedade.

Por meio do artigo 30, torna-se patente o dever de incrementar a segurança jurídica por meio de atos regulamentares, formalizando a estabilidade e a confiança tão valiosas para o Estado de Direito.

Com efeito, celebra-se e impõe-se uma Administração Pública autovinculante, em verdadeira proibição ao *venire contra factum proprium*, de como que se qualifica e legitima às decisões da própria Administração (MOREIRA E PEREIRA, 2018).

## CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa enquanto poder jurídico (dada sua limitação à legalidade) foi sofrendo alterações e evoluções ao longo da concretização do Estado Democrático de Direito por razões que envolvem a elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes, pelo nascimento e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados ou valores jurídicos abstratos, pela interferência do Poder

Judiciário nas políticas públicas, e pelo exercício do controle fortemente inclinado aos atos de gestão, de maneira que houve a ampliação do controle externo sobre os atos da Administração Pública, especialmente pelo Poder Judiciário, que passou a examinar aspectos que antes eram vistos como integrantes do mérito administrativo e, por esta razão, de competência do administrador quando da tomada de decisão, após valoração, no caso concreto.

Dentro desse cenário, e com o aumento crescente da análise, pelo Poder Judiciário, de assuntos intrínsecos à realidade da Administração, inclusive emitindo juízo de valor sobre as ações e especialmente as omissões dos gestores, editou-se a Lei n.º 13.655/2018, impondo, nos pontos aqui analisados uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, por meio do estabelecimento de novos parâmetros interpretativos para os decisores no âmbito do Direito Público.

A Lei reflete a necessidade de se conferir maior segurança para a atuação dos gestores, bem como afastar que o controle, seja externo ou judicial, se invista na qualidade de administrador, tomando decisões e se imbuindo na missão de administrar, em total descompasso com a independência funcional.

Destarte, embora se reconheça o inegável avanço na proteção do administrador e na inauguração de uma nova sistemática hermenêutica para o Direito Público, devemos alertar, que, não obstante a segurança jurídica almejada pelo artigo 20 e a normatização interna do artigo 30, estes artigos devem estar em constante observância e harmonia, para que o artigo 22 não seja usado, ao argumento da permissibilidade do dispositivo, que se adentre, de maneira indevida, na análise do mérito administrativo.

Com certeza, esse fim não foi o perseguido pelo legislador e devemos estar atentos para que não ocorra, sob pena de se acabar em definitivo com a função administrativa do Estado e da própria atividade administrativa, e, em consequência, com o próprio princípio da separação de poderes, chegando-se próximo do chamado governo dos juízes.

Deve ser reconhecido, portanto, o intuito da legislação em impor condutas a serem observadas pelo administrador, em prol de sua segurança da Administração e dos administrados, como forma de regular a discricionariedade na edição do ato administrativo, mas não apenas como um fim em si mesmo,

mas como forma de proteger e blindar à Administração de controle indevido sobre a discricionariedade e sobre o próprio mérito administrativo.

## Referências

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Teoria do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BALBÍN, Carlos F. **Manual de Derecho Administrativo**. La Ley, Buenos Aires, 2018.

CHAIB, Liana. O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo. São Paulo: LTr, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/>

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La lucha conta las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madri: Civitas, 1989.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. **Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018a. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>

\_\_\_\_\_. **Art. 22 da LINDB e as dificuldades jurídicas do gestor público**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>, 2018b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Coimbra: A. Armado, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, 1946.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Ed, 1940.

SESÍN, Domingo Juan. **El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política**. LA LEY2003-E, 1264 - LLP 2003, 01/01/2003, 1231.

TAMAYO, Gustavo E Silva. **Algunas breves reflexiones em torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial**. El Derecho Administrativo, Vol. 2016, págs 518-535.