

O controle judicial da discricionariedade administrativa na jurisdição constitucional

Judicial Review of Administrative Discretion in Constitutional Jurisdiction

Gilmar Ferreira Mendes¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasil)
gabinetegilmarmendes@stf.jus.br

Pietro Cardia Lorenzoni²

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasil)
pietro@cardiaadvogadosassociados.com

Resumo

Dada a complexidade da discricionariedade administrativa no contexto do Direito brasileiro e a necessidade de explorar sua evolução histórica, seu enquadramento constitucional contemporâneo e suas implicações na jurisdição constitucional, este artigo pretende elaborar uma reconstrução dos elementos do conceito levando em conta o atual estágio do Estado regulador e a jurisprudência constitucional. O problema central reside na compreensão e na interpretação dessa discricionariedade em um cenário jurídico dinâmico e intimamente dependente da criação de norma pela Administração Pública. O objetivo principal, portanto, é propor uma base para o entendimento da discricionariedade administrativa, abordando-a em dois aspectos: a) sua evolução histórica sob a influência da Constituição Federal de 1988 e sua relação com os princípios constitucionais e b) as possibilidades de controle judicial. Para tanto, adota-se a postura metodológica da filosofia-hermenêutica. Os resultados obtidos com este estudo destacam a reinterpretação da discricionariedade administrativa no

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), SGAS II St. de Grandes Áreas Sul 607 - Asa Sul, 70200-670, Brasília - DF, Brasil.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Professor de Processo Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), SGAS II St. de Grandes Áreas Sul 607 - Asa Sul, 70200-670, Brasília - DF, Brasil.

contexto do Estado regulador brasileiro, especialmente na dimensão normativa, e sua relação intrínseca com os princípios constitucionais, bem como os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo brasileiro na sua aplicação. Além disso, os precedentes analisados do Supremo Tribunal Federal demonstram um escopo ampliado de controle jurisdicional da Administração, enfatizando o respeito à supremacia constitucional.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa; Hermenêutica; Teoria da Decisão Judicial; Constitucionalismo Pós-moderno; Crítica Hermenêutica do Direito.

Abstract

Considering the complexity of administrative discretion in the context of Brazilian law, as well as the need to explore its historical evolution, contemporary constitutional framework, and implications for constitutional jurisdiction, this article provides an in-depth analysis of this subject, accordingly to the constitutional jurisprudence. The central problem lies in the understanding and interpreting this discretion in a dynamic legal landscape. The main objective of this study is to establish a foundation for comprehending administrative discretion, addressing it in two dimensions: its historical evolution under the influence of the 1988 Federal Constitution, and its relationship with constitutional principles, while also exploring the possibilities of judicial control. To achieve this, we adopt the hermeneutic-phenomenological method as our research methodology, enabling a contextualized and in-depth analysis of the subject. The results obtained throughout this study highlight the transformation of administrative discretion in the context of the Brazilian Regulatory State, particularly in the normative dimension, and its intrinsic relationship with constitutional principles. Additionally, the analyzed precedents from the Supreme Federal Court demonstrate an extended scope of judicial control over the Administration, emphasizing the respect for constitutional supremacy.

Keywords: Administrative Discretion; Interpretation; Judicial Decision Theory; Post-modern Constitutionalism; Hermeneutic Critique of Law Theory.

Introdução

A estrutura deste artigo científico segue uma abordagem organizada, refletida em seus capítulos, com o objetivo principal de explorar a temática da discricionariedade administrativa no contexto do Direito brasileiro. O problema de pesquisa envolve a necessidade de se contrapor o conceito de discricionariedade administrativa, tradicionalmente pensado a partir do exercício clássico da função de natureza executivo-administrativa, com a expansão e a consolidação do papel normativo do Estado regulador brasileiro.

O tópico 2 dedica-se a um breve exame da evolução do conceito, dividindo-o em três seções distintas, que perpassam pela análise conceitual dos momentos prévio e posterior à

promulgação da Constituição Federal de 1988, e, ainda, pelo período atual. Na primeira seção (2.1), examina-se o cenário do Direito Administrativo brasileiro sob a tradição dos momentos anterior e ulterior da vigência da Constituição de 1988, destacando-se a sua influência na compreensão da discricionariedade administrativa e nas potencialidades de controle judicial. Sob a égide da Constituição, utilizam-se como marco os anos de 1988 a 2006. A segunda seção (2.2) explora o Direito Administrativo Constitucional brasileiro contemporâneo, observando-se a discricionariedade à luz do contexto atual e das mudanças na interpretação ao longo do tempo. Para tanto, consideram-se os anos de 2007 e seguintes³. Já a terceira seção (2.3) expõe um assentamento hermenêutico da discricionariedade administrativa. Por assentamento hermenêutico, propõe-se um conceito interpretativo de discricionariedade administrativa que esteja em conformidade com a tradição do constitucionalismo brasileiro, especialmente com critérios claros e intersubjetivos que possibilitem a discussão, controle e crítica do processo interpretativo relevante para a jurisdição.

No tópico 3, foca-se na jurisdição constitucional e sua relação intrínseca com a discricionariedade administrativa. O tópico está subdividido em duas seções. Na primeira (3.1), realiza-se um recorte específico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a discricionariedade na regulação. Aqui, decisões recentes da Suprema Corte sobre o assunto são analisadas, proporcionando visão atualizada do tema. A segunda seção (3.2) aborda os princípios constitucionais de moralidade administrativa e uma proposta de criteriologia para o exercício da discricionariedade administrativa. Explora-se a influência desses princípios na interpretação e na aplicação da discricionariedade administrativa, destacando-se sua importância no contexto jurídico brasileiro e sua relação com a jurisdição constitucional.

Essa estruturação metodológica permite uma abordagem sistemática da matéria em questão, fornecendo uma proposta para a compreensão da discricionariedade administrativa no contexto do Direito brasileiro. Ao longo deste estudo, discutem-se dificuldades e desafios enfrentados pela doutrina de Direito Administrativo brasileiro na compreensão de questões relacionadas à interpretação judicial e ao controle jurisdicional da atividade administrativa.

A metodologia de pesquisa adotada é o método hermenêutico-fenomenológico, no qual a investigação revolve o “chão linguístico” em que se assentam os conceitos, interpretando-os em face dos problemas contemporâneos e mantendo juízo autêntico de interpretação (Streck, 2020b, p. 241). O chão linguístico refere-se à tradição e ao significado público do

³ Para a definição dos dois períodos, foram combinados dois critérios. Primeiro, Paixão, em tese de doutorado que analisa o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal de 1891 a 2003, identifica que o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva marca uma mudança no perfil de nomeação de ministros da Suprema Corte (Paixão, 2007). Na essência, Paixão classifica esse novo perfil como mais acadêmico, menos vinculado à classe política tradicional e mais propenso a inovações na jurisprudência a partir do constitucionalismo contemporâneo, ou, nas palavras de Paixão, do neoconstitucionalismo (para uma crítica à expressão “neoconstitucionalismo”, vide Lenio Luiz Streck (2020a). Como é natural no processo político, a mudança do perfil de nomeação não provoca alterações imediatas, uma vez que elas demandam tempo para ficarem claras. Sugerimos o marco de 2007, porque é o ano do segundo mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva com uma composição majoritária da Suprema Corte indicada por ele. Os marcos temporais sugeridos não têm pretensão absoluta. Na realidade, é justamente o contrário. Os períodos foram propostos com o objetivo de sistematizar didaticamente um desenvolvimento conceitual que foi lento, gradual e não linear. Contudo, entendemos que há benefícios em estabelecer critérios e marcos temporais claros, mesmo reconhecendo suas falhas. Os principais casos examinados neste trabalho como indicativos do segundo período são respectivamente de 2018, 2019 e 2022.

conceito investigado, que demanda revolvimento para propor novas luzes na sua interpretação. De forma direta, isso significa investigar o conceito com especial atenção à tradição tanto do instituto como da sua coerência para o constitucionalismo brasileiro, buscando propostas que agregam racionalidade intersubjetiva e que sejam adequadas para realidade nacional. Na conclusão, uma proposta de separação conceitual é feita, assim como alguns critérios são sugeridos enquanto elementos de controle do exercício da função normativa da Administração Pública.

A discricionariedade administrativa no Direito brasileiro

(a) A discricionariedade administrativa refletida a partir da Constituição Federal de 1988

Este tópico enfrenta a evolução da discricionariedade administrativa brasileira e as possibilidades de controle judicial sobre o ato resultante dessa prerrogativa. Para tanto, exploram-se conceitos de tradicionais professores da doutrina do Direito Administrativo brasileiro, contextualizados em diferentes momentos da história constitucional brasileira⁴. Com isso, objetiva-se desvelar os alicerces e os limites da discricionariedade administrativa. Para tal finalidade, dois períodos são analisados: de 1988 a 2006 e de 2007 a 2025. Ainda, atenta-se à relação entre esse atributo e o exercício de competências regulatórias normativas.

Não é inédito dizer que o Estado de Direito, por deter o monopólio da força e da violência, deva conter-se, de forma a limitar o uso do poder que lhe foi conferido. Por isso, obedecer às suas próprias leis e primar pela liberdade e pela dignidade do cidadão são deveres óbvios de governo. O princípio da legalidade é uma das normas centrais dessa limitação, porque é ele que restringe a atuação da Administração Pública àquilo que é expressamente permitido pela legislação. Assim, conforme a compreensão administrativista clássica, o ordenamento impõe ao administrador uma proibição geral e uma permissividade estrita à lei. Isso se dá ao revés do paradigma que se aplica ao particular, qual seja, a permissividade geral e a proibição estrita. Destarte, o princípio da legalidade proíbe o administrador de praticar qualquer ato que não tenha sido previamente estipulado pelo legislador.

A tradição brasileira, relacionada com a prática e a compreensão do papel do Poder Judiciário na revisão de atos administrativos, é de relevante interesse para a presente reconstrução. Consoante descreve Nunes Leal (1997)⁵, é da tradição brasileira anterior à

⁴ Tivemos o cuidado de utilizar livros publicados dentro do marco temporal proposto, escolhendo aqueles que melhor representavam a sua inserção histórica no período sugerido. Todos os livros tiveram atualizações relevantes e novas edições publicadas. Com efeito, absolutamente não compreendemos os professores citados nestas seções como “ultrapassados”. O objetivo foi outro, qual seja: demonstrar o pensamento da doutrina de Direito Administrativo brasileiro na época.

⁵ Trata-se de artigo escrito em 1948, no qual o autor defende a possibilidade de o Poder Judiciário exercer a fiscalização de flagrantes desvios de finalidade em atos administrativos vinculados sob a égide da Constituição Federal de 1946. Ponto sintomático para os dias de hoje é o fato de essa forma de controle ser contraintuitiva na época e exceção na jurisprudência. Os dilemas do controle jurisdicional de ato administrativo no Brasil moderno estão representados pela Apelação Cível nº 1.422, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Eis a síntese do caso concreto, em transcrição que respeita a grafia de português da época: “A Empresa de Transporte Potiguar Ltda. requereu mandado de segurança contra a Inspeção Estadual de Trânsito para que lhe seja assegurado o direito de fazer tráfegar os seus veículos sem qualquer restrição prejudicial aos seus interesses, não só entre esta Capital e as cidades de Macaíba e São José de Mipibú, como, aliás, entre aquelas e, também desta

Constituição Cidadã reconhecer uma ampla esfera de atuação discricionária da Administração Pública, segundo uma noção tímida de excesso de poder⁶. Comparando as potencialidades da discricionariedade administrativa brasileira com a francesa e a americana, o autor afirma que o conceito pátrio de discricionariedade anterior à Carta de 1988 exclui a amplitude do “desvio de poder” dos franceses assim como define limites mais estreitos à apreciação judicial brasileira que a “revisão judicial” dos norte-americanos.

Antes do sistema constitucional vigente, a tradição brasileira nunca admitira que o Poder Judiciário pudesse descer a certas indagações para verificar se, entre duas ou mais possibilidades legais de solução, foi menos acertada a escolhida pela Administração Pública (Leal, 1997, p. 324). Sempre que a discussão girara em torno de conveniência ou oportunidade, mesmo que controvertida, a Administração brasileira moveu-se com plena liberdade, imune à intromissão do Judiciário (Leal, 1997, p. 325).

Tal ponto fortalece-se com o período da Ditadura Militar. Afinal, medidas do governo de exceção iniciado em 1964 aumentaram o poder do Executivo e fragilizaram os mecanismos de controle aos quais ele estava submetido, inclusive excluindo amplamente atos administrativos do controle jurisdicional. Exemplo maior da segunda questão foi a limitação da revisão judicial ao exame das formalidades extrínsecas e a supressão completa da apreciação pelo Judiciário dos atos de suspensão de direitos políticos, conforme Ato Institucional (AI) nº 1. Tal aspecto foi reforçado pelo art. 19 do AI nº 2 e pelo art. 11 do AI nº 5 (Streck, 2018, p. 142). Essas condutas fundamentam o seguinte argumento: no tema controle judicial da discricionariedade administrativa, a tradição brasileira é de frágeis controles judiciais, ou seja, em que pese às previsões constitucionais do princípio da legalidade, a Administração Pública sempre se desenvolveu com largas margens de atuação, mesmo em casos que envolviam violações de direitos fundamentais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Administrativo brasileiro passa por relevante constitucionalização. Nessa senda, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento dos objetivos assinados na ordenação normativa constitucional (Mello, 2007). Daí se compreende que o princípio da legalidade não comporta o cumprimento meramente formal e burocrático das leis, mas sim a realização substancial da finalidade do ordenamento. Nessa linha, Mello (2007, p. 988) delimita que:

O princípio da legalidade – como é claro a todas as luzes – não se impõe e nem se propõe a ser um mero instrumento de organização burocrática do aparelhamento administrativo do Estado para delinear os contornos de suas unidades internas e desenhar seus correlatos meios de atuação. O que deveras se pretendeu e se pretende com tal princípio, como é óbvio, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social *uma proteção e uma garantia*.

mesma capital para todo o Estado, solicitando citação da autoridade coatora [...]. Em sua inicial, discute sobre horários de viagens de seus ônibus e da proibição a respeito da qual requereu a medida”. O caso foi julgado procedente pelo Tribunal local. A relação com os dilemas do controle judicial dos atos administrativos é colocada em evidência nesse caso concreto, uma vez que se reconhece – tanto no artigo de 1948 como no processo – que a jurisprudência da época resistia à análise de mérito do ato administrativo, mesmo que em violação a direitos fundamentais. A discussão bem proposta na ação e aceita pelo TJ, então, funciona como marco relevante em assentar a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo em casos de violação de direitos, reinterpretando os limites da discricionariedade administrativa.

⁶ Outros autores históricos fazem coro a Victor Nunes Leal como, por exemplo, Hambloch (2000) e Roure (2016).

Esse princípio outorga a certeza de que quaisquer limitações, prejuízos ou ônus postos pelo administrador sobre os cidadãos somente procederão se estiverem expressamente autorizados em lei. Desse modo, a legalidade se presta a resguardar as pessoas contra os males que lhes adviriam se inexistissem limitações à Administração. Ao fim e ao cabo, essa norma se evidencia como instrumento de proteção das liberdades individuais, que provê certeza e previsibilidade para a relação entre o administrador e o administrado.

Contudo, conquanto indispensável para a configuração do Estado de Direito, a vinculação à legalidade não propicia, por si só, situação jurídica suficiente para o melhor cumprimento do interesse público (Leal, 1948). Isso, porque diante de uma realidade mutável e variável, predefinições normativas estanques levariam a que as providências por elas impostas conduzissem a resultados indesejáveis. É necessário que exista alguma autonomia administrativa no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal. Tal ponto é especialmente pertinente no exercício de atividades tipicamente de regulação da atividade econômica em sentido lato, porquanto a atribuição de competência de regular e supervisionar frequentemente traz espaços relevantes de discricionariedade como, por exemplo, na regulação do ensino superior, da vigilância sanitária ou das telecomunicações.

A necessidade da discricionariedade administrativa é evidente, visto que é impossível que o legislador catalogue todos os atos que a prática administrativa exige (Meirelles, 2007, p. 141). Sempre existirão situações cujas especificidades fáticas não estão abarcadas pela lei. Todavia, isso não significa que essas devem carecer de solução jurídica acertada e alinhada à concretização do interesse público. Essa é a conjuntura que dá ensejo à discricionariedade administrativa.

Sob o racional tradicional, o Direito concede à Administração o poder de praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Meirelles, 2007). O uso desse poder discricionário se faz necessário quando a finalidade da lei depende de exame com maior margem decisória do administrador, isto é, quando a melhor solução jurídica possível estiver condicionada a sua escolha. A disciplina legal cria “certa esfera de liberdade”, e o administrador deve preenchê-la com seu juízo subjetivo para satisfazer, no caso concreto, o seu objetivo.

Essencialmente, o poder discricionário é conferido ao administrador pela lei, com vistas à correta adequação do Direito ao mundo fático, mediante a extração da solução jurídica que melhor se adéque à finalidade legal. Embora existam vozes na doutrina administrativista clássica – especialmente sob a égide da Carta de 1967 – que tenham preconizado, com larga aceitação judicial, a impossibilidade de revisão dos atos decorrentes da ação administrativa discricionária, essa noção foi amplamente superada após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a existência de limites jurídicos à discricionariedade como sucintamente exposto acima. Nesse sentido, essa liberdade administrativa não é absoluta, uma vez que seu exercício ainda está condicionado ao princípio da legalidade.

No atual estágio, percebe-se elevado incremento de complexidade relacionada com a discricionariedade, porquanto esta não é compreendida apenas com base nos conceitos de oportunidade e conveniência. No estágio contemporâneo, percebe-se a existência de uma

margem normativa técnica, legitimada pelo Estado regulador, que impõe aos órgãos da Administração Pública o dever de também criar normas que regulem relações econômicas e sociais complexas.

Sobre as suas fontes, Meirelles (2007)⁷ expõe que “conceitos indeterminados” ou “imprecisos” não são suficientes para conferir discricionariedade ao administrador, e, portanto, é necessário que o legislador o faça, expressamente. Nessa linha, defende que essa autorização legislativa subordina o exercício da liberdade administrativa a um mínimo legal, consistente na estrita observância da competência, da forma, da finalidade e dos princípios do regime jurídico administrativo. Nesse racional, o ato administrativo em relação ao qual a lei confere discricionariedade, para ser legítimo – adstrito à legalidade –, deve ser exarado pelo agente público competente, mediante a sua forma inerente e com vistas ao atingimento do fim almejado pela lei. Nesse sentido, comumente a doutrina tradicional afirma a relevância da liberdade de ação do agente público para, de modo legítimo e a partir de sua conveniência e oportunidade analisar e optar pela melhor solução dentre várias alternativas (Meirelles, 2007, pp. 135-137)⁸. Esses critérios que permitem à Administração escolher a melhor opção dentro de um espaço decisório legítimo são chamados de *mérito administrativo*, que é um conceito indeterminado aplicado “toda vez que a Administração decidir ou atuar valorizando internamente as consequências ou vantagens do ato”. (Meirelles, 2007, p. 137). Nesse sentido,

[...] a margem de decisão administrativa funciona como “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentro de pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Contudo, a ausência de qualquer dos aspectos de conformação culmina na ilegitimidade do ato (Mello, 1996, p. 46):

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto.

Destarte, o princípio da legalidade enquadra a discricionariedade administrativa sob uma moldura que limita o juízo do agente público àquilo que o legislador definiu como necessário para o atingimento do objetivo da lei e do bem comum. Assim, quando o poder de escolha exorbita dessa moldura ou – na visão de Hely Meirelles – desrespeita o mínimo legal, ultrapassam-se os seus limites, o que resulta em ilegal arbitrariedade.

A liberdade de atuação administrativa, assim como todo e qualquer fenômeno que envolva a Administração Pública, deve ser guiada pelo bem comum, “identificado com o

⁷ O mesmo é encontrado em autores como Celso Antônio Bandeira de Mello entre outros.

⁸ O mesmo racional está em Mello (1996) e em Di Pietro (2022).

interesse social ou interesse coletivo” – também conceitos indeterminados. Dessa forma, se o administrador desviar desse roteiro, pratica ato administrativo violador do aspecto finalidade do mínimo legal, o que representaria desvio de finalidade, uso deturpado do poder para se atingir fim não almejado pela lei. Por conseguinte, subverter-se-ia sua razão de ser.

Ao fim e ao cabo, a arbitrariedade é a extrapolação dos limites impostos pela legalidade ao exercício do poder discricionário, o que também representa a ilegitimidade da atuação estatal. Atuação essa que, por segurança, é limitada, em favor da autocontenção do Estado perante o particular.

Como mencionado anteriormente, o princípio da legalidade presta-se a garantir aos particulares que a Administração Pública somente limitará seus direitos se houver previsão legal. Assim, a arbitrariedade revela-se uma falha nessa garantia, ou seja, um cerceamento imposto ao administrado, mas não definido pela legalidade nem concretizado dentro dos limites da discricionariedade administrativa. Assim, por engendrar lesões injustificadas e ilegais sobre os particulares, as arbitrariedades despertam o interesse da jurisdição.

Isso é assim porque, segundo Mello (2007):

o Poder Judiciário [...] controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso. Diz o art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira que “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Considerando o argumento inicial de que, historicamente e especialmente antes da Constituição Cidadã, a tradição brasileira apresenta frágeis controles judiciais à discricionariedade administrativa mesmo em contraposição à violação de direitos fundamentais, a compreensão administrativista durante as primeiras décadas da Constituição de 1988 apresenta claro progresso, assentando a constitucionalização do Direito Administrativo e, com isso, do próprio conceito de discricionariedade. Nessa senda, as possibilidades de controle jurisdicional encontrariam limites no princípio da separação de poderes e na análise do mérito administrativo – especialmente vinculado aos critérios de oportunidade e conveniência utilizados dentro da liberdade de atuação administrativa. Com efeito, assentam-se parâmetros mais claros de controle judicial. Contudo, os critérios de oportunidade e conveniência tendem a continuar livremente dispostos pelos agentes públicos.

(b) Adaptações ao conceito da discricionariedade administrativa no Direito Administrativo brasileiro contemporâneo

Nesta seção, analisar-se-á a prerrogativa decisória da Administração Pública sob o paradigma constitucional contemporâneo. Pontos interessantes de desenvolvimento da doutrina do Direito Administrativo, especialmente nos anos de 2007 a 2025, são o refinamento das situações de discricionariedade administrativa, a ampliação da compreensão dos limites jurídicos à faculdade administrativa e, com isso, o aumento das potencialidades de

controle jurídico.

Nesse sentido (Krell, 2013, p. 172):

A reserva de lei formal não se aplica com a mesma intensidade às ‘atividades de programação’ e de desenho institucional do poder estatal, e passa por uma ‘redefinição dos seus domínios’, transformando-se, em determinadas áreas, em uma reserva de lei material que permite a normatização de certos assuntos por regras de cunho administrativo, as quais, porém, podem apenas desonerar as leis formais de detalhes técnico-específicos, mas nunca substituí-las.

Por exemplo, se anteriormente a discricionariedade administrativa estava intimamente vinculada à previsão em lei formal expressa e clara, hoje mais fontes jurídicas autorizam-na. Nesse sentido, Di Pietro (2022, p. 223) afirma que ela existe a) quando a lei expressamente a confere à Administração; b) quando a lei é omissa, porque não é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação – situação na qual a decisão de acordo com os princípios jurídicos adquire especial importância; e c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada, como é o caso do poder de polícia.

Nota-se que o racional continua o mesmo, ou seja, a discricionariedade administrativa tem por fonte uma norma do ordenamento jurídico. Contudo, as normas que a autorizam foram alargadas. De forma quicá contraintuitiva, porém, o alargamento das fontes jurídicas autorizadoras da discricionariedade administrativa implica controles jurídicos mais rígidos à Administração Pública, porque as possibilidades de controle aumentaram. Com efeito, o controle jurisdicional de atos administrativos mudou consideravelmente. Isso ocorreu tanto em razão da consolidação teórica como aplicação prática de um maior número de teorias e amarras ao agente público com o objetivo de aperfeiçoar a governança pública e a concretização de princípios constitucionais (como a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de finalidade, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a própria constitucionalização dos princípios administrativos (Di Pietro, 2022, p. 226) – que se somam aos critérios de controle já vistos) como também ao próprio aperfeiçoamento legislativo da matéria. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB) é expressa sobre o ônus argumentativo das decisões para os agentes públicos em suas tomadas de decisão, como ilustram os artigos 20 e 21, segundo os quais: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e “A decisão [...] deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”⁹. Isso desvela que a discricionariedade é uma autonomia limitada ao administrador, especialmente quando há dever específico de fundamentação.

O controle judicial dos atos discricionários precisa respeitar, por óbvio, a esfera legítima de decisão do gestor público nos limites em que esse espaço é assegurado à Administração Pública pelo ordenamento jurídico. O Poder Judiciário não poderá invadir as margens

⁹ Vide: BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. *Diário Oficial*. Os artigos 19 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

reservadas à discricionariedade, substituindo-a por seus próprios critérios de escolha, quando a opção é feita dentro do devido espaço com base em razões de oportunidade e conveniência públicas.

Na essência, o Poder Judiciário poderá apreciar aspectos de legalidade e verificar se a Administração Pública não ultrapassou os limites do ato administrativo discricionário. Caso se verifique a violação, o Judiciário deverá invalidar o ato.

Nessa análise, especialmente em instâncias de controle, uma interpretação consciente, que considere o exercício concreto da discricionariedade, é necessária, visto que a avaliação dos processos decisórios administrativos deve levar em conta a adequação objetiva com consideração pelo cenário e circunstâncias perante os quais se encontrava o agente público (Justen Filho, 2023). Com efeito, não é cabível ignorar as limitações e as influências às quais o agente administrativo estava condicionado no momento. Da mesma forma, não se pode realizar um juízo retrospectivo, por exemplo, reputando inválido ato com base em informações ou fatos posteriores.

Por fim, importante pontuar que a decisão dentro da discricionariedade administrativa é atividade interpretativa. Invariavelmente, interpreta-se o sentido da disposição normativa, do caso concreto e do espaço legítimo de decisão. A interpretação não se resume às noções imprecisas ou aos atos vinculados (Di Pietro, 2022), mas extrapola para o exercício da própria discricionariedade. Ademais, a interpretação e a fundamentação dos atos administrativos discricionários são passíveis de controle jurisdicional para a compreensão tanto do respeito ao espaço de decisão como da utilização de pré-juízos autênticos. Estes últimos são compreendidos como os pressupostos do intérprete que guiam o processo interpretativo do texto jurídico, especialmente numa análise de autenticidade, ou seja, se são pressupostos adequados ou inadequados para a interpretação do Direito brasileiro.

Com base no exposto, percebe-se que a tradição brasileira anterior a 1988 confere ampla margem de discricionariedade à Administração Pública, com diminuto espaço de controle jurisdicional do ato administrativo. Sob a aurora da Carta Cidadã, a doutrina de Direito Administrativo precisou enfrentar a resistência – especialmente presente durante a Ditadura Militar – ao controle jurisdicional de atos administrativos discricionários da Administração Pública. Com isso, o conceito primário de discricionariedade, já em conformidade com o paradigma constitucional de 1988, vinculava a liberdade de atuação administrativa à lei formal, expressa e clara. Na contemporaneidade, entretanto, a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro invadiu os horizontes do Direito Administrativo tradicional, ampliando a compreensão das fontes, limites e critérios de controle para o exercício da liberdade de atuação administrativa. Lenio Streck (2014) demonstra, de forma aprofundada, como essa transformação ocorreu a partir de mudanças na compreensão das teorias das fontes e dos conceitos de princípios jurídicos.

Paralelamente a esse movimento, iniciou-se também a estruturação do Estado regulador brasileiro, sobretudo a partir da década de 90, quando se passou a dar ênfase à função normativa, com o fim de regular as relações econômicas e sociais complexas decorrentes da descentralização da criação normativa. Esse processo ocorreu, principalmente, com a desestatização de serviços públicos relevantes como energia, tecnologia e combustíveis,

criação de modelos regulatórios via Poder Legislativo e delegação de competência normativa para órgãos regulatórios da Administração Pública com preponderância do racional técnico no lugar do racional político¹⁰. Esse movimento também é invadido pela constitucionalização do Direito Administrativo – da mesma forma que a discricionariedade administrativa clássica. Contudo, dada a natureza complexa da regulação, essa discricionariedade normativa própria do Estado regulador carece de jurisprudência e doutrina nacionais próprias e consolidadas sobre o tema, quando comparada com a discricionariedade administrativa “clássica”.

Mesmo assim, amplia-se o âmbito de controle jurisdicional da Administração conferido pelo sistema constitucional, analisando-se o mérito dos atos administrativos e do exercício da discricionariedade, exigindo-se respeito à supremacia constitucional com notável destaque aos princípios constitucionais. Nesse sentido, comum é a distinção entre o exercício legítimo da discricionariedade e eventuais arbitrariedades seja por violação de critérios de legalidade estrita como por afronta a princípios constitucionais aplicados ao caso concreto.

Se a tradição brasileira historicamente apresentou largas margens de decisão da Administração Pública sem controles judiciais, o paradigma contemporâneo impõe limites à discricionariedade não só em função do princípio da legalidade e sua reserva mínima, mas da própria teia de princípios e regras constitucionais do ordenamento jurídico, razão pela qual autores atuais sugerem a substituição da denominação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade¹¹. Este resultaria da revisão da legalidade pelos demais princípios constitucionais.

(c) O necessário esclarecimento sobre o assentamento hermenêutico da discricionariedade administrativa

Faz-se especialmente relevante assentar de forma hermenêutica os conceitos e os critérios básicos da discricionariedade tanto administrativa como normativa e das potencialidades da revisão judicial, com base na dogmática própria do Direito Administrativo brasileiro já exposta. Afinal, ainda hoje, a doutrina brasileira enfrenta tensionamentos na compreensão comum de questões como possibilidades da interpretação judicial e do controle

¹⁰ O conteúdo disponível à função normativa das agências tem sido delimitado pelos mesmos dispositivos que preveem as competências dessas entidades. Cada marco legislativo trouxe um rol das situações de exploração econômica sujeitas às ingerências administrativa (e.g. a promoção de licitações, a celebração de contratos e a fiscalização dos delegatários) e regulamentadora. Cláusulas gerais foram o instrumento escolhido para veicular as temáticas passíveis de elaboração normativa. E, dentro do que se espera acerca de normatização secundária, seus objetivos deveriam ser o de detalhar os direitos e as obrigações dos agentes econômicos e o de esclarecer especificações técnicas. Caberia às agências reguladoras intervir em algumas searas, exemplificadas a seguir, sem a pretensão de esgotar os assuntos. Competiria a elas dispor sobre a capacidade produtiva dos *players*, a exemplo de uma exigência de tecnologia. Compete-lhes a adequação dos serviços públicos delegados, como é o caso das obrigações de atendimento a uma fração ideal de usuários (v.g. linha de transporte, área de cobertura dos serviços em rede). E, quando a agência reguladora possuir o poder-dever de fiscalizar mercados sob o interesse público legalmente qualificado, compete-lhe regulamentar a qualidade dos bens e/ou serviços disponíveis aos consumidores (v.g. competências da ANVISA sobre a importação e a comercialização de medicamentos).

¹¹ Vide: “A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos” (Binenbojm, 2014, p. 220).

jurisdicional da atividade administrativa.

Comumente, o debate público e a própria dogmática jurídica apresentam conceitos confusos sobre ativismo judicial, jurisdição contemporânea e interpretação. Tudo isso a demonstrar a relevância – assim como a carência geral – de aprofundar o estudo da Teoria da Decisão Judicial e da Hermenêutica Jurídica. Nesse contexto, o papel da doutrina de desvelar a criteriologia necessária para a interpretação judicial autêntica não pode ser minimizado.

Com efeito, é essencial diferenciar conceitualmente o ativismo e a jurisdição contemporânea. Aqui, a interpretação autêntica é entendida com fundamento no paradigma hermenêutico, ou seja, a interpretação judicial do magistrado deve estar dentro do paradigma constitucional e da tradição democrática (Lorenzoni, 2023). Por transparência, entende-se o paradigma hermenêutico a partir da Crítica Hermenêutica do Direito¹². Assim, esse conceito funda-se num elevado grau de autonomia do Direito e na intersubjetividade aplicada ao Direito, por exemplo, os intérpretes do Direito devem controlar sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública. Sobre as consequências desse paradigma nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cita-se (Streck, 2022):

De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista, diminuindo-se o grau de discricionariedade do Poder Legislativo, assim como do Poder Judiciário nos denominados “casos difíceis”. De outro, parece não restarem dúvidas de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas a priori acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação.

Com efeito, defende-se um Poder Judiciário forte, independente e blindado das políticas e maiorias ocasionais. Para tanto, o Judiciário deve estar ancorado naquilo que Abboud define como moralidade constitucional (Abboud, 2021). Trata-se da necessária responsabilidade política, forte em Streck, do agente da Administração Pública ou do Judiciário que, respeitando os compromissos constitucionais e democráticos no exercício da sua atividade, interpreta a norma dentro do paradigma constitucional e não de forma subjetiva.

O ativismo judicial ilustra a interpretação não constrangida, ou seja, a interpretação solipsista. Na essência, significa que juízes não devem – nem podem – julgar conforme o seu senso de retidão (Abboud, 2022). Lenio Streck define o solipsismo como (Streck, 2020b, p. 247): “a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.”

Nessa concepção, o magistrado será ativista, por exemplo, quando julga de forma solipsista. O juiz, em face de seu poder institucional, pode dizer que uma determinada coisa é

¹² A Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria não positivista, proposta por Lenio Streck, que parte do giro ontológico linguístico e, especialmente, de Heidegger, Gadamer e Dworkin para propor uma teoria brasileira do Direito. Para maior aprofundamento, indica-se: Streck (2014) e Streck (2017).

uma outra coisa¹³. E existe a autoridade da tradição (Streck, 2020b, p. 272). Trata-se da postura subjetivista, solipsista do julgador que, equivocadamente, se sente autorizado a interpretar de modo não constrangido. Ela é concretizada na atuação do juiz em desapego à legalidade constitucional vigente, com subjetividade e solipsismos, ou seja, julgando a partir de critérios morais, políticos e religiosos próprios em sacrifício ao Direito vigente. Justamente por isso, toda forma de ativismo é ilegal/inconstitucional, visto que as decisões ativistas suplantam a Constituição Federal, os Poderes da República e as leis.

Com efeito, a ancoragem hermenêutica dos conceitos da discricionariedade administrativa e das potencialidades do controle jurisdicional dessa margem de decisão pública precisa passar pela preservação da autonomia e da autoridade do Direito assim como pelo respeito à Constituição e à legalidade democraticamente instituída.

Isso significa decidir dentro do paradigma constitucional e democrático – é o que Streck chama de resposta adequada à Constituição, ou seja, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição e não pode – sob pena de ferimento do princípio democrático – depender da consciência do juiz, do livre convencimento ou do seu solipsismo. O compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade, exige o afastamento de posturas subjetivas que pretendem corrigir o Direito pela moral individual. Em resumo, é ter consciência que a atividade judicial não depende de virtudes pessoais do juiz ou do gestor público, mas, sim, da submissão ao império do Direito e da concordância com os princípios e preceitos substantivos previstos no Direito (Nóbrega, 2021).

Resposta adequada à Constituição, também chamada de resposta correta, quer dizer ter responsabilidade política, e isso implica assumir uma obrigação não apenas “de resultado”, mas também “de meio”, o que será demonstrado na fundamentação do juiz. Em síntese (Streck, 2020b, p. 248):

o Direito não é aquilo que os juízes dizem que é. Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana). É uma questão de postura, pois, de atitude, diante de um problema jurídico (e não só moral e não só político e não só econômico). Responsabilidade de aplicar o Direito corretamente. Uma questão de princípio: garantir os direitos de quem efetivamente os possui (Streck, 2020, p. 248).

Conforme Dworkin (2001)¹⁴, uma interpretação em particular é exitosa quando consegue situar o objeto em questão em relação aos propósitos da prática interpretativa identificados como pertinentes e o apresenta à sua melhor luz. Assim, a interpretação poderia ser dividida,

¹³ Exemplo didático é frequentemente citado por Streck, qual seja: o magistrado pode “decidir” que um filé bovino é uma costela, mas só pode fazer isso nos autos de um processo judicial; já no açougue, não. Ali – no açougue – há uma tradição acerca do sentido das partes (pedaços de carne) que compõem um animal bovino.

¹⁴ Para uma boa proposta de leitura completa da obra de Dworkin, recomenda-se Mello e Motta (2017).

para fins didáticos, em três etapas. Primeiro, individualiza-se a prática; segundo, atribui-se um conjunto de propósitos ao gênero ou subgênero que sejam pertinentes; e, terceiro, identifica-se a melhor realização daquele conjunto de propósitos numa ocasião em particular.

Num norte semelhante, percebe-se um movimento legislativo lento e gradual em busca de maiores constrictões tanto à decisão judicial (Abboud, 2022) como à discricionariedade administrativa ou normativa. Exemplos desse movimento são as alterações produzidas pela Lei nº 13.655, de 2018, ao Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), a Lei nº 13.869, de 2019 (Lei do Abuso de Autoridade) e a reforma da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Não se aprofundarão a produção e as discussões do processo legislativo sobre a temática, mas o simples fato de o movimento existir reforça a preocupação com o tema da pesquisa e a necessidade de critérios compartilhados para a revisão judicial de atos administrativos.

Levando em conta as potencialidades do controle jurisdicional das decisões administrativas, fica claro que a função da jurisdição não é simplesmente substituir a Administração Pública, mas controlá-la, com base em critérios jurídicos, evitando, corrigindo ou conformando atos administrativos ilegais ou inconstitucionais. Isso significa dizer que o Judiciário não substitui a Administração Pública, mas a controla e a revisa. No exercício mais autêntico do controle jurisdicional da atividade da gestão pública, há critérios relevantes que devem guiar o exercício jurisdicional.

A jurisdição constitucional e propostas para a discricionariedade da Administração Pública

(a) O controle jurisdicional da discricionariedade num recorte de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Neste ponto, examinar-se-ão precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal que lidam justamente com a análise da discricionariedade administrativa e as possibilidades de revisão judicial. Três ações foram selecionadas para esta pesquisa inicial da jurisdição constitucional contemporânea sobre o tema, sendo elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874 (Brasil, STF, 2018), o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955 (Brasil, STF, 2019) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.148 (Brasil, STF, 2022).

A ADI nº 4.874 foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em face do art. 7º, III e XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999 e da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nº 14/2012. A ANVISA, com base nesses dispositivos, proibiu a importação e a comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco que contivessem substâncias definidas como aditivas. A CNI alegou que houve interpretação inconstitucional da lei, o que resultou na inflação do poder normativo da ANVISA, culminando na edição da RDC nº 14/2012, que impôs proibições injustificadas e incompatíveis com a ordem constitucional.

A autora argumentou que a ANVISA ultrapassou sua competência constitucional ao exercer “competência normativa primária” e que a delegação de poder normativo sem critérios claros e obrigatórios constituiu ofensa direta à Constituição. A CNI apresentou dois pedidos: no principal, solicitou interpretação restritiva do art. 7º, XV, da Lei nº 9.782/1999 para limitar a ação da ANVISA e, nos pedidos sucessivos, buscou a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da RDC nº 14/2012, por se assemelhar a ato normativo primário.

Na inicial, sustentou que a abertura textual do dispositivo atacado dera ensejo a que a ANVISA utilizasse seu poder regulamentar para proibir, em caráter genérico e abstrato, a fabricação e a comercialização de produtos e insumos submetidos à fiscalização sanitária. Na visão da entidade proponente, seria inconstitucional a interpretação da parte final do art. 7º, inciso XV, da Lei nº 9.782/99 que atribua à ANVISA competência normativa para, de forma genérica e abstrata, proscrever produtos e insumos. Em sua perspectiva, tal exegese agride a Constituição Federal, de vez que: (i) subverte o comando de impossibilidade de delegações legislativas “em branco” à Administração Pública (arts. 2º, 5º, II, 37, caput, da CRFB); e (ii) ignora que, na ordem econômica, vigora o princípio de liberdade, cuja limitação – sobretudo com viés ablativo – pressupõe a existência de lei formal (arts. 1º, IV, e 170, parágrafo único, da CRFB).

A autora, em manifesta irresignação à atribuição normativa da ANVISA, pretendia limitá-la com uma competência executiva, concreta e específica, atrelada ao poder de polícia administrativa da Agência¹⁵. A autora alegou, na essência, a inconstitucionalidade da delegação de competência de criação do Direito à Autarquia em razão da violação aos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da separação de Poderes, os quais garantem que os particulares somente terão seus direitos fundamentais afetados por decisão direta do legislador.

Os argumentos da autora na mencionada ADI são ilustrativos das dificuldades apontadas na relação entre Estado de Direito e Estado regulador, princípio da legalidade e liberdade de atuação administrativa. Percebe-se, claramente, uma disputa sobre a correta interpretação constitucional contemporânea das competências, funções e limites dessa liberdade de atuação administrativa, especialmente na sua dimensão normativa.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, conforme decisão prolatada no caso (Brasil, STF, 2018), interpreta e expõe a compreensão da jurisdição constitucional no tocante ao correto espaço de decisão administrativa no exercício da função normativa. Tal ponto demanda atualização de alguns conceitos clássicos da doutrina administrativista, exigindo aprofundamento e releitura da discricionariedade administrativa, do princípio da legalidade e do controle jurisdicional.

¹⁵ Quanto a um olhar sobre a discricionariedade como o poder de criação de normas mais responsivas à realidade, por isso individuais e concretas, destaca-se a reconstrução histórica de Binenbojm (2014, p. 210-211): “Generalizou-se uma certa visão de que o poder discricionário detido pela Administração Pública seria: (i) necessário, para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos; (ii) justificável, em face da impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os múltiplos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir; e (iii) inevitável, diante da própria dinâmica tecnológica, cambiante e imprevisível do mundo moderno, que exige uma atuação rápida e especializada dos gestores públicos”.

Na essência, o cenário ilustra pedagogicamente uma diferença conceitual relevante relacionada com a própria compreensão contemporânea da liberdade de atuação administrativa. O desenvolvimento do fenômeno da regulação, por parte da Administração Pública e, especialmente, das agências reguladoras, responde ao incremento da complexidade das relações sociais. Com isso, transforma-se a arquitetura do Estado de Direito contemporâneo, o que foi feito na dimensão do Estado regulador pelos órgãos de regulação setoriais com competência para desempenhar funções administrativas, normativas e decisórias, consoante competência legal ou constitucional atribuída. Na perspectiva da jurisdição constitucional atual, trata-se de aperfeiçoamento no qual o problema da agilidade de criação e adaptação das normas diante da velocidade da modificação das relações sociais e econômicas e dos avanços tecnológicos é solucionada pela flexibilização e descentralização do poder normativo, atribuindo-o a corpos técnicos e não políticos. Essa competência normativa, segundo voto da Min. Rosa Weber na ADI (Brasil, STF, 2018, p. 21),

não se confunde a função normativa das agências reguladoras com a função tradicionalmente exercida pela Administração de regulamentar as leis de modo a viabilizar o seu cumprimento (art. 84, IV, da Lei Maior), e nem com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF) [...] a norma regulatória [...] traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente ‘independente’, i.e. protegido contra pressões políticas).

A discricionariedade administrativa normativa encontra fonte na atribuição abstrata de competência normativa, que deve estar atrelada a disposição normativa constitucional ou legal expressa. Com efeito, “a medida da competência normativa em que são investidas as agências reguladoras será aquela perfeitamente especificada nas leis” (Brasil, STF, 2018, p. 23), o que gera uma exigência e primazia da legalidade enquanto própria fonte da função normativa dos órgãos de regulação.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entende que a delegação de funções normativas – e não legislativas – a entes de feição administrativa, desde que expressamente estabelecida em lei, está em conformidade com o princípio da legalidade e com o princípio da reserva de lei, fortes no art. 5º, II, da Constituição. Tal ponto, alinhado com as potencialidades de controle, autoriza a atribuição e o exercício da função normativa reguladora a entes de índole administrativa. Algo sustentado na concepção de que a elas não cabe legislar, mas sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida e, em que pese submetida à legalidade constitucional, a função normativa regulatória não seria inferior ou exterior à legislação, mas diferente na medida em que há certa deferência política e jurídica à expertise técnica, ainda que conformada pelo ordenamento jurídico¹⁶.

¹⁶ A deferência às decisões administrativas pode ser compreendida à luz da Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy. Segundo essa teoria, há um ponto de conexão entre a argumentação jurídica e o discurso prático geral — entendido como aquele não conformato pelos pressupostos jurídicos. O discurso jurídico surge para mitigar as fragilidades do discurso prático geral, pois este último não dispõe de um procedimento suficientemente claro para alcançar decisões com certeza conclusiva. No

O pedido principal foi julgado improcedente, com o entendimento de que a ANVISA tinha competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Os pedidos sucessivos tiveram a mesma sorte, sem efeitos vinculantes, devido à falta de quórum necessário.

No RE-AgR nº 1.083.955, interposto por Cascol Combustíveis para Veículos Ltda., discutiu-se a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos expedidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em especial aqueles que impõem penalidades aos administrados. O agravo regimental foi apresentado após a negativa de provimento, buscando novo julgamento para permitir o controle jurisdicional do ato administrativo em questão. No entanto, o agravo foi novamente negado por unanimidade pela Primeira Turma do Supremo, que reconheceu a regularidade do processo administrativo que impôs a condenação e pena à Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e destacou a incapacidade dos tribunais para reexaminar fatos e provas, especialmente em sede de recurso extraordinário.

A Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. obteve julgamento favorável em primeiro grau, que foi reformado no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O principal argumento da parte autora foi um suposto fundamento principal do acórdão no sentido da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação, o que estaria em conformidade com a jurisprudência do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Brasil, STF, 2019). Os agravantes, então, interpuseram recurso extraordinário demonstrando que o acórdão recorrido teria violado literal e diretamente os artigos 2º, 5º, XXXV, e 8º, III, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu com base na Súmula 279 (Brasil, STF, 1963), mas ressaltou o dever de deferência do Poder Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras. Este último ponto é o mais interessante da fundamentação. Segundo o voto, o dever de deferência está sustentado pela (Brasil, STF, 2019, p. 1):

(i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Nessa senda, o Supremo reconheceu que “a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação” e que “o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos

entanto, a argumentação jurídica continua estruturalmente dependente do discurso prático geral, tanto em aspectos teóricos quanto empíricos. A deferência administrativa é uma manifestação dessa relação, na medida em que o direito reconhece a expertise técnica de órgãos administrativos e regula sua atuação normativa, que é feita a partir do discurso prático geral, sem negar a conformação jurídica. Como explica Alexy: “A argumentação jurídica é totalmente dependente da argumentação prática geral (...). O fato de que a argumentação jurídica depende da argumentação prática geral não significa que seja idêntica ou redutível a ela. A argumentação prática geral requerida para o discurso jurídico ocorre em formas especiais e segundo regras especiais e em condições especiais. Essas formas e regras especiais levam tanto à consolidação quanto à diferenciação do modo de argumentação.” (Alexy, 2017, pp. 271-272). Assim, embora a deferência administrativa envolva certa autonomia técnica, ela ocorre dentro do ordenamento jurídico, garantindo que a atividade regulatória não seja reduzida a mera extensão do discurso prático geral. Isso também significa que ela, em que pese seja dotada de deferência, submete-se à autoridade do direito.

acentuadamente complexos” (Brasil, STF, 2019, p. 10). Ainda, demonstrou preocupação no sentido de que “a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública” (Brasil, STF, 2019, p. 10), o que seria compensado pela “expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica” (Brasil, STF, 2019, p. 9), resultando numa posição de deferência. Com efeito, o controle jurisdicional “deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos” (Brasil, STF, 2019, p. 9).

A argumentação central do autor da ação residia na necessidade de controle jurisdicional dos atos do CADE, enquanto o Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão final, reafirmou a importância da expertise técnica e capacidade institucional das entidades reguladoras, como o CADE, na regulação econômica. A Corte destacou que a atividade regulatória e decisões técnicas dessas entidades envolvem complexidades e consequências sistêmicas que os Tribunais não estão aptos a avaliar de maneira adequada, derivando que a substituição seria inadequada por incapacidade técnica. Portanto, a decisão reconheceu o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas das entidades reguladoras e limitou o controle jurisdicional ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, reafirmando assim a jurisprudência da Suprema Corte nesse sentido.

Na ADI nº 6.148, proposta pela Procuradoria-Geral da República, questiona-se a constitucionalidade da Resolução nº 491, de 19.11.2018, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que versa sobre os padrões de qualidade do ar. O autor alega que a resolução é permissiva e confere proteção insuficiente à qualidade do ar, violando os direitos à informação, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme preceituado no inciso XIV do artigo 5º, artigo 196 e artigo 225 da Constituição Federal. Trata-se de argumento que parte da aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição à proteção insuficiente. Como afirma o Min. Gilmar Mendes (Mendes e Branco, 2017), responsável por incorporar os conceitos alemães no debate brasileiro, daí, concluir a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermassig*), porque ela não se releva suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito.

O autor requereu que, em caso de não reconhecimento da densidade material para uma ADI, a ação fosse recebida como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Quanto ao mérito, pediu a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 491/2018 do CONAMA, sem pronúncia de nulidade, com apelo para que o referido Conselho edite nova norma com capacidade protetiva adequada, baseando-se em parâmetros objetivos disponíveis na ciência médica. Em caráter subsidiário, buscou a declaração de inconstitucionalidade do § 4º do art. 4º da resolução questionada.

Na inicial, os fundamentos centrais versaram majoritariamente sobre questões técnicas que motivaram a resolução. A formulação jurídica do problema ocorreu de forma incidental, abordando sucintamente as violações aos direitos constitucionais e por consequência do argumento técnico, sustentando a proteção deficiente.

O voto vencedor é ainda mais interessante, visto que o Min. André Mendonça, redator do acórdão, não só reconheceu de pronto a possibilidade do controle de constitucionalidade em

abstrato do ato normativo atacado como assentou que não cabe, no caso concreto, ao Judiciário adentrar ou mesmo substituir o juízo de discricionariedade técnica realizado na elaboração da norma questionada. O Supremo Tribunal Federal destacou como a alegação de inconstitucionalidade, na essência, dirige-se contra critérios e mecanismos técnicos eleitos pelo CONAMA.

Contudo, reconheceu que o CONAMA agiu dentro de sua capacidade institucional e trouxe à luz uma resolução que partiu de critérios e parâmetros que lhe foram legitimamente conferidos, de posse das devidas informações técnicas e a partir de uma análise complexa sobre benefícios, desvantagens e riscos que estavam em discussão. Mais que isso, o voto deixou explícito o impacto da demonstração de que o órgão regulador agiu com responsabilidade política e técnica, reconhecendo que (Brasil, STF, 2022, p. 19):

os elementos do caso concreto, reveladores, portanto, de complexa discussão e sucessão de debates, que culminaram na norma atacada, são indicativos de que a substituição judicial de uma construção coletiva e plural, paulatinamente realizada por cerca de sete anos no âmbito do CONAMA, revelar-se-ia, com a devida vênias das opiniões em contrário, violadora do princípio democrático da teoria das capacidades institucionais e da própria lógica do sistema de definição de competências em matéria ambiental.

A aprovação da Resolução nº 491, segundo o redator, decorreu de mais de trinta reuniões oficiais que ocorreram durante sete anos. Assim, a substituição judicial dessa construção coletiva e plural violaria o princípio democrático da teoria das capacidades institucionais e da própria lógica do sistema de definição de competências em matéria ambiental.

A decisão considerou ausentes elementos que indiquem a imprestabilidade das políticas públicas em desenvolvimento, visto que o órgão não foi omissor. Contudo, por mais democrática que seja a resolução tanto pelo modo de sua criação como pelo avanço que cria nas práticas relacionadas ao meio ambiente, esta não é eficiente o bastante para atender ao que se considera ideal no atual estágio da qualidade de ar do Brasil. Na essência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a resolução não representa retrocesso, mas avanço não eficiente ou suficiente¹⁷ para atender ao que se considera ideal constitucionalmente. Entretanto, a decisão também assentou que a opção regulatória do órgão é fundamentada e razoável dentro de uma concepção de proteção ambiental que toma em consideração critérios de eficiência e equidade com assento na realidade fática e na eventual impossibilidade de satisfação integral das recomendações postas.

O julgamento da ADI foi pela improcedência e teve como fundamento central que o Judiciário não tem propriedade para substituir o juízo de discricionariedade técnica da elaboração da política pública em questão.

Por fim, o redator destacou que, tendo em vista as novas evidências técnicas e recomendações sobre a qualidade do ar propostas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2021, o CONAMA deve se adaptar aos avanços técnicos. Portanto, a norma é

¹⁷ Retorna-se à noção de uma situação de potencial inconstitucionalidade pela proteção estatal insuficiente (*untermässig*), conforme (Mendes e Branco, 2017).

constitucional, todavia deve se adequar às circunstâncias que vêm surgindo ao longo do tempo para que não caminhe para uma progressiva inconstitucionalidade.

A decisão final, proferida pelo STF, reconheceu a admissibilidade da ADI, argumentando que esta difere das jurisprudências anteriores, pois não visa apenas à submissão do Supremo a um controle de legalidade, mas busca verificar se a resolução do CONAMA não viola diretamente a Constituição. No entanto, a decisão considerou improcedente o mérito da demanda, declarando constitucional a Resolução nº 491/2018 do CONAMA. O STF determinou que o CONAMA edite nova resolução, no prazo de 24 meses, levando em consideração as orientações da OMS sobre os padrões adequados de qualidade do ar, a realidade nacional, as peculiaridades locais e os princípios da livre iniciativa, desenvolvimento social, redução da pobreza e promoção da saúde pública. Caso o CONAMA não edite a nova resolução dentro do prazo, os parâmetros da OMS passarão a vigorar enquanto perdurar a omissão administrativa.

Esses precedentes indicam relevante tendência na jurisdição brasileira de deferência à margem de liberdade de decisão administrativa, na linha do que já foi abordado no primeiro capítulo. Essa deferência administrativa, entretanto, é diferente do argumento de que tradicionalmente o controle judicial da Administração Pública, especialmente no período anterior à Constituição Cidadã, foi frágil. A deferência administrativa em questão apresenta clara conformação aos princípios e limites jurídico-constitucionais.

Destarte, entende-se que é relevante o diálogo entre a jurisprudência constitucional e a doutrina, sendo possível aproximar e, quiçá, desenvolver a compreensão e o controle desse espaço de discricionariedade administrativa por meio de propostas de uma criteriologia que ultrapasse a fronteira tradicional do Direito Administrativo e que lance luzes a critérios relevantes no exercício desse espaço de decisão, especialmente quando a função típica de natureza executivo-administrativa tenha traços regulamentares e normativos.

Para tanto, é mister enfrentar os argumentos centrais dessas decisões e suas fontes e, a partir desse exercício, propor critérios sistematizados que complementem o atual estágio da arte sobre o tema da discricionariedade dos órgãos administrativos. Com efeito, haverá um foco especial no exercício da discricionariedade, da deferência judicial e dos limites de um e de outro.

(b) Princípios constitucionais de moralidade administrativa e a criteriologia para o exercício da discricionariedade

O conceito da discricionariedade administrativa é tradicionalmente abordado a partir de uma pressuposição relacionada com o papel do gestor público da Administração Pública direta, inserido num racional político constrangido por amarras institucionais e jurídicas. É o exemplo de um secretário de defesa do consumidor, nomeado e escolhido pelo prefeito municipal e de origem do mesmo partido político do chefe do executivo. Esse secretário, embora responsável pela execução da política de defesa do consumidor local, faz parte de um racional político e cumpre sua função executivo-administrativa com oportunidade e conveniência guiada pelo interesse público, norteador por sua concepção político-ideológica do

projeto de Estado e poder, podendo naturalmente ser mais progressista ou mais conservador, mais liberal ou mais social. Há exemplos interessantes e polêmicos na jurisprudência sobre o tema¹⁸.

Em que pese estereotipada figura presente em milhares de municípios brasileiros, a discricionariedade dos órgãos da Administração Pública precisa comportar, também, a função normativa de entes regulatórios. Como exemplo pode-se citar o conselho diretor de uma agência reguladora, ao qual cabe criar o padrão normativo regulatório que conformará determinado setor econômico, bem assim os diversos órgãos que habitam num meio-termo, como a Secretaria Especial de Regulação e Supervisão do Ensino Superior, responsável pela criação das normas regulatórias, supervisão do mercado, concessão de autorizações e aplicação de sanções às relações de ensino superior brasileiras e às empresas privadas do setor. Isso significa, pelo menos, que a discricionariedade precisa lidar tanto com a discricionariedade administrativa como com a discricionariedade normativa – ambas internas à discricionariedade dos órgãos da Administração Pública a depender da função exercida.

Essa liberdade de atuação administrativa especialmente na dimensão normativa, própria da regulação de setores econômicos, que resulta no ato normativo regulamentador, é limitada, uma vez que a discricionariedade normativa encontra limites na Constituição Federal, na lei e nas políticas públicas.

O controle exercido pelo Judiciário ocorre de duas principais formas que podem confluir níveis de controle, quais sejam: a) o ato é passível de controle abstrato de constitucionalidade, b) o ato concreto praticado com base no ato normativo é passível de controle de legalidade e constitucionalidade no caso concreto. Essa discricionariedade administrativo-normativa é, também, dirigida. Ela é assim porque se desassocia do conceito clássico da discricionariedade vinculada à oportunidade e à conveniência. No exercício da discricionariedade administrativo-normativa, a função prática é guiada pelos padrões técnicos compartilhados e pela exigência de responsabilidade política, no melhor sentido dworkiniano¹⁹, para o cumprimento de seus deveres. Isso significa que a compreensão do espaço de decisão administrativa modifica-se relevantemente quando comparada com exemplos clássicos da discricionariedade administrativa. Oportunidade e conveniência guiadas por legítimos interesses políticos são substituídas pelo dever de agir técnico, hoje mais descentralizado e globalizado. Na essência, isso implica um ônus de fundamentação técnica maior com critérios mais claros em razão do avanço e da multiplicação do conhecimento globalizado. Trata-se de discricionariedade normativa dirigida²⁰.

¹⁸ MC no MS 34.070/DF, MC no MS 37.097/DF e Rcl 60.804/PA. Os três casos lidam com interessantes e polêmicas possibilidades de controle jurisdicional de ato administrativo discricionário relacionado com nomeação de agente público.

¹⁹ Como afirmado anteriormente, para Ronald Dworkin, o processo de tomada de decisão necessita de responsabilidade. O raciocínio – tanto político como jurídico – é uma atividade interpretativa. E essa interpretação é boa se é feita com responsabilidade. Motta e Ari fazem proposta de leitura sistematizada da versão final da teoria proposta por Ronald Dworkin. Nessa senda, eles sugerem, a partir do autor, o processo interpretativo exitoso. Afirmam que (Mello e Motta, 2017, 747): “para Dworkin, uma interpretação em particular é exitosa [quer dizer [...] atinge a verdade a respeito do sentido de algum objeto] quando consegue situar o objeto em questão em relação aos propósitos da prática interpretativa identificados como pertinentes e o apresenta à sua melhor luz. [...] a interpretação divide-se em três etapas. Primeiro, nós individualizamos essas práticas; segundo, atribuímos um conjunto de propósitos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinentes; e, terceiro, tentamos identificar a melhor realização daquele conjunto de propósitos numa ocasião em particular”.

²⁰ Retoma-se a ideia presente na obra de Alexy (2017, pp. 271-272).

Nesse sentido, há um dever de deferência para a Administração Pública, conforme visto na ADI 4.874. Os critérios que fundamentam esse dever de deferência são submissão ao sistema legal e constitucional, delegação de competência normativa via lei formal, fundamentação racional e técnica, possibilidade de controle de constitucionalidade em abstrato, posição equidistante dos interesses sociais, econômicos e políticos e proteção das pressões políticas. Ponto relevante é a substituição da noção da discricionariedade administrativa, quiçá mais livre, fundada na oportunidade e na conveniência por uma fundamentação técnica mais rigorosa e dirigida pelo conhecimento científico. Exemplo claro dessa proposta é encontrado no voto da Min. Rosa Weber, relatora da ADI nº 4.874, quando escreve, com suporte em ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A competência para editar atos normativos (...) insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária” (Brasil, STF, 2018, p. 2). Assim (Brasil, STF, 2018, p. 2),

qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição (...) de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.

No RE-AgR nº 1.083.955, o Min. Luiz Fux, Relator, fez semelhante análise, associando o dever de deferência do Poder Judiciário às decisões adotadas por órgãos reguladores justamente em razão da falta de conhecimento especializado dos Tribunais para resolver questões policêntricas, sobretudo de caráter técnico, e do risco de efeitos sistêmicos a partir de decisões judiciais que divirjam do racional regulatório (Brasil, STF, 2019, p. 10).

Percebe-se, destarte, que a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira vincula, de certa forma, o seu dever de deferência com a natureza e a expertise dos órgãos reguladores, o que ocorre à semelhança da *Chevron Doctrine*²¹ na jurisdição estadunidense. Obviamente, a deferência não comporta atos ilegais ou de abuso regulatório.

Com esse racional, a proposta teórica de Lon Fuller pode promover qualificado refinamento na análise de constitucionalidade, legalidade e abusividade da discricionariedade. Fuller argumenta o Direito é o empreendimento de submeter a conduta humana à governança de regras. Numa compreensão teleológica, ele conclui que não se pode considerar como Direito válido, legítimo, aquilo que é incapaz de exercer a mais essencial e básica função do Direito (uma vez que ela faz parte do próprio conceito): a função de orientar a conduta humana.

Diante disso, Fuller (1969) propõe uma teoria sobre princípios de moralidade interna do Direito, preocupado essencialmente com os princípios que devem orientar a criação das normas para que elas sirvam a seu propósito básico, ou seja, para que elas guiem condutas. Esses princípios possuem interessante aplicação às funções do Estado regulador, já tendo sido relacionados com a própria prática jurisdicional dos precedentes americanos por Sustain e

²¹ A recente decisão de *overruling* da *Chevron Doctrine* no caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, em que pese um marco na revisão judicial de atos administrativos nos Estados Unidos da América, não possui resultados práticos no Brasil além de um simples efeito persuasivo diante de certo realinhamento conservador na *Supreme Court of the United States of America*. Inclusive por isso, sugerem-se outras bases jurisprudenciais e teóricas para a deferência judicial aos órgãos reguladores.

Vermeule (2021). Os princípios de moralidade interna do Direito são: a) princípio da generalidade: as regras (repita-se, *lato sensu*) do sistema devem ser expressadas em termos gerais (no sentido de generalizáveis); b) princípio da publicidade: as regras não de ser públicas (promulgadas publicamente); c) princípio da prospectividade: o efeito dessas regras tem de ser prospectivo (as leis não podem ter efeito *ex post facto*); d) princípio da inteligibilidade: as regras devem ter seu conteúdo exposto de forma compreensível; e) princípio da consistência: as regras precisam guardar e respeitar um elo de consistência umas com as outras; f) princípio da praticabilidade: as regras devem ser praticáveis (exercíveis); g) princípio da estabilidade: as regras não podem ser modificadas de forma demasiadamente repentina e frequente (é necessário que se respeite a expectativa, a segurança jurídica); e, finalmente, h) princípio da congruência: as regras têm de ser administradas de modo a serem consistentes com os termos nos quais são elaboradas.

Esses oito princípios são internos ao Direito porque são as condições mínimas necessárias para que ele seja capaz de exercer satisfatória e adequadamente a função que é sua própria razão de ser (Streck, 2020b, pp. 176-177). Contudo, entende-se que esses princípios de moralidade interna são – e devem ser – plenamente aplicáveis também para a atividade normativa desenvolvida pelos órgãos da administração que possuam funções regulatórias, sendo um requisito mínimo de juridicidade da própria norma regulatória criada.

Isso significará que os princípios de moralidade interna são *standards* a serem usados para verificar a necessidade de revisão judicial das decisões administrativas, gerando verdadeira condição de validade do papel normativo dos órgãos de regulação em razão da submissão das normas reguladoras ao ordenamento jurídico. Destarte, percebe-se, então, critérios relevantes para definir os casos que demandam o exercício da deferência judicial à Administração daqueles que clamam pela revisão judicial.

Além disso, esses princípios de moralidade interna aliados à deferência judicial aos órgãos regulatórios em razão da deferência do discurso técnico podem nortear também a forma da revisão judicial em casos específicos. De modo mais simples, o controle judicial de atos normativos regulatórios pode ser feito a partir de decisões procedimentais de obrigação no lugar da simples substituição da norma regulatória pela decisão judicial. Isso não limita a jurisdição à simples declaração de nulidade de atos administrativos, mas amplia os instrumentos decisórios.

Nesse sentido, inclusive, foi a decisão da ADI nº 6.148, cujo redator do acórdão foi o Min. André Mendonça. Três argumentos do voto vencedor ilustram tanto a deferência do Supremo Tribunal Federal como certa possibilidade de adequação aos princípios da moralidade administrativa de Fuller. Primeiro, o voto firma que o tema controverso é de natureza técnica e, justamente em razão disso, “cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência” (Brasil, STF, 2022, p. 16). Desde que a decisão administrativa esteja devida e tecnicamente fundamentada, sem ilegalidade ou desproporcionalidade, deve-se reconhecer o legítimo espaço do órgão regulador.

Na sequência, reconhece-se a razoabilidade no processo de elaboração da norma. Aqui, mais uma vez, aplicam-se os elementos, propostos pelo Min. Gilmar Mendes (2000), do princípio da proporcionalidade, que conforma o processo de elaboração da norma ao proibir

manifestação de poder contraditória, incongruente, irrazoável ou inadequada entre meios e fins – com base nos conceitos já citados de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Tal ponto entrelaça-se com princípios da moralidade interna propostos por Fuller, especialmente no sentido de que a norma cumpre os pressupostos básicos como generalidade, prospectividade, inteligibilidade e congruência. Frisa-se: exercício da discricionariedade administrativa marcado por amplo debate plural e técnico. Diante disso, na visão do voto vencedor, o controle judicial de atos administrativos regulatórios dessa natureza deve ser exercido com prudência, ainda que possíveis a conformação e a revisão desses atos.

No caso em análise, inferiu-se que o Poder Judiciário não teria competência técnica e legitimidade para a revisar o ato administrativo, mas sim para reconduzir o processo de renovação da norma a partir da definição de critérios procedimentais no exercício da discricionariedade administrativa. Assim, na ADI nº 6.184, que versa sobre a Resolução nº 491/2018 do CONAMA, o Supremo Tribunal Federal prestou deferência ao órgão regulador que exerceu, com legitimidade e de modo técnico, democrático e razoável, a sua discricionariedade administrativa. Além disso, reconheceu que há mais de uma maneira de manifestar o poder administrativo e que, especialmente nos padrões nacionais de controle de poluição do ar estabelecidos pela OMS, não se pode interpretá-los de forma estanque, visto que é possível a adaptação constitucionalmente adequada da abordagem selecionada para conciliar princípios constitucionais e critérios técnicos em ação como equilibrar os riscos à saúde, a viabilidade tecnológica, questões econômicas e diversos fatores políticos e sociais, que por sua vez dependem, dentre outros, do nível de desenvolvimento e da capacidade do país para a gestão da qualidade do ar. Há, com isso, margem de apreciação legítima para o exercício da discricionariedade do órgão regulador, desde que respeitados certos critérios procedimentais próprios do poder normativo. Base essa que pode ser extraída dos princípios de moralidade interna de Fuller. E tal ponto foi legitimamente exercido pelo órgão regulador, em que pese já passível de maior conformidade com o horizonte constitucional.

Sistematicamente, a partir da jurisprudência e da proposta doutrinária apresentada, propõem-se parâmetros para exame da juridicidade do exercício da discricionariedade administrativa de órgãos reguladores no sistema constitucional brasileiro. Todos são gênero da submissão dos órgãos reguladores e sua regulação ao sistema legal e constitucional. Nesse sentido, os princípios de moralidade interna do Direito adquirem especial importância para a verificação da juridicidade da norma. O primeiro critério é a exigência de delegação de competência normativa via lei ou disposição constitucional expressa e formal. O segundo critério é a fundamentação racional e técnica, que se desdobra numa análise argumentativa sobre o alinhamento das normas de regulação com as melhores práticas internacionais e o conhecimento científico contemporâneo ao ato. Esses critérios legitimam a deferência judicial ao exercício da discricionariedade normativa dirigida dos órgãos reguladores. Obviamente, em muitos assuntos, o conhecimento científico abre espaço para dúvidas e posições divergentes. A garantia que se concretiza a partir desses parâmetros, na realidade, está muito mais vinculada a um ônus de fundamentação técnica que proteja a estrutura regulatória de interesses puramente político-partidários. O terceiro critério lida com a possibilidade de

controle de constitucionalidade em abstrato, visto que parte relevante dessas normas funciona como ato normativo primário para o setor regulado. O quarto critério é a subordinação à ordem constitucional e legal, especialmente em dois sentidos, quais sejam: aos princípios de moralidade interna expostos acima e ao controle judicial da interpretação e da fundamentação da Administração.

Conclusão

O presente estudo propôs uma reconstrução do conceito de discricionariedade administrativa, abordando sua evolução histórica e os desafios para seu controle. Argumentou-se que, na tradição brasileira, a intervenção do Poder Judiciário sobre atos da Administração Pública foi historicamente limitada, inclusive em questões relacionadas a direitos fundamentais. Essa característica intensificou-se durante a Ditadura Militar, quando medidas de exceção fortaleceram a atuação do Executivo e fragilizaram mecanismos de controle jurisdicional. Ainda que o princípio da legalidade estivesse constitucionalmente previsto, a prática administrativa consolidou-se com amplas margens de liberdade e reduzida interferência judicial.

Com a Constituição de 1988 e a consequente constitucionalização do Direito Administrativo, estabeleceram-se limites mais claros para a discricionariedade, especialmente em casos que envolvem direitos fundamentais. Paralelamente, a consolidação do Estado regulador conferiu novas camadas de complexidade ao tema, tornando necessário um refinamento conceitual. Nesse contexto, propôs-se distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade normativa da Administração Pública, não como um novo conceito, mas como um instrumento didático para orientar critérios específicos de controle.

A discricionariedade administrativa refere-se ao exercício típico da função executivo-administrativa, tradicionalmente associada à avaliação de oportunidade e conveniência na tomada de decisões públicas, como na nomeação de servidores ou na escolha de membros do Judiciário pelo Presidente da República. Essa forma de discricionariedade possui racionalidade política, vinculada ao interesse público conforme a orientação do governante no poder.

Já a discricionariedade normativa da Administração Pública ocorre quando órgãos reguladores exercem competências normativas para disciplinar setores econômicos e sociais específicos. Diferentemente da discricionariedade administrativa tradicional, sua margem de atuação é mais restrita, pois deve submeter-se não apenas ao controle de legalidade, mas também à preponderância de critérios técnicos e científicos. Essa configuração justifica a deferência judicial a decisões regulatórias, uma vez que essas decisões resultam de discurso técnico especializado, ainda que conformado juridicamente, e certa proteção dos atores à ingerência política.

Diante dessa distinção, sugeriram-se critérios para o controle da discricionariedade normativa, todos inseridos no marco da autoridade do sistema legal e constitucional. Entre eles, destacam-se: a) a necessidade de delegação expressa de competência normativa via lei

ou dispositivo constitucional formal; b) a exigência de fundamentação racional e técnica para os atos normativos administrativos; c) a possibilidade de controle de constitucionalidade em abstrato; e d) subordinação à ordem constitucional e legal. Sobre o quarto critério, os oito princípios de moralidade interna do Direito – generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência – oferecem parâmetro relevante para a avaliação da legitimidade das normas editadas por órgãos administrativos.

Na linha do controle judicial da discricionariedade, foi proposta uma ancoragem hermenêutica dos critérios supracitados, especialmente do último. O objetivo é que a discricionariedade da Administração Pública e o controle jurisdicional sejam exercidos com respeito à preservação da autonomia e da autoridade do Direito, assim como à Constituição e à legalidade democraticamente instituída. Com isso, defendeu-se a compreensão da interpretação autêntica a partir do paradigma hermenêutico, de modo que a interpretação judicial deve estar inserida no paradigma constitucional e na tradição democrática, evitando-se interpretações solipsistas e subjetivistas que superem os limites constitucionais e democráticos. Nesse sentido, a discricionariedade administrativa e normativa deve ser controlada com base na moralidade constitucional, como modo de garantir que a interpretação das normas não dependa exclusivamente da consciência do administrador, mas da coerência e integridade do sistema jurídico.

Assim, a distinção proposta busca fornecer referencial teórico para o estudo da discricionariedade administrativa e seus limites, com fundamento na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O aprimoramento dos mecanismos de controle, especialmente no âmbito da discricionariedade normativa, permite que a Administração Pública atue com segurança jurídica e previsibilidade e contribua para a efetividade das políticas regulatórias e para a proteção dos direitos fundamentais.

Bibliografia

- ABBOUD, G. 2021. *Direito Constitucional Pós-moderno*. 1 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.
- _____. 2022. *Ativismo Judicial: o risco de se transformar o STF em inimigo ficcional*. 1 ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 252 pag.
- ALEXY, R. 2017. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense.
- BINENBOJM, G. 2014. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 358 p.
- BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. *Diário Oficial*. Os artigos 19 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). 2019. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955 Distrito Federal*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data da publicação: 07/06/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). 2018. *Ação Direta de*

- Inconstitucionalidade nº 4.874*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data da publicação: 01/02/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). 2022. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6148*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data da publicação: 15/09/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>. Acesso em: 10 de junho de 2025.
- DE MELLO, C. A. B. 1996. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo, Malheiros.
- _____. 2007. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros.
- DE ROURE, A. 2016. *Formação constitucional do Brasil*. Brasília, Conselho Editorial do Senado Federal, 361 p.
- DI PIETRO, M. S. Z. 2022. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- DWORKIN, R. 2001. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 1969. 1 ed., Yale Univesity, New Haven.
- HAMBLOCH, E. 2000. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional 1889-1934*. Trad. Lêda Boechat. Brasília, Senado Federal, 272 p.
- JUSTEN FILHO, M. 2023. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- KRELL, A. J. 2013. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- LEAL, V. N. 1948. Poder discricionário da administração - abuso dêsse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. *Revista de Direito Administrativo*, **14**:52-82. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/10789>.
- _____. 1997. Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 9 p.
- LORENZONI, P. C. 2023. *Jurisdição Constitucional de Crise: O papel do STF no enfrentamento de crises constitucionais*. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- MEIRELLES, H. L. 2007. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo, Malheiros.
- MELLO, C. A.; MOTTA, F. J. B. 2017. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. *Novos Estudos Jurídicos*, **22**(2):723-753.
- MENDES, G. F. 2000. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB Jurisprudência: Tributária Constit. Adm*, **4**:23-44.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. 2017. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo, Saraiva.
- NÓBREGA, G. P. da. 2021. *Jurisdicção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in)validade perante o direito*. Tese de Doutorado em Direito. Brasília, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa — IDP, 294 p.
- PAIXÃO, L. A. 2007. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, SP. Tese de

Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 258 p.

STRECK, L. L. 2014. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

_____. 2017. *Verdade e consenso*. 6. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 712 p.

_____. 2018. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 630 p.

_____. 2020a. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 3(4):9-27.

_____. 2020b. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed., Belo Horizonte, Letramento, 485 p.

_____. 2022. *Hermenêutica Constitucional*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 14/08/2025.

SUNSTEIN, C. R.; VERMULE, A. 2021. *Lei e Leviatã*: resgatando o Estado. Trad. Nathalia Penha Cardoso de França. 1 ed. São Paulo, Editora Contracorrente.

Submetido: 19/06/2025

Aceito: 03/12/2025