



ICJP  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS  
JURÍDICO-POLÍTICAS



Lisbon  
Public Law  
Research Center

IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

# DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CARLA AMADO GOMES | ANA FERNANDA NEVES  
EURICO BITENCOURT NETO  
(coordenadores)



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia





IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

# **DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

---

CARLA AMADO GOMES

ANA FERNANDA NEVES

EURICO BITENCOURT

(coordenadores)

## Editor

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas  
Lisbon Public Law - Research Centre

-

[www.icjp.pt](http://www.icjp.pt)  
[icjp@fd.ulisboa.pt](mailto:icjp@fd.ulisboa.pt)

-

## Dezembro de 2023

ISBN: 978-989-8722-67-6



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa  
[www.fd.ulisboa.pt](http://www.fd.ulisboa.pt)



Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

## Foto da capa

Carla Amado Gomes

-

## Produção

OH! Multimédia  
[mail@oh-multimedia.com](mailto:mail@oh-multimedia.com)

## IV COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO PÚBLICO

*Discricionariedade administrativa e controlo da Administração pública*

Faculdade de Direito de Lisboa

20 de Abril de 2023

### Coordenação de

Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Eurico Bitencourt Neto

09:45 | **Abertura**

10:00 - 11:30 | 1º painel

### **Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal e no Brasil**

- Egon Bockmann Moreira  
*Professor da Universidade Federal do Paraná*
- Eurico Bitencourt Neto  
*Professor da Universidade Federal de Minas Gerais*
- Mariana Melo Egídio  
*Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

**Moderadora:** Carla Amado Gomes

*Professora Associada da Faculdade de Direito de Lisboa*

11:30 -13:00 | 2º painel

### **Discricionariedade administrativa na jurisprudência**

- Gustavo Binenbojm  
*Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*
- Romeu Thomé  
*Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara*
- Carlos Carvalho  
*Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo*

**Moderador:** Pedro Sánchez

*Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa*



## **Pausa para almoço**

14:30 - 16:00 | 3º painel

### **Discricionariedade administrativa e controle pelos Tribunais de Contas**

- **Pedro Niebuhr**  
*Professor da Universidade Federal de Santa Catarina*
- **Maria Tereza Dias**  
*Professora da Universidade Federal de Minas Gerais*
- **Sofia David**  
*Juiza Conselheira do Tribunal de Contas de Portugal*

**Moderador: Tiago Serrão**

*Assistente Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa*

16:00 - 17:30 | 4º painel

### **Discricionariedade administrativa e responsabilização de agentes públicos**

- **Luísa Cristina Pinto e Netto**  
*Professora da Universidade de Leiden (Holanda)*
- **Luís Manuel Fonseca Pires**  
*Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*
- **Ana Fernanda Neves**  
*Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

**Moderador: Eurico Bitencourt Neto**

*Professor da Universidade Federal de Minas Gerais*

18:00 | **Encerramento**

## Índice

- 7** Os desafios dos acordos de leniência na Era da Complexidade administrativa  
Egon Bockmann Moreira e Juliana Bonacorsi de Palma
- 61** Discricionariedade administrativa, margem de livre decisão e o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro  
Eurico Bitencourt Neto
- 86** Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal – breves notas  
Mariana Melo Egídio
- 117** O licenciamento ambiental e a discricionariedade administrativa na jurisprudência  
Romeu Thomé
- 132** Direito administrativo: entre justificação e operacionalização  
Gustavo Binenbojm
- 144** Discricionariedade administrativa na jurisprudência nacional – breves notas  
Carlos Carvalho



- 172** Discricionariedade administrativa e controle pelos Tribunais de Contas: análise de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), em matéria de concessão de serviço público (2010 a 2020)

Maria Tereza Fonseca Dias

- 248** Discricionariedade administrativa e controlo pelo Tribunal de Contas

Sofia David

- 296** Separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos

Luísa Cristina Pinto e Netto

- 358** A discricionariedade administrativa e a responsabilização de agentes públicos. Ameaças dos estados de exceção à democracia.

Luis Manuel Fonseca Pires

- 383** Discricionariedade administrativa e responsabilidade de agentes públicos

Ana F. Neves

# Os desafios dos acordos de leniência na Era da Complexidade administrativa

EGON BOCKMANN MOREIRA<sup>1</sup>

JULIANA BONACORSI DE PALMA<sup>2</sup>

## Resumo

O Direito Administrativo brasileiro vive hoje em era de extremos: por um lado, a visão oitocentista do papel da Administração Pública e seus instrumentos de consecução do interesse público, limitada por sua gênese (a simplicidade administrativa) e, de outro, a ressignificação das relações público-privadas necessária às contingências do século XXI (a complexidade administrativa). Há razões históricas para a simplicidade administrativa ter proeminência na cultura jurídica e no exercício das funções públicas, mas, hoje, esse método é insatisfatório para os desafios de regulação, políticas públicas, fomento responsável à inovação, prestação de serviços públicos de infraestrutura etc. Instrumentos jurídicos simples não servem para mundos complexos. É imprescindível consolidar a Era da Complexidade Administrativa. O presente artigo demarca e apresenta

---

1 Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR. Professor de Direito Administrativo brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e Doutor em Direito. Advogado. Árbitro.

2 Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School. Árbitra.



as principais características da simplicidade e da complexidade administrativas para, assim, apontar para as disfuncionalidades propiciadas com o trabalho de instrumentos jurídicos complexos, voltados a desafios mais sofisticados, com um viés de simplicidade administrativa. Para tanto, toma-se o exemplo do acordo de leniência, um dos principais instrumentos da consensualidade administrativa, que passa por verdadeira crise porque as questões que surgem em sua execução são endereçadas pela simplicidade administrativa. Um dos exemplos é justamente a resistência à alteração dos acordos de leniência que a simplicidade administrativa enseja. Tratado dentro da complexidade administrativa, como efetivamente deve ser, reconhece-se o dever dinâmico de alteração dos acordos de leniência para garantia de sua existência e funcionalidade prática, em prol da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Simplicidade administrativa; Complexidade administrativa; Acordo de leniência; Renegociação; Segurança jurídica; Métodos adequados de solução de conflitos; Lei de Licitações; Decisão administrativa coordenada.

### ***Abstract***

*Brazilian Administrative Law lies today between extremes. On the one hand, lingers a 19th century view of Public Administration's role and its tools for achieving public interest, as simple as the prime of Administrative Law is (administrative simplicity). On the other hand, public-private relations have been redesigned to better tackle 21st century's issues (administrative complexity). Historical reasons explain the prominence of administrative simplicity in both legal culture and public action. However, nowadays, this method is unsatisfactory for Public Administration to deal with contemporary challenges of regulation, public policies, nudge of innovation, exercise of infrastructure public services. Simple*

*legal instruments have no place in complex world. It is essential to consolidate the Era of Administrative Complexity. This paper outlines the primary features of administrative simplicity and administrative complexity in order to regard the serious dysfunctionalities of dealing with complex legal instruments on administrative simplicity grounds. We take the leniency agreement as an example of this contradiction. Besides its complex nature, leniency agreement has suffered a crisis for the application of administrative simplicity in its execution. For instance, the necessary renegotiation of the leniency agreement during its performance has been denied. Within the administrative complexity, as it effectively should be, one may recognize a duty to amend the leniency agreement to guarantee its existence and functionality.*

**Keywords:** *Administrative simplicity; Administrative complexity; Leniency agreement; Renegotiation; Legal security; Appropriate methods of conflict resolution; Bidding Law; Coordinated administrative decision.*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O desafio deste artigo: a tradicional cultura administrativista e os acordos de leniência; 3. A compreensão antiga: acordos proibidos na *Era da Simplicidade administrativa*; 3.1 O início e a explicação dessa *Era da Simplicidade*; 3.2 Os oito dogmas da *Era da Simplicidade*; 3.3 A *Era da Simplicidade*, seus atos e contratos supostamente simples e completos; 4. A compreensão atual: acordos necessários na *Era da Complexidade administrativa*; 4.1 A *Era da Complexidade* e suas manifestações: a nova Lei de Licitações e as “decisões coordenadas”; 5. A compreensão futura: acordos incompletos na *Era da Dinamicidade administrativa* (o exemplo dos acordos de leniência); 5.1 Incompletudes e incentivos no momento da negociação da leniência; 5.2 Incompletudes e incentivos no momento de execução da leniência; 5.3 As crises complexas na execução da leniência e a necessidade de soluções dinâmicas; 6. Considerações finais.



## 1. INTRODUÇÃO

A partir dos últimos anos do século XX, os acordos de leniência passaram a integrar a realidade jurídico-administrativa brasileira. Isso é um fato, ao nível legislativo e na aplicação prática de leis e regulamentos que disciplinam tal ordem de negócios jurídico-administrativos. Todavia, também é fato que o manejo de tais competências públicas nem sempre se deu como se estivéssemos diante de algo efetivamente novo – mas, ao contrário, como se ainda vivéssemos num universo em que a Administração Pública apenas ordena e jamais negocia, eis que adicta às ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Essa constatação – a de que os acordos administrativos são manuseados e aplicados como se estivéssemos diante de um ato unilateral ou de um contrato administrativo repleto de *ius imperii* – é posta em xeque neste artigo. Uma constatação: na prática, celebrar acordos não significa, necessariamente, abertura à consensualidade administrativa. Afinal de contas, as transações entre pessoas administrativas e sujeitos privados persiste refém da compreensão do Direito Administrativo que antecedeu a respectiva legislação? Ou se faz necessária a (re)compreensão do Direito Administrativo, desta feita à luz do que efetivamente se passa na realidade do direito positivo brasileiro?

O Direito Administrativo vive hoje em Era de extremos: de um lado, a visão oitocentista do papel da Administração Pública e seus instrumentos de consecução do interesse público, limitada por sua gênese (a *simplicidade administrativa*) e, de outro, a ressignificação das relações público-privadas necessária às contingências do século XXI (a *complexidade administrativa*). Por razões de cultura jurídica (interpretações burocráticas consolidadas, práticas reiteradas, doutrinas de referência, etc.), a simplicidade administrativa mantém-se como paradigma de ação pública e isso gera graves contradições sobre os instrumentos construídos na Era da complexidade administrativa. O texto toma o *acordo de leniência* como

porta de entrada para esse debate. Ao final, a conclusão é óbvia: hoje, os métodos da complexidade administrativa devem orientar o exercício de competências administrativas. O acordo de leniência precisa ser dinamizado nos quadrantes de sua complexidade e não da simplicidade administrativa que – tamanhas contradições – traz efeitos deletérios que podem levar à completa inviabilidade prática da leniência anticorrupção.

O artigo será dividido em 4 partes, iniciando por apresentar a visão dos autores quanto ao desafio (cultural, não legislativo) diante dos acordos de leniência. A fim de desenvolver tal premissa, serão trazidas duas perspectivas cognitivas, denominadas de *Era da Simplicidade administrativa* (os acordos proibidos) e *Era da Complexidade administrativa* (os acordos necessários). Com base nesse ponto de partida, a quarta parte busca demonstrar a colisão/confusão prática entre tais compreensões, a fazer com que os acordos necessários sejam efetivados como se proibidos fossem – a limitar brutalmente sua eficácia. Isso com o intuito de apresentar o que o futuro nos reserva: *Era da Dinamicidade administrativa* (e seus acordos incompletos).

A tese que se pretende trazer ao debate é a de que, diante da complexidade ínsita à atividade administrativa contemporânea, necessário se faz o desenvolvimento de acordos que efetivamente solucionem os conflitos no longo prazo (e não só troquem um desentendimento por outro).

## **2. O DESAFIO DESTE ARTIGO: A TRADICIONAL CULTURA ADMINISTRATIVISTA E OS ACORDOS DE LENIÊNCIA**

1. Os acordos de leniência brasileiros, assim como todos os demais negócios jurídicos que têm como objeto transações envolvendo potenciais ilícitos administrativos, vivem um choque de civilizações. Por um lado, a cultura do Direito Administrativo tradicional, em que Administração Pública e detém poderes supremos e indisponíveis. A pessoa privada



aqui é tida como o “administrado”: um objeto a ser governado (e não o sujeito da relação). Nesse cenário, não apenas seriam desnecessários, mas os acordos sobre condutas ilícitas quase se aproximariam das here-sias. Quando muito, prestar-se-iam a obter uma confissão e o pagamento de todo o valor do dano arbitrado, acrescido de multas.

Por outro lado, temos a cultura administrativista deste século XXI, que procura celebrar a isonomia (assimétrica) entre gestor público e pessoas privadas, com acolhimento a soluções eficientes, especialmente as consensuais, também nos litígios que abriguem as mais sérias ilicitudes. Lastreados no dever de respeito aos direitos fundamentais,<sup>3</sup> Administração Pública e pessoas privadas seriam tidas como detentoras da mesma estatura jurídica, com a possibilidade de se olhar nos olhos e negociar compromissos com abdições recíprocas. A discricionariedade negocial prestar-se-ia a constituir e dinamizar soluções aptas a configurar, consensualmente, a solução de interesse público.

2. Sublinhe-se que a controvérsia não está nas leis, que expressamente celebram a possibilidade de a Administração Pública e as pessoas privadas desenvolverem negociações, bastando-se mencionar como fonte por excelência desta marca da consensualidade o art. 26 da LINDB, verdadeiro permissivo genérico que autoriza os Poderes Públicos a celebrar acordos na esfera administrativa nos casos de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa.<sup>4</sup> Mas é apenas recente a ampla

---

3 Por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023 – a compreender que o Direito Administrativo brasileiro não se presta a celebrar os poderes da máquina administrativa, mas à promoção ativa dos direitos fundamentais.

4 Aprofundar em GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, “Art. 26 da LINDB – Novo Regime Jurídico de Negociação com a Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: FGV, 2018, pp. 135-169. Disponível em: <https://bi-bliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em 10/05/2023.

previsão da capacidade de negociar acordos pelos Poderes Públicos. Até o advento da Lei n.º 13.655/2018, os acordos administrativos eram tipicamente previstos e disciplinados em normas específicas. Não haveria de ser diferente com os acordos de leniência.

Apesar da incidência subsidiária do art. 26 da LINDB aos acordos de leniência, historicamente eles constam de leis específicas, com operacionalização detalhada em regulamentos igualmente específicos. Ao longo dos anos, a Administração Pública viu-se imersa em leis e atos regulamentares que previam os acordos de leniência.

A primeira experiência veio do setor antitruste, com a alteração da antiga Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/1994, hoje substituída pela Lei n.º 12.529/2011) em 2000, cujos resultados positivos alçaram o instrumento à posição de protagonista no âmbito do CADE e, o que importa mais ao presente estudo, estimularam a expansão dos acordos de leniência para outras aplicações práticas na Administração Pública. Certamente é a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) que sedimenta o acordo de leniência como um instrumento de direito administrativo, podendo ser utilizado por toda a Administração Pública para robustecer a detecção e repressão de ilícitos pela colaboração do leniente (por isso indica o acordo de leniência como um “acordo de colaboração”). Posteriormente, a Lei de Processo Administrativo Sancionador da CVM e do Bacen (Lei n.º 13.506/2017) previu a figura do “*acordo administrativo*” para os processos de supervisão do Bacen. Embora não carregar o famoso nome, este acordo administrativo é efetivamente um acordo de leniência. Trata-se de mais uma demonstração da funcionalidade do acordo de leniência para o sistema de Direito Administrativo brasileiro, a desafiar leituras mais simplistas.



Isso sem se falar do art. 151 da Lei n.º 14.133/2021 (a Lei Geral de Licitações e Contratos), que direciona a solução de litígios nos contratos administrativos brasileiros aos métodos adequados, enumerando exemplificativamente: negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Essa ordem de soluções, autônomas e heterônoma, distancia-se em muito do modelo anterior, que se pautava pela eternização dos conflitos, limitados à solução adjudicatória heterônoma via Poder Judiciário. Muito embora a Lei Geral de Licitações e Contratos não crie mais um acordo de leniência, ela integra o acordo de leniência anticorrupção (previsto na Lei n.º 12.846/2013) ao novo sistema punitivo das contratações públicas. São duas as previsões. Na primeira (art. 158, §4º, inc. II), mais expressa, a celebração de acordo de leniência suspende a prescrição da pretensão punitiva de cinco anos contra infração do art. 155 da Lei. Na segunda (art. 159), a Lei firma a regra de apuração conjunta no regime da Lei n.º 12.846/2013 das infrações do art. 155 que também se caracterizem como ato lesivo anticorrupção. Consequentemente, admite-se o endereçamento de uma infração ocorrida em procedimento licitatório ou quando da celebração de contrato pela leniência, o que torna este instrumento próprio do sistema de licitações e contratos, mesmo que previsto na Lei Anticorrupção.

Ou seja, inexistente qualquer dúvida de que os acordos público-privados destinados a solucionar conflitos, inclusive os de leniência, são legais.<sup>5</sup> Logo, o dissenso não diz respeito à constitucionalidade/legalidade, mas ao acolhimento de tal instituto e como ele deve ser aplicado antes,

---

<sup>5</sup> Legislação prestigiada pelo STF, onde o debate está nos efeitos dos acordos de leniência (inclusive multas) e respectivas provas (Inq 4428 QO-ED, Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 12/02/2019, *DJe* 28/02/2019; ADI 3150, Min. Roberto Barroso, T. Pleno, j. 13/12/2018, *DJe* 06/08/2019; AP 470 QO-décima segunda, Min. Roberto Barroso, T. Pleno, j. 13/12/2018, *DJe* 06/08/2019; Inq 4420 AgR, Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 28/08/2018, *DJe* 13/09/2018).

durante e depois da negociação. Debate que é também pertinente ao núcleo duro da discricionariedade negocial.

3. Uma vez que tais controvérsias não são legislativas, podem ser apelidadas de *culturais*, eis que se dão entre “grupos de diferentes civilizações”, como na mágica expressão de Samuel P. Huntington.<sup>6</sup> Isso a revelar que não existe um só Direito Administrativo monolítico, eterno e universal, mas blocos e identidades culturais (e respectivas histórias<sup>7</sup>), delimitados por conjuntos de valores a afastar as “diferentes civilizações” (ou “Eras”) jurídico-administrativas. São conflitos culturais com pitadas ideológicas, muitas vezes orientados pelo passado que insiste em se fazer presente.

4. Todavia, como pretendemos demonstrar, nosso objeto de estudo – acordos de leniência e seus desafios – precisa estar inserido na sociedade brasileira atual, a fim de nela ser percebido e submetido a críticas. A ordem jurídica positivada, a conviver com controvérsias complexas, direitos fundamentais e poderes públicos. Os traços do comportamento das culturas administrativistas também são determinados pelo contexto e assim merecem ser compreendidos e estudados.

---

6 O artigo seminal é “Clash of civilizations?” *Foreign Affairs*, summer/1993 (Disponível em: <https://web.archive.org/web/20070629022856/http://www.foreignaffairs.org/19930601faessay5188/samuel-p-huntington/the-clash-of-civilizations.html>. Acesso em 15/04/2023), posteriormente desenvolvido em HUNTINGTON, Samuel P. *Choque de Civilizações: a recomposição da ordem mundial* (trad. M. H. C. Cortês. São Paulo: Ponto de Leitura, 2010).

7 Para aqui nos valermos da ideia de “cultura jurídica”, pois o direito ocupa lugar central e diferenciado no mundo dos saberes (HESPAÑHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012). E do alerta contra as tentações do continuísmo (certos institutos compreendidos como naturais e permanentes, eis que desde sempre existiram, a proibir o jurista de aplicar o direito em seu contexto social e temporal) e do *evolucionismo* (escolhas presentes como consequências da deficiência do direito pretérito, a afastar o jurista da realidade social). A ideia é a de desenvolver perspectiva crítica construtiva, e colaborar no presente e futuro do Direito Administrativo.



Caso desprezado o que efetivamente se passa nos acordos de leniência, em especial quanto às suas consequências, estar-se-á a aplicar a cultura pretérita, cunhada para um Direito Administrativo que já não mais existe sozinho, a fim de tentar resolver desafios futuros. Aqui está o choque de civilizações, a causar dilemas de não-retorno e, ao menos em potência, frustrar o escopo de tais negociações público-privadas.

### **3. A COMPREENSÃO ANTIGA: ACORDOS PROIBIDOS NA ERA DA SIMPLICIDADE ADMINISTRATIVA**

5. O Direito Administrativo brasileiro foi originalmente configurado num cenário muitíssimo mais simples do que o dos dias presentes.<sup>8</sup> Nem faz tanto tempo assim, mas era um mundo sem convivência digital, onde as demandas sociais eram poucas se comparadas às que hoje existem. A democracia engatinhava e os direitos sociais não haviam impactado a racionalidade administrativa do Estado. Supunha-se que a Administração Pública era onipotente, onipresente e onisciente, a manejar algumas poucas variáveis para formar suas decisões. Os conceitos clássicos davam conta dos desafios – e isso pode ser dito dos atos e contratos

---

8 Sobre a história do Direito Administrativo brasileiro, v. SUNDFELD, Carlos Ari, “A Construção do Direito Administrativo Brasileiro e suas ideias”, *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 55-72. Ampliar em: FERRAZ, Sergio. *Tratado de direito administrativo brasileiro: parte geral*, vol. I. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 77-100; GUANDALINI JÚNIOR, Walter. “Espécie invasora: história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX”, *Revista de Direito Administrativo – RDA* 268/213-247. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50740/49683>. Acesso em 15/04/2023; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O direito administrativo brasileiro de base romanística e de common law.” *Revista de Direito Administrativo – RDA* 268/55-81. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50735/49533>. Acesso em 15/04/2023.

administrativos. Nesse mundo singelo, cujo eixo central era a “máquina administrativa”, não havia participação das pessoas privadas.

As decisões administrativas eram elaboradas *interna corporis* e verticalmente impostas aos particulares, cujo diálogo com a Administração Pública se resumia à obediência ao ato administrativo. A subordinação e a adversariedade marcavam as relações administrativas e a parca defesa de direitos e interesses particulares era fundamentalmente judicial via mandado de segurança, no caso brasileiro.

Trata-se da *Era da Simplicidade administrativa* (1873-1973).

### 3.1 O início e a explicação dessa *Era da Simplicidade*

6. O início dessa *Era da Simplicidade* pode ser estabelecido com o *arrêt Blanco*, da Corte de Cassação francesa (momento em que, em termos ocidentais, nasce o Direito Administrativo como disciplina autônoma) e sua frustração está no impacto sofrido em decorrência da *crise do petróleo* (a demonstrar que o Estado brasileiro não era todo-poderoso e que o Direito Administrativo não conseguia vergar a realidade).<sup>9</sup> Nosso Direito Administrativo nasceu, portanto, fortemente influenciado por compreensões dogmáticas francesas e sofreu impacto internacional em momento de franca expansividade (o “Executivo Forte” do

---

9 Adotamos aqui, em termos bastante rasos, a controversa *periodização da história*, propondo a divisão do Direito Administrativo em “Eras” correspondentes a períodos em que ele possuía determinada racionalidade e respectiva “cultura jurídico-administrativa” (como na periodização eurocêntrica, mas não tão sofisticada). Escoramo-nos, de modo bastante acanhado, em gigantes como BOBBIO, Norberto (*A Era dos Direitos*. Trad. C. N. Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004) e HOBBSBAWN, Eric (*A Era das Revoluções: 1789-1848*. Trad. M. L. Teixeira. São Paulo: Paz e Terra, 2012; *A Era do Capital: 1848-1875*. Trad. L. Costa. São Paulo: Paz e Terra, 2012; *A Era dos Impérios: 1875-1914*. Trad. S. M. Campos. São Paulo: Paz e Terra, 2012; e *A Era dos Extremos*. Trad. M. Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).



regime civil-militar de 1964-1985), que forçou o seu retraimento diante da impotência do Estado-Administração.

Nesses 100 anos, havia uma cultura jurídica consistente, que resolvia a maior parte dos problemas, criada com lastro na repercussão/adaptação da jurisprudência administrativa francesa. De tão singelos que eram os casos, sua lógica era sempre alargada e se aplicava em outros sistemas jurídicos. Havia consistência dogmática em se construir torres de princípios jurídicos e, assim, defender a harmonia e estabilidade do regime jurídico-administrativo.

7. Essa cultura originária consolidou uma Administração Pública unitária e com soluções predefinidas, feita para um mundo relativamente simples (com poucos elementos básicos, sem maiores desdobramentos) e completo (pleno de informações, no máximo de sua perfeição), em que as relações jurídicas eram basicamente bilaterais.

Depois disso, as décadas de 1980 e 1990 começaram a promover a erosão da simplicidade: o mundo tornou-se complexo, quase sem fronteiras, com muitos elementos dinâmicos e pleno de alternativas, a subtrair as certezas e instalar severas assimetrias e imperfeições informacionais.<sup>10</sup> O que veio a se acentuar neste século XXI, como será visto mais abaixo.

8. De qualquer forma, fato é que, aos poucos, a academia brasileira publicou cursos e manuais que consolidaram as perspectivas desse Direito Administrativo estático e permanente – cujo merecido sucesso

---

10 Cf. MOREIRA, Egon Bockmann, “Normatividade legal v. regulatória – caso ‘TV a Cabo, STF’: ADI nº 4.923”, in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann, e GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da Regulação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 43-56.

editorial vige até os dias presentes.<sup>11</sup> A representação permitiu que houvesse certa harmonia: inexistem rupturas nos manuais, que não são alterados em suas estruturas, mas nas informações a elas agregadas. Há alguma dissonância na apresentação – valorizando-se ou o normativismo principiológico ou a máquina administrativa e respectiva divisão orgânica do poder-, mas a essência dos cursos tem forte identidade.

Examinados no tempo, fato é que nem mesmo uma nova Constituição e posteriores emendas geraram transformações radicais, como que a confirmar a máxima de Otto Mayer: “o Direito constitucional passa, o Direito Administrativo fica”.<sup>12</sup>

---

11 Podem ser chamados de clássicos – resistiram ao tempo, fiéis à tradição – três manuais que marcaram esse período da cultura jurídica brasileira e orientaram o estudo do Direito Administrativo nos últimos 30-40 anos: MEIRELLES, Hely Lopes (*Direito Administrativo Brasileiro*, cuja primeira edição é de 1964 e, a mais recente, a 44ª, de 2020, pela Malheiros Editores, de São Paulo); MELLO, Celso Antônio Bandeira de (cuja primeira edição era denominada de *Elementos de Direito Administrativo*, publicada em 1980, e a mais recente, como *Curso de Direito Administrativo*, é a 36ª, de 2023, pela Editora Fórum, de Belo Horizonte); e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (*Direito Administrativo*, cuja primeira edição data de 1990, e a 35ª, de 2022, pela Editora Atlas, de São Paulo). Essas grandes obras sintetizam o retrato em branco e preto desse período e de suas conquistas acadêmico-dogmáticas, com significativas repercussões nos tribunais. Basta ver que a pesquisa pelo nome dos autores no Superior Tribunal de Justiça resultou nestes achados: 2 acórdãos repetitivos, 3.047 acórdãos e 8.037 decisões monocráticas para “Hely Lopes Meirelles”; 1 súmula, 1 acórdão repetitivo, 746 acórdãos e 4.002 decisões monocráticas para “Celso Antônio Bandeira de Mello”; 358 acórdãos e 1.411 decisões monocráticas para “Maria Sylvia Zanella Di Pietro” (pesquisa no site [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), no dia 15/03/2020). À toda evidência, existem outros cursos e manuais de igual valor e também representativos da *Era da Simplicidade*, mas tal pesquisa não é objeto deste artigo, que respeitosamente traz essas obras de modo exemplificativo.

12 Como nos alertou J. J. Gomes Canotilho, esse “Estado serviu para dar resposta a uma tarefa pública central e incontornável de qualquer juridicidade estatal: resolver o problema da violência, garantindo a liberdade e a segurança dos cidadãos.” (“O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 710). Sobre essa temática, v. COUTO E SILVA, Almiro do (“Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 209, p. 43-70, jul. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47041>>. Acesso em: 15/04/2023) e BAPTISTA, Patrícia e CAPECCHI, Daniel (“Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão”. *Revista de Direito da Cidade*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1938-1960, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>>. Acesso em: 15/04/2023).



9. Se pudesse ser sintetizada, a simplicidade residia sobretudo no fato de que o Direito Administrativo envolvia duas ou três atividades privativas das pessoas públicas (poder de polícia, serviços públicos, intervenções e desapropriações), que enfeixavam quase todas as relações jurídico-administrativas com as pessoas privadas. Uma unidade lógico-cultural conferia estabilidade ao modelo. Como se evidencia, atividades fundamentalmente pautadas na autoridade estatal. Mesmo no campo prestacional dos serviços públicos, imperava a centralidade pública do planejamento, da prestação e da execução. Era o direito da “máquina” administrativa (seus órgãos e entidades), preocupado com o exercício dos poderes públicos e o seu controle pelo próprio Estado (hierarquia, Tribunais de Contas e o Judiciário).

Além disso, neste alvorecer não havia direitos subjetivos públicos, mas colaboração privada no controle público da legalidade objetiva (estampada, por exemplo, na Lei de Ação Popular – Lei n.º 4.717/1965), numa lógica válido/inválido. Se direitos subjetivos públicos houvesse, seriam circunscritos às relações binárias subordinativas: não se falava em relações administrativas multilaterais ou plurissubjetivas.<sup>13</sup> Um só sujeito (a Administração Pública), a aplicar o direito que chamava de seu, sob um único regime jurídico (o de Direito Administrativo), organizado de modo supostamente harmônico e estável por meio de sua sistematização principiológica.

---

13 Cf. Vasco Manuel Pereira da Silva: “A multilateralidade surge como a característica mais marcante da Administração do Estado pós-social. As decisões administrativas, típicas da Administração prospectiva ou prefigurativa, não dizem respeito a um relacionamento meramente bilateral entre os privados e os órgãos decisores, mas correspondem antes a um relacionamento multipolar, uma vez que produzem efeitos susceptíveis de afectar um grande número de sujeitos.” E, mais adiante: “O alargamento dos direitos subjetivos públicos com base nos direitos fundamentais implicou, portanto, a reformulação do conceito de relação jurídica, obrigando a considerar como sujeitos das ligações administrativas outros privados que não apenas aqueles a quem são aplicáveis normas ordinárias de cariz indiscutivelmente subjectivo, ou que são os imediatos destinatários de actos administrativos.” (*Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 130 e 273).

Nesse ambiente, os contratos repercutiam a simplicidade da permuta e seus descendentes (aquisição de bens e serviços cuja completude de informações era de pleno acesso), mas se tornavam “administrativos” pela exorbitância dos poderes públicos. Igualmente, os atos eram as manifestações unilaterais da vontade administrativa, compreendida sempre *interna corporis*. A racionalidade unilateral do ato a limitar os contratos em que a Administração Pública era parte que os ditava, a tal ponto que o primado do “interesse público” – de invocação exclusiva por parte do Estado – seria fundamento jurídico suficiente para desconstituir relações jurídicas com a Administração Pública (sem maiores exigências de motivações, garantias e mensuração de consequências jurídicas).

### 3.2 Os oito dogmas da Era da Simplicidade

10. Esse período autorizou a consolidação de uma Administração Pública com características próprias, prestigiadas pela dogmática jurídico-administrativa e pelos tribunais. No caso brasileiro dessa *Era da Simplicidade* vigiam alguns dogmas (nem todos com a mesma intensidade), a seguir sintetizados em oito:

- i. *Legalidade executiva*: a Administração Pública presta-se a dar “fiel execução” à lei.<sup>14</sup> Só lhe são permitidas condutas complementares à legislação, veda-se a inovação e a criatividade;
- ii. *Supremacia*: a Administração Pública ocupa total e incontestável superioridade nas relações jurídicas, em vista de

---

14 Por exemplo, o STJ julgou que determinado decreto “não é inconstitucional ou ilegal, porquanto se relaciona diretamente como o poder-dever da Administração de rever seus atos e visa dar fiel execução ao disposto no diploma legal em referência, segundo o art. 84, IV, da Constituição Federal.” (MS 8.635, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 29/5/2006).



ser dona do interesse público positivado em lei.<sup>15</sup> Suas decisões são qualificadas por esse poder supremo;

- iii. *Indisponibilidade*: o interesse público não pode ser nem apropriado nem disponibilizado.<sup>16</sup> Deve-se atar o administrador, por meio da funcionalização: seus poderes não lhe pertencem;
- iv. *Império do ato*: a razão de existir do Direito Administrativo gira em torno do ato unilateral.<sup>17</sup> Sempre arrogante (imperativo, auto executório e com presunção de legitimidade), ele é elaborado *interna corporis* e imposto verticalmente;
- v. *Discricionariedade de primeiro ótmo*: as escolhas discricionárias não são neutras, mas se lhes exige a *melhor so-*

---

15 Por exemplo, o STJ expressamente consignou “não ser cabível o pagamento de indenização por acessões ou benfeitorias, nem o reconhecimento do direito de retenção, na hipótese em que o particular ocupa irregularmente área pública, pois admitir que o particular retenha imóvel público seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que não se harmoniza com os princípios da indisponibilidade do patrimônio público e da supremacia do interesse público” (STJ, REsp 1.183.266, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *DJe* 18/5/2011).

16 Por exemplo, este julgado do STJ: “À luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, eventual omissão do Estado no exercício do seu poder de polícia- ao deixar de fiscalizar e adotar medidas cabíveis para se opor ou reagir à apropriação irregular de bem público- não transforma o errado em certo, irrelevante ademais que a injuricidade ocorra às vistas do Administrador ou com a sua inércia, conivência ou mesmo (inconcebível) aceitação tácita. Tolerância administrativa não converte em boa-fé aquilo que a lei qualifica como má-fé, pois admitir-se o contrário seria o mesmo que reconhecer a servidores públicos a possibilidade de, por meio de um simples fechar de olhos, rasgarem a norma e a vontade do legislador.” (REsp 1.986.143, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 19/12/2022).

17 Nesse sentido, o STJ: “Ademais, gozam os atos administrativos de presunção de legitimidade e legalidade, atributos que, embora não se mostrem absolutos, não podem ser afastados senão mediante prova robusta a ser apresentada por quem os contesta, de onde não prosperar o esforço do impetrante para colocar em dúvida, sem prova documental convincente, a validade da avaliação de desempenho que conferiu estabilidade aos servidores designados para compor a Comissão do Processo Administrativo Disciplinar.” (MS 23.845, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, *DJe* de 4/11/2019).

*lução possível*.<sup>18</sup> Os atos administrativos aproximam os homens dos deuses e de suas qualidades. A marca humana da imperfeição está banida;

vi. *Ilegalidade intransponível*: se o agente descumprir a legalidade, o ato não gerará efeitos válidos.<sup>19</sup> As nulidades devem ser decretadas, eis que delas não nascem direitos;

vii. *Sanção vinculada*: as punições são atos vinculados.<sup>20</sup> Averiguada a prática do ilícito por meio do devido processo, deve-se aplicar a sanção prevista em lei;

viii. *Processualidade mitigada*: a juridicidade e todo o espectro de controle se concentram na decisão final – o ato administrativo, por excelência –, relegando-se ao processo papel secundário da ação administrativa e, não raro, ausente na sua formação (prestigiando-se o “procedimento”, o rito interno, e não o “processo”, a relação jurídica posta entre sujeitos de direito).<sup>21</sup>

---

18 Também no STJ existe a seguinte decisão, que serve de exemplo: “a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.” (REsp n. 764.085, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/12/2009).

19 Essa essência é bem representada pela Súmula 473, do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

20 Por exemplo, neste julgado do STJ: “Quando se trata dos efeitos de atos vinculados, a administração pública não pode aplicar medidas mais brandas das que estão previstas em Lei. Entendimento semelhante é utilizado pelo STJ no âmbito do processo administrativo disciplinar quanto à determinação da sanção administrativa a ser imposta.” (RMS 56.185, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/8/2018).

21 Ou mesmo tornam desnecessário o processo, em vista de “verdades sabidas”, como neste exemplo do STJ: “Desnecessidade de processo preliminar para aplicação de pena de suspensão inferior a trinta dias, nos termos da lei, na hipótese de ‘verdade sabida’.” (REsp 62.298, rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 17/4/1995).



11. Estas máximas afastavam o Direito Administrativo de todas as outras disciplinas jurídicas, ao configurar o *regime jurídico-administrativo*: aquele feixe de normas (princípios e regras) que lhe conferia autonomia formal-material. Tal regime jurídico era único, monolítico, ancestral, estático e blindado, a tornar a Administração Pública toda poderosa, ornamentada por privilégios extraordinários e verticais nas suas relações com as pessoas privadas.

Por isso que essa Administração Pública se supunha *onisciente* (detinha todas as informações necessárias e suficientes à prática de qualquer ato), *onipresente* (estava, ao mesmo tempo, em todos os lugares de interesse público) e *onipotente* (titular de poderes supremos e inabdicáveis).

12. Tal percepção afasta-se da representação política “Estado/cidadão” e se aproxima da de “soberano/súditos”. O imperador é substituído pelo chefe da Administração Pública hierarquicamente organizada e seus atos advêm da lei, que sucede a Deus na condição de fonte e parâmetro de exercício do poder estatal.<sup>22</sup> Já não mais existe a tradição sanguíneo-hereditária do detentor do poder, mas sim a definição de quem, nos termos da fiel execução à lei, fala o interesse público por meio do exercício dos poderes públicos que ela lhe atribui.

Em contrapartida, o súdito é encarnado no cidadão que possui alguns poucos direitos, sempre submetidos à supremacia do interesse público. A Administração era monopolista do interesse público (*public interest maker*; não *public interest taker*).

---

22 Como exemplo extremo, podemos nos lembrar da tese de Carl Schmitt quanto ao positivismo/normativismo jurídico, em que o elemento transcendente não é o Deus cristão, mas sim a própria noção de direito, secularizada em normas e teorias: o governo das leis e das decisões nelas lastreadas. V. SCHMITT, Carl, *Political Theology*. Trad. G. SCHWAB. USA: Univ. Chicago Press, 2010; MACEDO, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

### 3.3 A Era da *Simplicidade*, seus atos e contratos supostamente simples e completos

13. Nesse universo com poucas variáveis e, portanto, altamente previsível, os contratos administrativos – tal como a maioria dos negócios jurídicos civis de então – presumiam-se simples e completos. A bem da verdade, o adjetivo “administrativo” dizia respeito às consequências de a entidade pública estar num dos polos da relação (e não a contratos típicos, exclusivos<sup>23</sup>), para marcar sua superioridade.

Havia na Administração Pública contratos semelhantes aos do Código Civil, com adaptações decorrentes do *soi-disant* regime jurídico-administrativo. Exemplos são a empreitada simples e a compra e venda, originariamente regidos pela legislação civil e, aos poucos, fagocitados pelo Direito Administrativo.

14. Essa tamanha simplicidade autorizava a presunção de ser a Administração Pública detentora de todas as informações necessárias e suficientes à elaboração de qualquer negócio jurídico. Ato administrativo que é, o edital haveria de ser definido *interna corporis*, em sigilo indevasável. Ao particular interessado cabia submeter-se ao ato convocatório, demonstrar que estava à altura do desafio (habilitação técnica, jurídica e financeira) e, assim, apresentar propostas que colmatassem as poucas lacunas nele predefinidas (sobretudo o preço).

Em outras palavras, o ato administrativo “edital” definia unilateralmente o contrato e o impunha ao contratante privado, eis que consubs-

---

23 Exceção feita às concessões de serviço público: espécie rara no ordenamento jurídico brasileiro até meados da década de 1990, sua expansão deu-se com a Lei nº 8.987/1995 (depois, surgiram outras *fattispecies* normativas, como as Parcerias Público-Privadas da Lei nº 11.079/2004). Tais contratos são tipicamente administrativos e não se reproduzem no ambiente privado. Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*, 2ª ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2023, passim.



tanciava a melhor escolha possível para o interesse público que ao administrador cumpria zelar. A seleção da proposta mais vantajosa dependia do julgamento objetivo da habilitação técnica e o preço era submetido a uma só oferta fechada: trata-se da modalidade concorrência, que reinou soberana na Lei nº 8.666/1993 (art. 22, inc. I e § 1º, e 23, § 3º).

Esse procedimento matricial denominado de “concorrência”, com fase inicial *interna corporis* fechada, a impor a análise da fase de habilitação (jurídica, econômica, técnica e financeira) antes da fase da proposta de preço (uma única para cada licitante, em envelopes fechados, entregues concomitantemente aos documentos de habilitação), gerou dificuldades e custos desproporcionais, eis que autorizava recursos administrativos e ações judiciais para cada uma das fases (além do estímulo à formação de cartéis e à indústria de atestados técnicos).

15. Mais: a qualidade dos contratos simples e completos era também revelada pelo curto prazo. Como se sabia exatamente o que seria feito e quanto custariam ao Erário, os contratos administrativos duravam um par de anos (ou pouco mais). Era definidos com base em dados presentes e exaustivos.

Por isso que, para os inadimplementos, a Administração Pública se preocupava com multas, correção monetária (atualização do valor real da moeda) e juros. A Lei n.º 8.666/1993, símbolo dessa era da simplicidade administrativa, é clara ao se direcionar para o passado, não ao porvir.<sup>24</sup> Não cogitava de projeções de cenários e situações futuras, nem de com-

---

24 A Lei n.º 8.666/1993 é pródiga em olhar para o passado, por exemplo, quando da desconstituição de contratos administrativos, independentemente de suas consequências para a relação contratual ou para terceiros que se relacionam a esta contratação pública, notadamente os potenciais beneficiários do objeto contratual: “[a] declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos” (art. 59, *caput*).

portamentos de terceiros. Demandava poucos regulamentos para sua execução (congelando legislativamente as escolhas), ao mesmo tempo em que não continha qualquer previsão expressa para solução consensual de conflitos (ou dos demais métodos adequados).

O que pretendia reduzir riscos e atenuar a subjetividade dos contratantes (de um lado, o mesmo administrador público que concebera o contrato e, de outro, aquela pessoa privada que estudara o edital, construía a proposta e assinara o contrato). As variáveis – internas e externas ao contrato – eram limitadas e predefinidas.

16. Nesse cenário, lei e regulamentos eram estáticos e com pouca (senão nenhuma) variação futura. Eram editados para permanecer. Logo, a Administração poderia estimar, quando da assinatura do contrato, todas as soluções jurídicas para eventuais conflitos, oriundas do pleno conhecimento dos fatos combinado com a estabilidade das regras. Isso sem se falar nos poderes contratuais extraordinários e na supremacia de suas decisões. Se o ato administrativo não se impusesse, caberia à pessoa privada o recurso ao Poder Judiciário (e o pagamento de seu crédito décadas depois, por meio do precatório requisitório<sup>25</sup>).

17. Ocorre que, nesse mundo ideal de contratos supostamente completos e simples, também havia conflitos, que versavam sobre a respectiva execução. Mas, uma vez que emergiam de contratos civis, não demandavam qualificação extraordinária para a respectiva solução: o Poder Judici-

---

25 Situação instaladora de debate dogmático quanto à viabilidade (ou não) de acordos nos quais a pessoa privada dá um substancial desconto à Administração Pública, a fim de receber o pagamento devido antes da longa espera do precatório. A esse respeito, v. DALLARI, Adilson Abreu. “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 9/9-26. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005. Sobre o regime dos precatórios requisitórios, v. MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina; KANAYAMA, Rodrigo; AGOTANI, Diogo. *Precatórios*, 5ª ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2023.



ário e a fonte dogmática dos manuais clássicos traziam as respostas corretas, que haviam sido construídas na primeira metade do século XX.

Com tudo negocialmente tão simples, também os litígios eram circunscritos e auto exaurientes: limitam-se ao contrato, seus sujeitos signatários e elementos internos (poucos e limitados efeitos para além das fronteiras objetivas e subjetivas do pacto). Não se preocupavam com as consequências. A solução do conflito era problema a ser submetido a processos judiciais de longo prazo, a culminar em precatórios (o corolário do inadimplemento: condenada a pagar, a Fazenda Pública procrastinava). Quando muito, ao conflito eram agregadas de ações de improbidade e demandas criminais (também circunscritas ao núcleo objetivo-subjetivo do contrato).

É fácil constatar que as potenciais controvérsias nos contratos administrativos instalavam estímulos para situações de “perde-perde”: inadimplementos contumazes; sociedades privadas a receber incentivos para superestimar os preços; administrador público seduzido a alocar as verbas em outras despesas (inclusive, no superávit), eis que não precisaria pagar o contratado no tempo e modo ajustados. Porém, tais litígios eram *inter partes* e tendiam a não gerar efeitos em outros planos (a não ser as externalidades negativas).

18. Em suma, os contratos administrativos da *Era da Simplicidade* eram exatamente bilaterais (Administração Pública e pessoa privada); sinalagmáticos (mútua dependência das obrigações) e comutativos (as prestações a que se obrigam os contratantes são recíprocas e perfeitamente equivalentes). Ao seu tempo, os atos administrativos eram exatamente unilaterais, sem qualquer participação das pessoas privadas em sua elaboração. Tudo num mundo em que a assimetria de informações não era levada em conta.

Por isso que, nesse cenário – legalidade, supremacia, indisponibilidade, império do ato, discricionariedade de primeiro ótmo, ilegalidade intransponível, sanção vinculada e processualidade limitada – os acordos eram proibidos. A cultura jurídica tradicional construiu uma civilização

de administrativistas avessos às negociações, especialmente na seara sancionatória. Não só não se precisava negociar no mundo dos contratos simples e completos, mas as tratativas eram recriminadas. Negociar administrativamente era feio; bonito, só aplicar a lei e ajuizar ações judiciais.<sup>26</sup> “Sempre foi assim”, “não está na minha alçada”, “multa não se negocia” e “fazemos o acordo depois da sentença” tornaram-se chavões. Caso detectadas ilegalidades, nascia o dever de punir, sem exceções (e o controle dava-se quanto a abusos).

19. Ocorre que essa *Era da Simplicidade* já acabou. Ou, se ainda existe, ficou restrita a contratos banais, de “bens e serviços comuns” do pregão (a Lei n.º 10.520/2002).<sup>27</sup> Se Administração Pública sabe de alguma coisa em sua plenitude, está no fato de que ela não é onisciente e não mais habita aquele mundo antigo, sem assimetria de informações. Tampouco o Poder Judiciário consegue resolver, muito menos em prazo hábil, todos os processos desse imenso litigante que é a Administração Pública brasileira. O volume de processos tornou-se inadministrável – e a complexidade das relações impede o seu conhecimento adequado.

---

26 Note-se que, nos manuais citados na nota de rodapé nº 9, não há capítulos cujo título seja “negociação” ou “acordos” administrativos (exceção feita ao *Direito Administrativo*, da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo atual 20º capítulo tem como título “Arbitragem, Mediação e Autocomposição de Conflitos na Administração Pública”). Mas todos contam com tópicos específicos de órgãos e entidades, ato administrativo, poder de polícia, responsabilidade e controle (interno e externo).

27 A Era da Simplicidade administrativa tanto já acabou que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021) logo irá revogar a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002), trazendo esses contratos ditos de “*prateleira*”, comuns, para um cenário de maior sofisticação contratual, que passa a ser a configuração jurídica esperada para as relações contratuais públicas. Métodos alternativos de resolução de conflitos, regime de invalidação contratual, disciplina sancionatória, fiscalização colaborativa, segregação de funções, etapa de planejamento e racionalidade das prerrogativas públicas deverão ser observados nos contratos originalmente licitados por pregão.



Descobriu-se o óbvio: é muito mais eficiente negociar do que litigar, a fim de resolver os conflitos que são naturais a contratações público-privadas. É de interesse público negociar e resolver os conflitos consensualmente.

#### **4. A COMPREENSÃO ATUAL: ACORDOS NECESSÁRIOS NA ERA DA COMPLEXIDADE ADMINISTRATIVA**

20. Quando menos desde a década de 1970, descobriu-se que os contratos – todos, inclusive os administrativos – albergam severas assimetrias de informações, que geram custos ordinários e extraordinários. Os contratos simples e plenos de informação confiável são a exceção – como bem demonstrou Akerlof em sua consagrada tese sobre o mercado de automóveis usados.<sup>28</sup>

Quanto mais intenso em suas variáveis factuais, maior será a inabilidade de um contratante em detectar as ações e intenções do outro. Caso

---

28 AKERLOF, George A. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics* 84 (3), ago/1970, pp. 488-500. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1879431>. Acesso em 15/04/2023. Em brevíssimo resumo, nesses mercados nenhum comprador consegue avaliar com precisão o valor do produto em momento anterior à venda, ao passo que os vendedores sabem avaliar com maior precisão os mesmos produtos. Estes são incentivados a oferecer produtos de baixa qualidade como se de alta qualidade fossem. Os vendedores de produtos com alta qualidade e preço compatível não dispõem de meios para fazer com que os compradores acreditem em suas informações. Além disso, as garantias públicas de credibilidade quanto a qualidade e preço são deficientes. O custo da desonestidade não só implica enriquecimento ilícito do vendedor, mas gera externalidades negativas ao retirar negócios legítimos dos mercados. Pensemos em obras, bens e serviços públicos: porque será que o vulgo “café de licitação” é o pior de todos, mas ainda assim, continua a habitar as repartições públicas? E as canetas muito mais baratas, mas que não escrevem? Um passo avante, pense-se em obras complexas: como obter informações adequadas a respeito de bens e serviços desconhecidos? Sobre o tema nas contratações públicas brasileiras e por todos, v. NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. “Assimetrias de informação na Nova Lei de Licitações e o problema da seleção adversa”. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Artigo-MN-e-PD-Direito-e-Desenv-GP.pdf>. Acesso em 15/04/2023.

o contrato se alongue no tempo e dependa de terceiros para sua execução, será agravada – em termos objetivos e subjetivos – a ausência de certezas. Haverá riscos: fatos futuros e incertos que, por terem ocorrido no passado, podem ser quantificados para o futuro, mas jamais se saberá no presente se eles ocorrerão (ou não). E existirão incertezas: eventos futuros desconhecidos no presente, eis que inéditos ao passado.

21. Nos dias de hoje, poucos são os negócios jurídico-administrativos simples e completos: aqueles em que as partes conseguem, quando de sua lavratura, especificar todas as situações que o impactarão e, assim, especificam as consequências legais para a unanimidade dos eventos. Os contratos completos preveem as certezas e, mais do que isso, todas as contingências, assinalando as soluções jurídicas para tudo o que pode (ou não) ocorrer.

Imagine-se um contrato de parceria público-privada com 30 anos de duração e obras de elevada complexidade, dependentes de receitas advindas do público usuário. Se alguém afirmar que consegue clausular todas as contingências estará mentindo. Tais contratos são *naturalmente incompletos*, qualificados por *informações assimétricas* (um dispõe de maior qualidade de informações do que o outro) e *imperfeitas* (um não sabe quais seriam todas as informações necessárias).<sup>29</sup> Não se trata de compra à vista de *commodities*, em que as informações tendem a ser simétricas: um saco de soja não contém segredos e o preço é definido em certa moeda.

Nos jogos de xadrez, as informações do próprio jogo são perfeitas: todas as peças estão no tabuleiro, as jogadas são lá feitas por meio de mo-

---

29 A esse respeito, v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*, 2ª ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2023, pp. 110-131.



vimentos predefinidos e ambos os jogadores as enxergam. Nos jogos de cartas, não. Os contratos administrativos de longo prazo estão mais próximos dos jogos de cartas e das loterias do que propriamente dos de xadrez.

22. Não é devido a um acaso, portanto, que a Lei nº 14.133/2021 carrega na consensualidade como técnica de definir escolhas antes, durante e depois da execução do contrato administrativo. Igualmente, não deve ser vista com estranheza a “decisão cooperativa” agregada à Lei 9.784/1999 pela Lei nº 14.210/2021. Examinemos rapidamente essas duas novidades estruturais do ordenamento jurídico brasileiro, começando pela (hoje) nova lei de licitações.

#### **4.1 A Era da Complexidade e suas manifestações: a nova Lei de Licitações e as “decisões coordenadas”**

23. Quanto à Lei nº 14.133/2021, a premissa está em que ela não pode ser interpretada com os olhos no passado, como se fosse mero agregado de leis antigas. Ela demanda esforço hermenêutico que, ao mesmo tempo, respeite as conquistas das Leis n.º 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão) e n.º 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), mas sempre sob nova perspectiva: aquela que entrará em vigor em dezembro de 2023 (nos termos da Medida Provisória n.º 1.167/2023). A Lei n.º 14.133/2021 deve ser interpretada a partir do microsistema normativo por ela mesma instituído. Isso faz com que o intérprete se veja obrigado a procurar, em meio a centenas de dispositivos, pontos normativos de ligação, que confirmem congruência à unidade do diploma: a estrutura da lei, que a ela dá sustentação e identidade, de molde a distingui-la das anteriores.

Três dos tópicos que podem nos ajudar a revelar a autonomia da nova Lei de Licitações, dentro de sua unidade sistemática, são a incorporação expressa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a consensualidade espraída, e a Lei Anticorrupção. Tais dispositivos têm implicações recíprocas, como se demonstrará a seguir.

23.1 O art. 5º da Lei n.º 14.133/2021, ao positivar os princípios para sua aplicação, foi bastante exagerado, eis que arrolou 22 (vinte e dois) expressos. Se levados a sério, os princípios orientarão de modo vinculante a conduta da Administração. O que aqui mais nos importa é a regra de fechamento do art. 5º, que faz menção expressa à LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942, acrescido dos arts. 20 a 30 pela Lei 13.655/2018), a parametrizar o exercício das competências administrativas. Dúvida não há de que a atividade administrativa de licitar, contratar e dar fiel execução aos contratos está normativamente pautada pela LINDB.

Examinemos, muito rapidamente, algumas das mais relevantes previsões da LINDB com incidência imediata na Lei nº 14.133/2021. O art. 20 estatui proibição geral a provimentos administrativos, quaisquer que sejam, “com base em valores jurídicos abstratos [leia-se: princípios] sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, sendo que a motivação de tais atos haverá de demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta (...), inclusive em face das possíveis alternativas”. O art. 22 da LINDB determina o exame dos fatos – “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e das políticas públicas a seu cargo” – para a interpretação das normas sobre gestão pública. Isto é, aquela situação concreta objeto da atividade administrativa não pode ser dissociada de seu entorno factual, nem dos respectivos esforços e obstáculos enfrentados pelo agente. Igualmente como critério que pautará a aplicação da Lei n.º 14.133/2021 está o art. 26 da LINDB, que faculta



a celebração de “compromisso com os interessados” com o escopo de “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”. Ao invés de simplesmente vigiar e punir, é de todo indicado ter como escopo aperfeiçoar a execução do contrato e gerar vantagens para as partes envolvidas. De relevância equivalente são os arts. 28, que limitam a responsabilização dos agentes públicos a casos de “dolo ou erro grosseiro”, e 30 da LINDB, que reforça o dever de prestígio à “segurança jurídica na aplicação das normas”. Ambos os preceitos blindam a conduta dos agentes responsáveis e têm como vetor o prestígio à segurança das boas práticas administrativas.

23.2 Além disso, a Lei nº 14.133/2021 é recheada de técnicas avançadas de consensualidade, desde a fase prévia à licitação até o término do contrato, como o *diálogo competitivo* (art. 32); o *procedimento de manifestação de interesse* (art. 81); a *negociação pré-adjudicatória* (art. 61); a competência para *sanar ex officio falhas formais menores* (art. 64); e a expressa previsão de toda a plêiade de *métodos adequados de solução de conflitos*, auto e heterocompositivos: negociação, mediação, conciliação, comitês de solução de disputas e arbitragem (art. 151). Aqui, existe algo de estruturalmente novo, a alterar o modo de se compreender o relacionamento público-privado nas contratações administrativas.

A ideia de consensualidade público-privada, portanto, configura noção estrutural da Lei n.º 14.133/2021, que a afasta da lógica anterior e dissipa eventual influência dos conceitos elaborados à luz da Lei n.º 8.666/1993. Em decorrência, as concepções de supremacia, indisponibilidade e submissão das pessoas privadas à Administração não mais ilustram as licitações e contratos administrativos brasileiros.

24. Ao seu tempo, a Lei n.º 14.210/2021 acrescentou ao processo administrativo brasileiro a “decisão coordenada” na Administração federal. A matéria integra o Capítulo XI-A, arts. 49-A a 49-G, da Lei nº 9.784/1999, com o seguinte conceito normativo: “considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.”

24.1 Em primeiro lugar, note-se que Lei nº 14.210/2021 tem origem na proposta do anteprojeto de normas gerais para a Administração Pública, oriunda de grupo de juristas liderados pelo professor Paulo Modesto, que tinha como um de seus eixos centrais a coordenação e a uniformidade da atuação administrativa, a fim de atenuar o risco de colisões e decisões antitéticas por parte de órgãos e entidades.<sup>30</sup> A “decisão coordenada” é uma das formas de atuação cooperativa da Administração Pública: os órgãos e entidades são incentivados a desenvolver esforços colaborativos, a fim de negociar soluções multipartes com incidência unitária em seus polos ativos (os sujeitos administrativos a quem se imputam os atos) e passivos (as pessoas privadas que experimentarão, direta ou indiretamente, os efeitos).

Sérvulo Correia, ao tratar da “conferência procedimental” portuguesa, traz lições que assim podem ser adaptadas à “decisão coordenada” brasi-

---

30 Cf. MODESTO, Paulo. “Anteprojeto de Nova lei de Organização Administrativa: síntese e contexto”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE* 27, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jul./set. 2011, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevis-ta.asp?cod=524>. Acesso em 15/04/2023. Ampliar em: CABRAL, Antonio do Passo; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Decisão administrativa coordenada*. Salvador: Juspodivm, 2023.



leira: trata-se de processo acessório, que instala “uma matriz do exercício em comum ou conjugado de competências tituladas por órgãos distintos”, com vistas à “promoção da eficiência, da economicidade e da celeridade da atividade administrativa”.<sup>31</sup> Talvez a conclusão mais importante esteja na natureza e regime jurídico do ato administrativo que resulta desse processo decisório *sui generis*: será um “ato unitário (e não um feixe de atos) mas de conteúdo complexo”, praticado apenas “quando for de cariz positivo” (eis que não pode resultar em ato global negativo, caso frustradas as negociações). Mas, atenção: será ato “complexo quanto à autoria, uma vez que é conjuntamente imputado à totalidade dos órgãos participantes.”<sup>32</sup>

24.2 Vejamos como isso se dá no caso brasileiro, que tem lá suas peculiaridades. A possibilidade de se instalar o processo de decisão coordenada pode se dar desde que a matéria seja relevante e essa importância demande a articulação ou se “houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório” (art. 49-A, incs. I e II). Em contrapartida, é proibida sua instalação em processos licitatórios ou que envolvam “poder sancionador” e autoridades de Poderes distintos (art. 49-A, § 6º, incs. I, II e III).

Dessa ordem de processo decisório coletivo poderão participar não só os órgãos e entidades imediatamente envolvidos, mas também os interessados que atendam aos requisitos do art. 9º da Lei nº 9.784/1999. Todos

---

31 “Da conferência procedimental”, in CARVALHO, Ana Celeste (org.), “O Novo Código do Procedimento Administrativo”, *O Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 111-112. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_novo\\_CPCA.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf). Acesso em 15/04/2023.

32 SÉRVULO CORREIA, “Da conferência procedimental”, in CARVALHO, Ana Celeste (org.), “O Novo Código do Procedimento Administrativo”, *O Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 116. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_novo\\_CPCA.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf). Acesso em 15/04/2023.

os órgãos e entidades deverão apresentar “documento específico sobre o tema atinente à respectiva competência” (art. 49-E), que subsidiará os debates e haverá de ser levado em conta nas respectivas deliberações.

O processo de deliberação colegiada culminará, em prazo razoável, em ata a ser assinada por todos os órgãos e entidades participantes, da qual constarão, para além do relatório e síntese, especialmente: (i) o registo “das orientações, das diretrizes, das soluções ou das propostas de atos governamentais relativos ao objeto da convocação”; (ii) posicionamento expresso dos participantes “para subsidiar futura atuação governamental em matéria idêntica ou similar” e (iii) “decisão de cada órgão ou entidade relativa à matéria sujeita à sua competência” (art. 49-G, incs. IV, V e VI).

Haverá decisão positiva coletiva, em dois níveis materiais de normatividade intersubjetiva: (i) os temas gerais, que promovam uniformização sobranceira às partes, e (ii) os temas especiais, relativos à competência privativa de cada órgão ou entidade: um ato administrativo plurissubjetivo e complexo, eis que emana de várias pessoas e pode conter múltiplos assuntos, todos enfeixados e uniformizados numa só ata-decisão. A decisão coordenada tem a finalidade de permitir a participação/integração de todos os interessados/legitimados na futura decisão administrativa, a fim de acelerar e conferir unidade a processos decisórios complexos, que digam respeito a mais de um órgão ou entidade administrativa federal. Incrementa o diálogo e a participação democrática na formação dos atos administrativos; além de diminuir os conflitos (e respectivos custos), harmonizando perspectivas e soluções consensuais.

25. Como se constata, o futuro já chegou: a *Era da Complexidade administrativa* está a tensionar o Direito Administrativo clássico, exigindo novos foros de normatividade autorizadores da subversão das ideias an-



tigas de ato unilateral e do contrato administrativo. A legislação brasileira positivou novas e distintas formas de convivência jurídico-administrativa, privilegiando o protagonismo das pessoas privadas e invertendo a racionalidade dos 8 dogmas da simplicidade.

Porém, a situação fica ainda mais interessante se examinarmos o que se passa nos acordos de leniência: afinal de contas, está-se diante de transação a envolver ilícitos administrativos, danos patrimoniais e informações.

## **5. A COMPREENSÃO FUTURA: ACORDOS INCOMPLETOS NA ERA DA DINAMICIDADE ADMINISTRATIVA (O EXEMPLO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA)**

26. Qualquer tentativa de “representar um século complicado” não é incompatível com outras interpretações, periodizações ou delimitações históricas. O alvorecer deste século XXI já trouxe ao menos três linhas de normatividade que, rapidamente, instalam desafios não só à compreensão tradicional (os acordos proibidos), mas igualmente à aplicação de métodos de soluções concertadas e cooperativas (os acordos necessários).

Isso fica patente nos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União – CGU, nos casos nacionais em matéria de corrupção de maior relevo.

27. Ora, os acordos de leniência retratam típico caso de assimetrias recíprocas: é certo que o empresário privado sabe bem mais do que o negociador público a respeito do mercado daquele específico contrato administrativo (gestão do tempo; formação do preço; qualidade e durabilidade das obras e produtos; demandas de mercado nacional e internacional; os reais efeitos da declaração de inidoneidade; os interesses dos acionistas e potenciais investidores etc.).

De igual modo, o negociador público tem informações que não serão reveladas à pessoa privada que deseja fazer o acordo (gestão do tempo; fila de espera de potenciais interessados; “punir como exemplo”; reputação do gestor; necessidade de detectar o *modus operandi* das ilicitudes; (des)necessidade de provas contra agentes públicos; erros detectados nas negociações anteriores etc.).

Nenhum dos dois saberá, com certeza absoluta, todo o espectro de questões que estão na agenda da outra parte: um dos lados da mesa estará sempre melhor informado do que o outro em determinados assuntos. Porém, talvez o mais sensível esteja no fato de que ambos estarão em situação, comum e potencializada, de riscos e incertezas futuras. Nenhum deles – e nem, muito menos, os respectivos satélites, cometas e meteoritos (administração central, Tribunais de Contas, Ministério Público, polícias etc.) – tem condições presentes de dar completude ao acordo de leniência.

### **5.1 Incompletudes e incentivos no momento da negociação da leniência**

28. O fato de não deterem informações completas no momento da negociação, da pactuação e mesmo da execução do acordo de leniência não ilide – ou, pelo menos, não poderia – os principais incentivos à celebração do acordo de leniência. Afinal, essa característica lhes é natural; justamente a sua razão de ser: negocia-se porque se é ignorante quanto a determinados fatos e também porque se tem interesse no acesso a informações.

28.1 Pelo lado do Poder Público, a celebração do acordo de leniência é a oportunidade de obter informações e provas com celeridade e indiscutível qualidade à persecução sancionatória, pois conferidas por



agente que se encontrava diretamente relacionado ao ilícito. A leniência incrementa a reputação institucional da autoridade pública celebrante em duas perspectivas: é resposta imediata à sociedade, superando a sensação de impunidade com a redução do tempo e custos inerentes do processamento, potencializada pela inerente dificuldade de investigação por conta da natureza do ilícito.<sup>33</sup> Cada vez mais a resposta consensual é percebida positivamente, embora não seja a resposta-ótima da punição incutida na cultura brasileira, pois a colaboração viabiliza punições efetivas a outras pessoas físicas e jurídicas envolvidas no ilícito.

Essa maior efetividade na punição nos processos administrativos robustecidos com as informações e provas apresentadas pelo leniente igualmente incrementa a reputação institucional do órgão público celebrante, que passa a ser reconhecido como autêntico “xerife” dos mercados, pois a sua capacidade punitiva não é liquefeita pela judicialização<sup>34</sup> ou pelo arquivamento do processo (principalmente pela via da prescrição) diante das dificuldades à obtenção das provas necessárias à materialização do ilícito e da responsabilidade.

28.2 Para a pessoa jurídica celebrante, por sua vez, vários são os incentivos que a levam a celebrar o acordo a despeito da incompletude informacional, como a redução em até dois terços da multa; afastamento dos efeitos da sanção com relação à obtenção de créditos (notadamente

---

33 Basta considerar o exemplo do cartel em licitação, cujo risco de detecção é consideravelmente alto, a exemplo de outros ilícitos cuja presença de um “*informante*” é fundamental para a responsabilização administrativa: sem ele, as investigações ordinárias têm diminuta chance de êxito na detecção de ilícitos, na construção de um portfólio de informações e provas robustas e na resposta rápida e efetiva do ilícito.

34 Não por outra razão os acordos de leniência dispõem de cláusula de não judicialização, segundo a qual o acordo é rescindido caso uma das partes se socorra do Poder Judiciário para qualquer das questões relacionadas à execução da leniência.

junto a instituições públicas); melhoria da imagem reputacional com a otimização da cultura de integridade interna e aperfeiçoamento do programa de integridade (até mesmo a presença de um monitor independente); ressignificação da empresa na conduta ilícita, deixando de ser infratora para ser colaboradora em constante auxílio das investigações que catalisam o potencial de punição das demais pessoas envolvidas para resposta à sociedade e efeito simbólico às empresas. Todos esses são elementos relevantes à formação da vontade pela assinatura do acordo de leniência por parte da pessoa jurídica, que decorrem, direta ou indiretamente, do ordenamento jurídico.

Porém, o fator decisivo é a constituição de um *ambiente controlado* com a assinatura do acordo de leniência com a formação do *vínculo de principal-agente* entre as partes signatárias (p.ex., CGU e pessoa jurídica). Na prática, isso significa que a responsabilização da empresa é definida consensualmente, no próprio acordo de leniência,<sup>35</sup> afastando-se da lógica de verdade real que impera nos processos administrativos. Na qualidade de acordo substitutivo,<sup>36</sup> a leniência toma o lugar do processo administrativo de responsabilização e seu regime jurídico, inclusive a verdade real. O acordo de leniência delimita o cenário no qual a pessoa jurídica se inseriu com relação ao ilícito objeto de investigação: fatos, imputações, confissões, provas e aproveitamento dos resultados do ilícito. Essa é a *verdade formal*, típica do sistema processual civil e dos contra-

---

35 É nessa linha que o Decreto n.º 11.129/2022, que dá nova regulamentação da Lei n.º 12.846/2013, prevê em seu art. 2º que a apuração da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica será feita por dois modos: (i) por meio do processo administrativo de responsabilização ou (ii) por acordo de leniência.

36 Aprofundar em PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 237 e ss.



tos, em torno da qual serão negociadas as obrigações da leniência que devem conformar a sua responsabilização.

Por isso a (legítima) expectativa de o acordo de leniência ser um ambiente controlado de responsabilização, de modo que a divulgação de informações e provas, assim como da confissão, não se convole em novos processos, imputações e condenações.<sup>37</sup>

## **5.2 Incompletudes e incentivos no momento de execução da leniência**

29. O acordo de leniência pode ser executado de imediato, com uma única obrigação de dar fazer ou não fazer (cessamento de condutas), mas o usual é que o seu cumprimento se protraia no tempo (pagamentos parcelados; obras ou serviços; fornecimento e confirmação de informações, etc.).<sup>38</sup> A incompletude presente poderá experimentar desafios futuros, oriundos não só das revelações feitas pelo leniente, mas também em decorrência do comportamento das partes e dos respectivos mercados em que atuam.

30. O acordo de leniência surge dentro de um estágio bem demarcado do Direito Administrativo complexo, em que os limites da simplicidade administrativa são desafiados e sistematicamente abandonados em prol de uma atuação administrativa mais dinâmica e eficiente.

---

37 É justamente esse o grande desafio que se coloca aos acordos de leniência: a multiplicidade institucional. Aprofundar em TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna, *O Acordo de Leniência Anticorrupção*. Curitiba: Appris, 2021, p. 85 e ss.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil" in PEREZ, Marcos e SOUZA; Rodrigo Pagani de (coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-38.

38 Quando do mais recente acesso à página da CGU, dela constavam 25 acordos, atingindo o valor global e não-atualizado de R\$18.303.789.248,17. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>. Acesso em 17/04/2023).

Para o efetivo combate às infrações à ordem econômica mais nocivas ao sistema da concorrência – e também as mais difíceis de serem detectadas pelas vias regulares de investigação<sup>39</sup> –, o acordo de leniência foi introduzido na antiga Lei do CADE (Lei n.º 8.884/1994)<sup>40</sup> ainda no ano 2000. Trata-se da primeira experiência com esse tipo de negociação público-privada no Brasil, que inspirou todas as alterações legislativas posteriores, com especial destaque para a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013)<sup>41</sup>, cujo art. 16 prevê o acordo de leniência.

---

39 É o clássico exemplo do cartel em licitações, o grande ilícito da Operação Lava-Jato, cuja descoberta e coleta de evidências é extremamente custoso à Administração Pública, razão pela qual a sucessão de acordos de leniência foi decisiva para o seu reconhecimento e robustecimento dos correspondentes processos de responsabilização. A estratégia que o Brasil se valeu de investigar as práticas ilícitas na Operação Lava-Jato e desmembramentos por meio de acordos foi bem destrinchada por JONES, Alson, PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. “Lessons from Operation Car Wash”. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3875477](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3875477). Acesso em 16/04/2023. Contundente crítica ao emprego da consensualidade como técnica primeira de investigação estatal é apresentada por GARRETT, Brandon L. *Too Big to Jail*. Cambridge: Harvard University Press, 2014. Nesse cenário, aos 29 de março de 2023, o PSOL, o PC do B e o Solidariedade ajuizaram no STF a ADPF n.º 1.051, em que requereram a suspensão dos acordos de leniência celebrados no âmbito da “Operação Lava-Jato” alegando a existência de um estado de coisas inconstitucional que teria sido determinado pela celebração da leniência mediante coação. Tese que talvez esteja conectada com a simplicidade administrativa, eis que, ao que tudo indica, reconhecer o estado de coisas inconstitucional e dele extrair efeitos jurídicos de invalidação está em outro patamar: é trabalho complexo, que requer provas robustas e reconstrução fática considerando que inúmeros atores (instituições públicas e privadas, autoridades, agentes públicos, defensores, diretores de empresa, funcionários privados etc.) reconhecessem e comprovassem a alegada coação em termos uniformes e sistemáticos. Aguardemos o julgamento pelo STF, atentos ao debate dogmático e político gerado pela ADPF n.º 1.051.

40 O acordo de leniência foi introduzido na antiga Lei do CADE (Lei n.º 8.884/94) pela Lei n.º 10.149/2000.

41 A Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) surge de um contexto bem demarcado do “Caso Mensalão”, relevante caso de corrupção no Brasil apreciado pelo STF na AP 470, entre 2013 e 2014. Para visão panorâmica sobre tal lei, v. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. “Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos.” *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 47/55-84. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2014.



Exatamente porque voltado à colaboração do leniente para obtenção de informações e provas úteis à responsabilização daqueles envolvidos no ilícito, a leniência desafia todos os atributos da simplicidade administrativa.

31. Na medida em que cunhada na negociação entre interessado e autoridades públicas, a leniência pressupõe manejo da discricionariedade administrativa e requer a compromissos que se convolem em incentivos à celebração do acordo (como a redução do valor de multa ou mesmo da punibilidade em face do leniente). Os compromissos que a leniente deve honrar visando aos benefícios legais são definidos considerando as particularidades do caso concreto e consensados entre ambas as partes.<sup>42</sup> Sua formalização se dá em um acordo oriundo de sucessivas etapas de negociação, cuja bilateralidade e processualidade são evidentes.

A leniência nem de longe consiste em uma fiel execução da lei; não admite a posição de supremacia total e incontestável do Poder Público; o acordo, antípoda ao império do ato administrativo, é o interesse público no caso concreto; exige a mitigação ou completo afastamento da sanção no caso concreto; e requer ampla e robusta processualidade administrativa para construção negocial das cláusulas obrigacionais do acordo de leniência. Como Diogo de Figueiredo Moreira Neto de há muito pontificou, não se trata de negociar o interesse público, mas sim a melhor forma de ele ser concretizado.<sup>43</sup> As partes não abdicam do interesse pú-

---

42 No regime da Lei Anticorrupção é reforçada a normatividade do acordo de leniência, enquanto produto bilateral e resultante da negociação processualizada, cujos termos da colaboração do leniente são definidos no próprio acordo: “[o] acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo” (art. 16, §4º). Para tanto, é imprescindível o trabalho com a discricionariedade no âmbito da negociação para definição consensual de cláusulas de colaboração, que não se encontram previamente em lei e admitem construção de modo criativo e inovador.

43 “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, *Revista de Direito Administrativo* 231/129-156. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em 17/04/2023.

blico, mas o examinam e descobrem, consensualmente, como ele pode ser tornado concreto e eficaz naquele caso.

32. Assim, o acordo de leniência nega a simplicidade administrativa. Mas não apenas isso. Ele surge e se desenvolve em um contexto de Direito Administrativo complexo com o reconhecimento da falibilidade da simplicidade administrativa. Não por outra razão o acordo de leniência apenas poder ser reconhecido não só como *um produto da complexidade administrativa*, mas também *sujeito a ela*. É inerente ao conceito de leniência a complexidade administrativa, que se apresenta em duas vertentes: ora negando os atributos da simplicidade administrativa, ora demarcando sua *inerente característica de incompletude*.

O acordo de leniência é, por definição, naturalmente incompleto. Um acordo de leniência ótimo é aquele que não tenta especificar, *numerus clausus*, todas as situações que o impactarão e nem pretende definir todas as consequências legais. O que ele precisa fazer é trazer suficiente normatividade para sua determinação se e quando for o caso, no curso de sua execução. O acordo de leniência não é de cumprimento automático: sua celebração visa à formação do *vínculo de colaboração* entre autoridades públicas e leniente, que perdurará durante o prazo estipulado para sua vigência.

Muito embora sejam acentuadas as funcionalidades de obtenção célere de informações e provas, é justamente o vínculo de colaboração a obrigação central de qualquer acordo de leniência. No decorrer do correspondente prazo, o leniente deverá prestar as informações previamente estabelecidas em cláusulas, mas também todas aquelas que forem conhecidas no curso da execução e se mostrarem úteis, desde que estejam compreendidas no escopo da cláusula. O mesmo raciocínio vale para a obtenção de provas. Quanto ao dever de prestar esclarecimentos e eluci-



dar os fatos, a Lei Anticorrupção é muito clara em atrelar essa obrigação à vigência do acordo de leniência.<sup>44</sup>

33. O acordo de leniência é *aprazado*, portanto, e não de cumprimento espontâneo (*spot*). Suas obrigações são exigíveis no momento da pactuação e *também posteriormente*, durante a vigência do acordo, desde que a situação fática descrita na cláusula sobrevenha. É o caso, por exemplo, de um ilícito continuado. Mesmo sem a presença do leniente, que cessou o seu envolvimento com a propositura do acordo, é possível que ele tome conhecimento de novas informações e provas úteis, quando se renova a obrigação de colaborar. Trata-se do dever de ter ação efetiva para elucidar as descobertas *a posteriori*.

O *compromisso de colaboração* assume contornos reais na execução da leniência, durante a sua vigência. E assim deve ser, pois, do contrário, será incapaz de alcançar os resultados almejados. Como advertiu Nóberto Bobbio, instrumento jurídico despidido de função é estrutura írrita.<sup>45</sup>

34. Bem vistas as coisas, tem o acordo de leniência a finalidade maior de *promoção da integridade*. O compromisso de colaboração encontra fundamento e limites na promoção da integridade, sendo inválidas, por exemplo, exigências de colaboração que sirvam unicamente à economia processual da investigação sem efetivamente trabalhar para a integridade.

No regime da Lei Anticorrupção, são *duas as vertentes de promoção da integridade*. Primeiramente, há uma *perspectiva interna*, no

---

44 Lei nº 12.846/2013, art. 16, inc. III: “a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

45 Da Estrutura à Função. Trad. D. B. VERSIANI. São Paulo: Manole, 2006, p. 94 e ss.

âmbito da própria leniente, com o dever de cessar completamente o envolvimento na infração, cooperação plena e introdução ou aperfeiçoamento do programa de integridade.

Em segundo lugar, há a integridade em *perspectiva externa*, com a obtenção de provas e informações, que permitem o desmantelamento de esquemas de corrupção, cessação de prática ilícitas, recuperação de valores e responsabilização dos demais envolvidos na infração, além da reparação integral do dano em benefício de toda uma coletividade.

35. Entender que a principal utilidade do acordo de leniência é estabelecer vínculo de colaboração entre autoridades públicas e leniente, o qual deve ser vocacionado à promoção dinâmica e contínua da integridade, é fundamental para bem navegar na natureza incompleta dos acordos de leniência. Nesse ponto, já é possível alcançar duas conclusões.

35.1 A primeira delas está no fato de ser um *erro colocar a leniência dentro dos quadrantes da simplicidade administrativa*. A leniência deve ser trabalhada em um cenário de complexidade administrativa, qualquer que seja o momento de sua estruturação e execução, para otimizar sua utilidade e alcance da finalidade de promoção da integridade. Vejamos alguns exemplos de contradição da leniência quando intervém descabidamente a simplicidade administrativa.

Na negociação, as cláusulas podem ser equivocadamente tímidas e pouco aderentes às particularidades do caso concreto, caso impere a legalidade executiva no imaginário do gestor público. Ainda, essas cláusulas podem ter baixíssimo ou nenhum grau de consensualidade, pois as autoridades públicas se apresentarão em supremacia (negociação no “modo ultimato”, cujo pressuposto é o que de quem faz a ameaça dispo-



nha de todas as informações – o que nem sempre é verdade...). Em sua formalização, a leniência concebida na simplicidade administrativa pode ser encarada como um simples ato administrativo, trazendo todos os efeitos interpretativos e de regime jurídico único (desprezando o processo e a efetiva colaboração da pessoa privada). Durante a sua execução, a eventual inexecução da pessoa privada será prontamente declarada, impedindo a celebração de nova leniência no prazo de três anos e com a imediata aplicação de sanção.

Ora, tais compreensões anacrônicas das relações público-privadas contrariam a razão de ser, a estrutura e a função dos acordos de leniência como pactos dinâmicos de longo prazo. Desprezam o fato de que acordos complexos projetados para o futuro não têm o condão de manter estáveis todas as demais variáveis (internas e externas). O que nos leva ao outro desdobramento advindo da realidade dinâmica dos acordos de leniência.

35.2 A segunda conclusão sobre a natureza incompleta do acordo de leniência corresponde à *inerente mutabilidade dos seus termos*, pois seus termos jamais poderão ser definidos *ex ante* com completude. Não se pode esperar que a leniência seja pactuada de modo completo e nem que seu descumprimento futuro seja parametrizado no momento da celebração. O seu descumprimento não pode ser automaticamente depreendido da análise simplista de checagem das cláusulas originalmente pactuadas.

Como já se afirmou, a sua exigibilidade se constrói no curso da vigência do acordo. Some-se a isso a experiência brasileira de longo prazo dos principais acordos de leniência anticorrupção, muitos deles concebidos no bojo da Operação Lava Jato, com duração média de 24 anos. Tais acordos preveem obrigação de pagamento de valor mensal de quantia certa e específica, que, ao final, compreendem o valor total da pactuação conside-

rando abatimento de multa e ressarcimento integral.<sup>46</sup> Uma das marcas dos contratos incompletos é o prazo diferido,<sup>47</sup> constante nos principais acordos de leniência celebrados no Brasil para combate da corrupção.

### 5.3 As crises complexas na execução da leniência e a necessidade de soluções dinâmicas

36. Os contratos foram assim celebrados, com longo prazo diferido. No entanto, verificou-se no final da década de 2010 e início da de 2020 justamente uma crise das leniências, por alegado descumprimento de suas cláusulas. Era um momento econômico, político e social bastante desafiador. Desde o *impeachment* de Dilma Rousseff, o Brasil se via imerso em crescente dificuldade econômica, cujos efeitos reflexos afetam a vida empresarial dos lenientes. Some-se a isso – e talvez esse seja o principal desencadeador da crise – o fato de as leniências não terem surtido todos os efeitos esperados perante as demais instituições estatais. Basicamente, outras instituições não reconheceram a eficácia vinculante da leniência. Assim, os valores de ressarcimento foram questionados perante o TCU e entidades licitantes declararam

---

46 O acordo de leniência celebrado pela CGU com a empreiteira UTC em 2017 tem duração de 22 anos, com obrigação de pagamento de valor anual do total devido de R\$ 574.658.165,21. Por sua vez, o celebrado pela CGU com a empresa Camargo Corrêa S/A tem duração de 24 anos, com obrigação de pagamento de valor anual do total devido de R\$ 1,4 bilhão. O celebrado com a Odebrecht (R\$2.727.239.997,64) estabelece o dever de pagamento de 22 parcelas anuais – porém, em caso de inadimplemento e depois de vencido o prazo de tolerância (60dd), “a dívida será considerada vencida em sua integralidade” (Cláusula 8.4) – norma contratual incompatível com o que o futuro reservava. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>. Acesso em 17/04/2023).

47 Aprofundar em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 166 e ss.



as lenientes impedidas ou inidôneas, deixando-as de fora do mercado de contratação pública (fundamental para composição de caixa). Todo esse pano de fundo foi agravado com o advento da pandemia de Covid-19 no Brasil a partir de fevereiro de 2020. A dinamicidade dos acordos de leniência foi trazida à mesa.

Todavia, a visão estática dos acordos de leniência é legatária da lógica da Lei n.º 8.666/1993, um dos estatutos jurídicos mais simbólicos da Era da Simplicidade administrativa. Lá, a mutabilidade dos contratos administrativos é expressamente prevista e disciplinada, até mesmo porque pouquíssimos seriam os plenamente executados sem que a realidade prática (ou os caprichos do Poder Público) lhes impusesse modificação de seus termos iniciais. Porém, a leitura que burocracia, controladores e doutrinadores fazem dessas cláusulas é estritíssima, podendo-se aperfeiçoar apenas nos exatos termos permitidos pela Lei (e ensinar responsabilização pessoal do gestor público por planejamento insuficiente da contratação). Mas, aqui, há uma razão de ser: pretende-se manter as condições da pactuação, que é justamente a proposta “mais vantajosa” alcançada na licitação. Ora, se o contrato puder ser simplesmente alterado ao alvedrio das partes, qual seria a razão de ser da licitação? Além de evidente *by-pass* do certame, os valores públicos que esse processo competitivo pretende satisfazer – como isonomia, impessoalidade e eficiência da disputa – simplesmente seriam perdidos.

Talvez uma leitura rígida das hipóteses de alteração dos contratos administrativos seja tensionada na Era da Complexidade administrativa, mas sua limitação não o é. E esta é a lógica das licitações e dos contratos administrativos. O acordo de leniência jamais pode ser confundido com

um contrato administrativo.<sup>48</sup> São instrumentos absolutamente diversos, com regime jurídico, dinâmica e funcionalidade distintos. Transpor preocupação típica das contratações públicas aos acordos de leniência é um erro. Como já assentado, a leniência tem por escopo a formação do vínculo de colaboração dinâmica em um cenário de incompletude e assimetria informacional. As alterações dos acordos de leniência não devem ser vistas com desconfiança e nem como burla ao processo de negociação. Pelo contrário: é justamente em conformidade com o acordo de leniência que as alterações serão feitas. O compromisso de leniência não deve ser com o processo de negociação – uma alusão inconsciente à licitação –, mas ao resultado efetivo desse vínculo de colaboração. O acordo de leniência é uma decisão consensual de natureza provisional.<sup>49</sup>

---

48 Nos termos do art. 184 da Lei Geral de Licitações e Contratos: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal”. Esse preceito determina que os instrumentos de consensualidade relacionados à licitação e ao contrato administrativo regido pela Lei n.º 14.133/2021 (aditivos, acordos tripartides, métodos consensuais de resolução de controvérsias etc.) serão regidos pela Lei quando não houver legislação específica (como a Lei de Mediação, por exemplo). Jamais teria aplicação sobre os acordos de leniência, seja porque não guardam relação com o objeto contratual ou a licitação, seja porque são regidos por legislação específica.

49 A provisoriedade das decisões administrativas é marca característica da governança pública, que informa a consensualidade administrativa: “Os efeitos da decisão administrativa importam para a governança. Essa assertiva permite reconhecer que a governança não corresponde exatamente a um meio de tomada de decisões administrativas, mas vai além para abranger os resultados da implementação do ato, acordo ou contrato. Trata-se, portanto, de um mecanismo de avaliação *ex ante* e *ex post* da decisão administrativa, a qual não se resume ao momento final do processo administrativo (ou ato administrativo *spot*), mas se prolonga até a execução. Por essa razão, os provimentos administrativos tomados ao fim do processo são *meras decisões provisionais*, passíveis de adequação do seu conteúdo no decorrer da execução. No exemplo da *consensualidade*, a *negociação da prerrogativa imperativa não cessa quando da celebração dos acordos administrativos na medida em que o trato é contínuo*”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146 (grifos nossos).



É mandatório que as obrigações pactuadas, que conformam o conteúdo da leniência, sejam revistas para preservação da utilidade do acordo.<sup>50</sup>

37. A crise dos acordos de leniência é, em grande medida, explicada pela transposição cartesiana da lógica dos atos, contratos e licitações da Era da Simplicidade administrativa, que levam à inexorável consequência de impossibilidade de as lenientes honrarem com o compromisso de pagamento anual. A simplicidade administrativa seria categórica: o descumprimento seria imediatamente constatado, levando à rescisão do acordo por inadimplência, com vencimento antecipado, aplicação das sanções correspondentes e declaração de ilegitimidade da leniente para firmar nova leniência no prazo de três anos.

A solução pela simplicidade administrativa foi requisitada por boa parcela das autoridades públicas. No entanto, isso seria um contrassenso. Além da contradição de tratamento de um instituto complexo fora do Direito Administrativo complexo, como já assinalado, levar a cabo a solução pretendida levaria a uma derrocada da leniência: rescisão em massa dos acordos e um grande sinal invertido para a celebração de novos acordos. Não é eficiente ao sistema a solução da simplicidade administrativa.

---

50 Sobre o dever negociação contínua dos acordos de leniência, inclusive na fase de execução, aprofundar em PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Segurança Jurídica na Execução dos Acordos de Leniência: fundamentos e limites à revisão de suas cláusulas” in CONTI, José Maurício; MARRARA, Thiago; IOCKEN, Sabrina Nunes; CARVALHO, André Castro (coord.), *Responsabilidade do Gestor na Administração Pública*, vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 237-239. A dissertação de mestrado de João Gabriel Rache Gebran dá um passo além e defende a possibilidade da inclusão de mecanismos predefinidos destinados a assegurar a preservação dos acordos de leniência no tempo (GEBRAN, João Gabriel Rache. *Cláusula de Hardship: uma solução efetiva para a conservação do acordo de leniência anti-corrupção*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2022).

38. A solução adequada é reafirmar a natureza complexa dos acordos de leniência, constatar sua natural incompletude e dinamicidade, e, assim, resolver o problema conforme com o Direito Administrativo complexo. Como qualquer contrato relacional ou incompleto, o acordo de leniência deve ser orientado pela constante transparência e negociação entre autoridades públicas e leniente, na medida em que o termo inicial do acordo jamais conseguiria ser plenamente completo. O contexto de execução do acordo importa para se caracterizar o descumprimento, ou não, da leniência.

Três diretrizes devem orientar a interpretação sobre a execução do acordo de leniência: (i) se a razão do inadimplemento for alheia à vontade das partes, como nos casos de teoria da imprevisão ou de insegurança jurídica, não deve ser caracterizado descumprimento do acordo; (ii) em caso de inadimplemento, deve sempre ser conferido período de cura para se tentar recompor a legalidade, como já previsto nos mais modernos acordos de leniência; e (iii) deve-se admitir sempre a alteração do acordo de leniência para melhor adequá-lo à sua finalidade última, qual seja, recompor a integridade no âmbito da leniente signatária e do sistema no qual atua.

39. É nessa linha que o atual regulamento da Lei Anticorrupção segue. Em julho de 2022, o Decreto n.º 11.129/2022 revogou o antigo regulamento da lei (Decreto n.º 8.420/2015) e conferiu novo tratamento ao descumprimento dos acordos de leniência mais aderente ao Direito Administrativo complexo.

Segundo o novo regulamento da Lei Anticorrupção, a rescisão do acordo de leniência apenas poderá se dar em caso de “*injustificado descumprimento*” (Decreto n.º 11.129/2022, art. 59). Não é qualquer descumprimento que gerará o efeito rescisório dos acordos de leniência. Tampouco poderá



se dar pela mera confrontação entre inadimplemento e texto do acordo de leniência que caracterizará o descumprimento apto a gerar o efeito de sua rescisão. Pelo novo regulamento da Lei Anticorrupção, o descumprimento deve ser injustificado, predicando um exame contextual-fático pela autoridade administrativa. Como a rescisão tem forte carga punitiva, exige-se um reforço argumentativo a demonstrar tanto a ausência de justificação como a proporcionalidade da medida (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e suas consequências (LINDB, art. 20).

Dessa forma, o advento de um fato imprevisível ou previsível, mas de efeitos imprevisíveis, é devidamente justificado. Igualmente o é o desenvolvimento de uma tecnologia disruptiva que leva à queda vertiginosa das receitas de uma leniente. Será o caso concreto que irá orientar a avaliação da ordem do descumprimento, se justificado ou não.

40. O novo regulamento da Lei Anticorrupção também reconheceu o *caráter da mutabilidade* dos acordos de leniência, próprio de sua natureza complexa:

#### **Decreto n.º 12.846/2013**

Art. 54. Excepcionalmente, as autoridades signatárias poderão deferir pedido de alteração ou de substituição de obrigações pactuadas no acordo de leniência, desde que presentes os seguintes requisitos:

I- manutenção dos resultados e requisitos originais que fundamentaram o acordo de leniência, nos termos do disposto no art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013;

II- maior vantagem para a administração, de maneira que sejam alcançadas melhores consequências para o interesse público do que a declaração de descumprimento e a rescisão do acordo;

III - imprevisão da circunstância que dá causa ao pedido de modificação ou à impossibilidade de cumprimento das condições originalmente pactuadas;

IV - boa-fé da pessoa jurídica colaboradora em comunicar a impossibilidade do cumprimento de uma obrigação antes do vencimento do prazo para seu adimplemento; e

V - higidez das garantias apresentadas no acordo.

Parágrafo único. A análise do pedido de que trata o caput considerará o grau de adimplência da pessoa jurídica com as demais condições pactuadas, inclusive as de adoção ou de aperfeiçoamento do programa de integridade.

Os acordos de leniência não apenas podem ser alterados no curso de sua execução,<sup>51</sup> como o devem ser para melhor satisfação de sua finalidade de recomposição da integridade. Obviamente, acordo rescindido não alcança qualquer finalidade. A natureza incompleta dos acordos de leniência determina a constante transparência em sua implementação factual e negociação preventiva dos seus termos no curso da execução e sua alteração, considerando, dentre outros fatores: *(i)* a proporcionalidade das obrigações originalmente pactuadas com o ponto específico da execução em que se encontra; *(ii)* a vantagem da manutenção do acordo de leniência frente à sua extinção; e *(iii)* o fato deflagrador da alteração.

O limite à revisão dos acordos de leniência é dado pelo art. 26 da LINDB, qual seja, *o mínimo indispensável para que a cláusula inexequível por evento externo à leniente volte a ser proporcional e equânime*.

---

51 A Portaria Conjunta CGU-AGU n.º 4/2019 confere ao Secretário de Combate à Corrupção da CGU competência para decidir sobre questões incidentais verificadas no curso do prazo de cumprimento dos acordos de leniência, como nas seguintes hipóteses: (i) prorrogação do prazo de cumprimento de obrigações; (ii) substituição de garantias; (iii) cálculo da correção e remuneração das parcelas segundo índice previsto no acordo; (iv) alteração de local ou conta de pagamento; (v) alteração nas obrigações relativas à integridade.



É nesses quadrantes que o art. 47 do Decreto n.º 11.129/2022 deve ser interpretado.

41. O regulamento não determina a extensão da revisão das cláusulas dos acordos de leniência. As obrigações podem ser meramente alteradas, como lugar, modo e tempo da execução. Assim, pode ser definido um novo prazo para adimplemento da obrigação ou seu parcelamento; a forma de honrar a obrigação pode ser modificada, passando de uma prestação direta de serviço para a contratação de um terceiro para o fazer; o lugar pode ser mudado de determinado Estado para o Distrito Federal. O mais importante é que o núcleo essencial da obrigação não seja mudado. Porém, o Decreto n.º 11.129/2022 admite também a substituição da obrigação, quando, aí sim, o seu núcleo essencial será modificado, especialmente nos casos em que a obrigação originalmente prevista se tornou inexecutível porque impossível.

Em ambos os casos (alteração ou substituição de obrigações), cinco requisitos precisam ser observados.

41.1 Primeiramente, os resultados e requisitos originais que fundamentaram o acordo de leniência precisam ser preservados. Dessa forma, a alteração ou substituição das obrigações não pode levar a resultado aquém, além ou diferente daquele originalmente previsto, sob pena de burla à negociação. É o resultado a ser atingido o norte para a revisão dos acordos de leniência, devendo obrigatoriamente serem respeitados os requisitos originais, usualmente condizentes com o texto legal.

41.2 Em segundo lugar, a alteração ou substituição das obrigações do acordo de leniência deve ser mais vantajosa que a rescisão da leniência pelo seu descumprimento. Tem-se, aqui, um ônus de análise de alternativas em que se considere as consequências de cada qual. É muito importante que

não apenas os efeitos internos dessas alternativas sejam considerados (prescrição, dificuldade no ressarcimento, perda de benefícios etc.), mas também os efeitos sistêmicos (potencial impacto sobre futuras proposições de leniência, incremento do custo de transação, impacto sobre as garantias que deverão ser propostas em novos acordos de leniência etc.).

41.3 Em terceiro lugar, deve-se considerar a causa que enseja a revisão do acordo de leniência que, pelo Decreto n.º 11.129/2022 são só duas: (i) imprevisão da circunstância que enseja o pedido de modificação da leniência e (ii) impossibilidade do cumprimento das obrigações originalmente pactuadas. Não se pode entender que essas sejam apenas as duas hipóteses de revisão do acordo de leniência. É plenamente possível que as obrigações sejam revistas com base no art. 26, §1º, inc. I e IV, da LINDB.

Assim, cláusulas que prediquem uma obrigação jurídica desproporcional, não equânime, ineficiente e incompatível com os interesses gerais poderá ser revista. Basta considerar, por exemplo, a necessidade de mudar uma determinada obrigação de fazer que, no curso de sua execução, mostrou-se pouco eficiente. Do mesmo modo, poderá ser alterada ou substituída cláusula que não preveja com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

41.4 Em quarto lugar, o regulamento da Lei Anticorrupção exige um comportamento proativo do leniente, em linha bastante próxima à regulação responsiva, no sentido de colaborar a impossibilidade de cumprimento da obrigação antes do seu vencimento. Esta conduta é indicada como um marcador de boa-fé. A proposta é que haja tempo hábil de correção ou para encontrar solução jurídica que afaste o descumprimen-



to. No entanto, não raro se tem conhecimento apenas próximo do vencimento da impossibilidade de seu cumprimento.

Assim, a melhor leitura do preceito é de condicionante da revisão do acordo de leniência ao ônus de o leniente informar espontaneamente sobre o inadimplemento *tão logo tenha pleno conhecimento da impossibilidade do seu cumprimento*. Importante não se exigir do leniente esse deve quando o mesmo tem uma estimativa, tendência, percepção, leitura ou percentual de inexecução. É a negativa que deve ser informada.

41.5 Por fim, em quinto lugar, exige-se a higidez das garantias apresentadas no acordo. Nada impede, porém, que as garantias sejam mudadas, caso seja o caso. Ressalte-se que o comportamento de condicionar a alteração do acordo de leniência à complementação de garantias, sob pena de rescisão por descumprimento injustificado, não é exigência do regulamento e precisa ser cotejado no caso concreto, em situações excepcionáíssimas. Na ponta, esse comportamento pode ser reputado como coação.

Assim como o acordo de leniência integra o Direito Administrativo complexo, é evidente que a sua revisão também deve se operar nesses quadrantes. Afasta-se, portanto e por completo, a simplicidade administrativa em sua análise. Portanto, a mudança da leniência é necessariamente consensual e fruto da negociação entre autoridade pública e leniente.

4.1.6. Uma nota final quanto ao caráter dinâmico das renegociações dos acordos de leniência: o seu escopo não é beneficiar ou trazer vantagens oportunistas a qualquer uma das partes signatárias, mas sim o de preservar o negócio jurídico-administrativo de colaboração entre as partes. As vantagens que se pretende preservar são objetivas, portanto,

e não apenas subjetivas, a fim de manter íntegro o sistema brasileiro de colaboração premiada.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as pessoas compartilham de certas aspirações e o rumo da história é um horizonte em aberto, uma grande transformação do mundo da qual a Europa, no apogeu do imperialismo, foi ao mesmo tempo centro e motor. Os desafios que hoje se apresentam são incomparáveis a qualquer outro que narra a história. Considerado apenas o grau de inovação tecnológica, que não cessa de se desenvolver, fica fácil reconhecer o quanto as relações administrativas predicam um tratamento que dê conta da complexidade na qual o nosso mundo e as nossas vidas hoje se inserem.

A simplicidade administrativa – de matriz eurocêntrica e oitocentista – é incapaz de fazer frente a esse estágio de transformação. A assimetria informacional entre Poder Público e administrado-cidadão ou regulado é cada vez mais acirrada, inviabilizando a velha ordem da ordenação pública: não raro as normas estatais serão editadas a destempo da inovação, pouco irão contribuir para uma efetiva ordenação e poderão ser exigíveis, especialmente quando defasadas diante de um novo salto de avanço da sociedade.

Nas palavras de Moisés Naím, “*o poder está se degradando*”.<sup>52</sup> É preciso resgatar a confiança nas instituições políticas, inclusive o Poder Público, e dotá-las de capacidade, o que passa pela maior abertura à participação administrativa.<sup>53</sup> A passagem da simplicidade administrativa para

---

52 *O Fim do Poder*. Trad. L. R. Gil. São Paulo: LeYa, 2019, p. 334.

53 *Idem*, p. 346.



a era da complexidade administrativa demarca a *necessária colaboração dos administrados* nas diversas facetas da função administrativa, como na tomada de decisões de políticas públicas, conformação de projetos de infraestrutura e promoção da integridade administrativa.

Os acordos administrativos passam a ser o instrumental ótimo para permitir acomodação de interesses e construção de soluções jurídicas aderentes às particularidades do caso concreto. Os acordos devem ser largamente empregados na Administração Pública complexa para superar as omissões, contradições e superações que a simplicidade administrativa deixou como legado para o século XXI. Para tanto, eles também devem ser manejados dentro de uma lógica complexa, compartilhada pelas autoridades públicas na celebração e execução dos acordos, lembrando sempre que sua natureza incompleta requer constantes tratativas e conformações, o que se mostra bastante aderente a esse cenário de transformações.

É nesse cenário de incompletude, desafiador dos dogmas estruturantes do Direito Administrativo, que o sistema de Direito Administrativo irá avançar para satisfação de sua finalidade última garantista.

# Discricionariedade administrativa, margem de livre decisão e o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

EURICO BITENCOURT NETO<sup>1</sup>

## Resumo

A inclusão do art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), determinando sejam consideradas as consequências práticas das decisões nos âmbitos administrativo, controlador e judicial, quando se decidir com base em valores jurídicos abstratos, impõe a explicitação dos critérios de identificação da discricionariedade administrativa e da margem de livre decisão administrativa, a fim de que se tenha interpretação adequada do referido dispositivo legal.

**Palavras-chave:** Discricionariedade administrativa; Margem de livre decisão; Controle da administração pública; Conceitos jurídicos indeterminados; LINDB.

---

1 Professor de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.



## **Abstract**

*The inclusion of art. 20 in the Introduction to the Standards of Brazilian Law (Decree-law nº 4.657/1942), determining that the practical consequences of decisions in the administrative, controlling and judicial spheres are considered, when deciding based on abstract legal values, imposes the explanation of the criteria for identifying administrative discretion and the margin of free administrative decision, in order to have an adequate interpretation of the aforementioned legal provision.*

**Keywords:** *Administrative discretion; Margin of free decision; Control of public administration; Indeterminate legal concepts; LINDB.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Discricionariedade administrativa e margem de livre decisão. 3. O art. 20 da LINDB: a busca de redução da insegurança jurídica. 4. Nota final.

## **1. NOTA INTRODUTÓRIA**

A inclusão do art. 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB tem causado discussões sobre o alcance de duas disposições, notadamente acerca da imposição de que sejam consideradas as consequências práticas das decisões nos âmbitos administrativo, controlador e judicial, quando se decidir com base em “valores jurídicos abstratos”. Se a finalidade do referido enunciado é a de assegurar decisões mais informadas e que reduzam a insegurança jurídica, sua formulação não apresenta, à primeira vista, clareza quanto ao alcance das funções controladora e judicial no escrutínio da aplicação, pela Administração, de normas de competência que contenham incertezas semânticas.

Torna-se, portanto, necessário analisar o art. 20 da LINDB em confronto com os critérios que identificam a *discricionariedade administrativa* e a existência de uma *margem de livre decisão administrativa*, a fim de que sua interpretação e aplicação se façam nos quadros de uma compreensão sistêmica da vinculação administrativa à juridicidade.

## 2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E MARGEM DE LIVRE DECISÃO

A discricionariedade administrativa é tema que, ainda hoje, provoca distintas compreensões no Direito administrativo brasileiro. Os diferentes entendimentos, em geral, reproduzem discussões realizadas em outros países e nem sempre partem dos mesmos pressupostos teóricos<sup>2</sup>.

Como já se destacou em outra oportunidade<sup>3</sup>, a compreensão contemporânea da legalidade é essencial para a construção de um conceito dogmaticamente adequado de discricionariedade administrativa. A lei não tem mais, como característica predominante, uma função garantística dos particulares, há muito se desfez o mito da suficiência da lei como predeterminadora absoluta da conduta administrativa, da subsunção como pedra angular da vinculação da Administração à lei<sup>4</sup> ou da visão passiva “do papel da Administração na determinação do sentido resultante da legalidade”<sup>5</sup>.

---

2 Nesse sentido, KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, p. 178.

3 BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 261-264.

4 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo*, p. 89. Assinala o autor que tal modelo explicativo sobre a execução da lei, embora nunca tenha compreendido a realidade de sua aplicação, foi convincente por sua simplicidade (p. 89-90).

5 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 957-958.



A mudança nos modos de vinculação administrativa à legalidade se deve, em primeiro lugar, à alteração no valor da Constituição, que passa a se formalizar em sistema rígido e voluntarista, bem como à consagração de meios de controle de constitucionalidade, que sujeitam a legalidade a uma dimensão constitucional<sup>6</sup>, para além da constitucionalização das normas gerais do regime de Direito Administrativo.

Ainda no campo constitucional, a consagração de um princípio da socialidade, que amplia sobremaneira o campo de atuação administrativa, retirando da lei a possibilidade de predeterminação das ações administrativas<sup>7</sup>, acentua a complexificação das relações entre a função administrativa e a legalidade.

O perfil multidimensional da função administrativa, que se aprofunda nas últimas décadas do século XX e nas primeiras do século XXI, aponta para o reconhecimento de uma multiplicidade de interesses públicos concorrentes tutelados pela Administração, cuja prossecução se dá, muitas vezes, em situações complexas que exigem ponderação administrativa<sup>8</sup>, alterando profundamente a noção de que a tarefa jurídica da Administração consistiria na concretização dos fins predeterminados na lei.

Para além disso, cumpre reconhecer o crescente papel orientador da legalidade, no âmbito de uma complexificação da atuação administrativa, em que à lei é impossível ou indesejável antecipar todas as condutas administrativas, valorizando a participação procedimental: “em vez de ‘dar’ a solução, o legislador orienta o seu achamento”<sup>9</sup>.

---

6 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 154-156.

7 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 156-158.

8 OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1, p. 432 ss.

9 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 384.

Por fim, cabe referir, embora não vinculada diretamente à realidade brasileira, a edificação de um Direito Administrativo europeu, gerando uma legalidade transnacional, que amplia as dificuldades para a permanência do mito da perfeição da lei<sup>10</sup>.

Por tais razões, a legalidade administrativa mudou sua configuração: de uma legalidade exaustiva, para uma legalidade aberta; de uma normatividade por regras, para uma normatividade por regras e por princípios; de uma legalidade exclusivamente fundada em “*hard law*”, para uma legalidade que admite, a pouco e pouco, “*soft law*”<sup>11</sup>. Os novos traços da legalidade administrativa apontam para um sentido convergente: a valorização da Administração Pública, em detrimento do Legislativo, ou, em outras palavras, a admissão de um espaço de maior protagonismo do administrador na execução da legalidade, embora tal protagonismo seja previsto em um quadro de distintas e entrelaçadas vinculações jurídicas.

No campo dessa nova legalidade, a atuação administrativa não cabe mais no quadro simplista da dualidade vinculação-discricionariedade, no sentido de ausência ou presença de liberdade decisória nos quadros da lei. A noção de liberdade decisória torna-se mais complexa, exigindo análise mais cuidadosa de seus termos. Mostra-se adequada, nesse sentido, a expressão margem de livre decisão administrativa, apta a clarificar uma abordagem analítica dos casos de discricionariedade administrativa e daqueles de “preenchimento valorativo de con-

---

10 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 44.

11 CORREIA, José Manuel Sérvulo; MARQUES, Francisco Paes. *Noções de direito administrativo*. v. 1. 2. ed., p. 270-271; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 162-179. Apontando a relevância do *soft law* no âmbito do Direito Administrativo europeu, SILVA, Suzana Tavares da. *A nova dogmática do direito administrativo*, p. 917.



ceitos jurídicos indeterminados figurando na previsão (Tatbestand) de normas jurídicas”<sup>12</sup>, que, como se demonstra a seguir de modo sintético, são próximos, mas distintos.

Das diversas discussões doutrinárias sobre os critérios para a identificação da discricionariedade administrativa, importa especialmente, para a análise de sua relação com o art. 20 da LINDB, a implicação jurídica do uso de expressões abertas ou imprecisas, incertezas semânticas<sup>13</sup>, nos enunciados normativos que conferem competências administrativas, expressões comumente chamadas *conceitos jurídicos indeterminados*. No Brasil, ainda repercute a questão, oriunda do Direito Administrativo alemão<sup>14</sup>, que discute se o uso de conceitos jurídicos indeterminados, seja na hipótese, seja na estatuição ou mandamento do enunciado normativo, confere ou não discricionariedade administrativa ou alguma outra espécie de autonomia decisória para a Administração.

Tal discussão divide boa parte da doutrina brasileira, entre os que consideram que o uso de conceitos jurídicos indeterminados confere à Administração uma margem de liberdade para escolher o sentido de decisões concretas, estando compreendida no campo da discricionariedade

---

12 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 385.

13 Preferindo a expressão “incertezas semânticas” a “conceitos indeterminados”, pela razão de que, todos os conceitos podem, em vista de sua relação com a realidade, ser indeterminados, DUARTE, David. *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, p. 55-56. Assinalando que a generalização do uso da expressão conceito jurídico indeterminado autoriza sua conservação, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 153. Nesse sentido, ao longo deste texto, serão usadas como equivalentes as expressões incertezas semânticas e conceitos jurídicos indeterminados.

14 Sobre a evolução da questão na Alemanha, KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, p. 189-193.

dade administrativa<sup>15</sup>, e, de outro lado, aqueles que negam a possibilidade de que haja discricionariedade administrativa decorrente do uso de conceitos jurídicos indeterminados, defendendo a ideia de que tais “conceitos” devem ser preenchidos por meio de interpretação, sujeita a amplo controle judicial<sup>16</sup>.

Não obstante a questão ainda acender debates na doutrina brasileira, parece não mais mover grandes discussões na Alemanha, não tendo se firmado como predominante a tese da inexistência de qualquer autonomia administrativa em casos de uso de conceitos jurídicos indeterminados, que convocariam amplo controle judicial<sup>17</sup>.

Em vista da necessidade de síntese que esta oportunidade impõe, cabe, nas linhas que se seguem, articular as ideias gerais que parecem ser mais adequadas para identificar a discricionariedade administrativa e, em sentido mais amplo, as espécies de autonomia decisória que a lei confere à Administração, para, a partir delas, analisar a aplicação do art. 20 da LINDB.

Em primeiro lugar, é preciso registrar que o uso de conceitos jurídicos indeterminados pode se dar na hipótese ou previsão do enunciado normativo, que descreve a situação de fato que, uma vez ocorrida, deflagra o exercício da competência administrativa, ou no mandamento ou estatuição, parte do enunciado normativo que descreve a competência admi-

---

15 Por exemplo, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial* p. 19 e seg; p. 86 e seg; MORAES, Germana de Olivera. *Controle jurisdicional da administração pública*, 1999, p. 42; p. 72 e seg.

16 Nesse sentido, por exemplo, GRAU, Eros R. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, p. 310 e seg; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro*, p. 100 e seg.

17 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, p. 191-192.



nistrativa a ser exercida. Assim, por exemplo, o enunciado que estabeleça: “em caso de iminente perigo público, a Administração Pública adotará as medidas necessárias para garantir a segurança”, a expressão “iminente perigo público” descreve a situação de fato que, uma vez verificada, deflagra o uso da competência; por sua vez, a descrição da competência também se faz por expressão imprecisa, “medidas necessárias para garantir a segurança”. Neste exemplo, tem-se o uso de imprecisões semânticas, ou conceitos indeterminados, na hipótese e no mandamento do enunciado normativo.

Diante das transformações das relações entre a Administração e a lei, que conferem à função administrativa papel decisivo na configuração concreta dos interesses públicos e dos meios para concretizá-los, afirma-se como mais adequado o entendimento segundo o qual o uso de conceitos indeterminados, tanto na hipótese, quanto na estatuição ou mandamento, configuram zonas de autonomia decisória para a Administração<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é possível identificar autores para os quais a discricionariedade administrativa compreende uma margem de liberdade administrativa na escolha do sentido de decisões concretas e, ainda, outra margem de liberdade, decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na previsão normativa, concebida, de forma mais ampla, como margem de livre apreciação administrativa<sup>19</sup>.

---

18 Assinalando que é “cada vez maior o número de autores alemães que entendem que o legislador habilita (explícita ou implicitamente) a Administração para completar ou aperfeiçoar, no ato de aplicação, uma hipótese normativa incompleta ou concretizar uma norma aberta”, seja na hipótese normativa, seja na estatuição, KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, p. 193.

19 Nesse sentido, por exemplo, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 438-440.

De outro lado, há autores que restringem a discricionariedade administrativa à primeira concepção (definição do sentido de decisões concretas), por vislumbrarem distinções que impõem a singularização da segunda concepção (conceitos indeterminados na previsão normativa). Neste último caso, para congregar as duas concepções, tem-se evitado o uso da expressão *discricionariedade administrativa* em sentido amplo, substituindo-a por *margem de livre decisão administrativa*<sup>20</sup>. De qualquer forma, uma e outra posição identificam alguma autonomia decisória da Administração quando o enunciado normativo usa conceitos jurídicos indeterminados, seja na previsão, seja na estatuição.

Diante das variações que pode haver em uma ou outra concepção, cabe avançar algumas compreensões de que se parte, para, em seguida, tratar da relação entre o disposto no art. 20 da LINDB e os espaços de autonomia decisória da Administração<sup>21</sup>:

- a. a discricionariedade administrativa corresponde a uma competência atribuída por lei a um órgão administrativo, de definir “o sentido de decisões concretas através da ponderação autónoma dos interesses públicos e privados relevantes”<sup>22</sup>;

---

20 Tal expressão tem origem em Walter Schmidt: *Entscheidungsspielraum* (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 130). Adotando a expressão, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 385; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*, t. I, p. 183.

21 Tais conclusões foram traçadas em BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 264-265.

22 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 386.



- b. diferentemente do que preconiza relevante parcela da doutrina<sup>23</sup>, nas balizas da discricionariedade administrativa a escolha do decisor administrativo não é indiferente para o Direito: se o sentido das decisões concretas se deve atingir pela ponderação de interesses em jogo<sup>24</sup>, pode-se afirmar que importa para o Direito o modo como o aplicador escolhe os pressupostos que, extraídos do caso concreto, ditarão o sentido da decisão<sup>25</sup>, jogando importante papel o princípio da proporcionalidade<sup>26</sup>;
- c. a compreensão da discricionariedade leva em conta a estrutura dual da norma atributiva (uma previsão e uma estatuição)<sup>27</sup> e a indispensabilidade do exercício do poder

---

23 Como, por exemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 468-469; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 87.

24 WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 462; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 208.

25 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 390. Também negando que a escolha, dentro dos parâmetros abstratos postos pela norma, é indiferente ao Direito, já que concretamente a discricionariedade pode ser limitada por outras normas do ordenamento, DUARTE, David. *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, p. 58-60. O que é correto afirmar-se é que, desde que o procedimento decisório tenha observado as vinculações aos direitos fundamentais, aos princípios da Administração Pública e aos fins públicos da atuação em causa, “*não interessa discutir se haveria outra solução ainda melhor para nessa base invalidar a decisão efetivamente tomada*”. Mas, por outro lado, cabe repisar: “*Sem dúvida que o trabalho de complementação é jurídico e que não é irrestrita a liberdade de decisão*” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 392). No mesmo sentido, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 148.

26 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 113-116; WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 471.

27 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 109.

de definição autodeterminada do conteúdo da situação concreta, mediante uma ponderação autônoma de interesses públicos e privados relevantes<sup>28</sup>;

- d. embora sejam figuras próximas, os conceitos jurídicos indeterminados, ou as incertezas semânticas (indefinições da linguagem, que compõem o que muitos chamam margem de livre apreciação<sup>29</sup>), na previsão normativa, não se confundem com hipóteses de discricionariedade administrativa. A distinção entre as duas figuras não se assenta na compreensão das hipóteses de discricionariedade como escolhas realizadas em ambiente de indiferença para o Direito (baseadas em “indiferentes jurídicos”). A distinção se dá porque, no caso de conceitos jurídicos indeterminados, trata-se de concluir se o texto normativo é ou não aplicável, enquanto, na discricionariedade, trata-se de determinar um sentido de decisão administrativa<sup>30</sup>.

Dito de outro modo, no primeiro caso, definindo-se por ser aplicável a norma ao caso concreto; num segundo momento, pode haver um

---

28 CORREIA, José Manuel Sérulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 388.

29 SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*, t. I, p. 190-196; DUARTE, David. *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, p. 48.

30 Acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, a precisa lição de Sérulo Correia: “Para concluir se o pressuposto se verifica, o órgão competente terá de avaliar a suficiência de uma qualidade numa pessoa ou numa coisa ou estimar uma evolução futura de um processo social em termos de sim ou não (...) Aquilo de que se cura é tão só responder a um ‘questionário legal’ sobre a presença na situação real de um elemento sem o qual não estarão reunidos os pressupostos de exercício do poder de decidir” (CORREIA, José Manuel Sérulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 393).



poder vinculado ou discricionário, dependendo de, na estatuição, os efeitos de direito encontrarem-se inteiramente definidos ou não<sup>31</sup>. Neste último caso, havendo uma imprecisão semântica na previsão normativa e uma competência discricionária na estatuição, está-se diante do que, no Direito Administrativo alemão, se tem chamado de “prescrições de acoplamento ou tipos mistos”<sup>32</sup>.

A opção pela separação entre as hipóteses de incertezas semânticas na previsão normativa e aquelas de discricionariedade demonstra a opção por um determinado conceito de discricionariedade administrativa. Nesse sentido, ela é compreendida como a competência para definir o sentido de uma decisão concreta<sup>33</sup>, vale dizer, para, a partir do espaço de liberdade conferido pela norma, escolher, por uma análise ponderada, se adota ou não uma conduta, ou uma entre as condutas possíveis<sup>34</sup>. Em outras palavras, a discricionariedade administrativa tem que ver com escolhas relativas à determinação de efeitos jurídicos que decorrem da aplicação da norma.

---

31 Por exemplo, o enunciado normativo que assim dispõe: a Administração, em casos de grave ameaça à ordem pública, poderá indeferir pedido para realização de manifestações em vias públicas. Nesse caso, cabe ao administrador aquilatar se há ou não grave ameaça à ordem pública, para verificar se a norma é ou não aplicável. Sendo aplicável, aí sim terá uma competência discricionária para deferir ou indeferir o pedido, a partir de um juízo de ponderação dos interesses em jogo. Caso o enunciado dissesse: a Administração, em casos de grave ameaça à ordem pública, deverá indeferir pedido para realização de manifestações em vias públicas, definida pelo administrador que a norma é aplicável, a competência seria vinculada.

32 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 164; KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, p. 193.

33 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 386.

34 Mencionando os conceitos de discricionariedade de decisão e discricionariedade de escolha no Direito Administrativo alemão, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 109-110; 746. Em sentido semelhante, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 143.

Já nos casos de incertezas semânticas situadas na previsão dos enunciados normativos, “não se encontra envolvida qualquer ponderação de interesses conflitantes para encontrar a bissetriz da sua concordância prática, mas tão só uma conceção do teor parcial de uma situação tal como ela se põe num certo momento”<sup>35</sup>.

O que se tem, portanto, são exercícios analíticos distintos: um, o das situações de discricionariedade, um exame ponderado dos interesses concretos em jogo, para se definir o sentido da decisão administrativa; outro, o das hipóteses de incertezas semânticas na previsão normativa, relativo à verificação, na situação concreta, da presença dos elementos que levam à aplicação da norma, ou ao exercício da competência decisória.

A discricionariedade é sempre ligada a uma conduta, a uma escolha vinculada a uma decisão, cuja habilitação se encontra na parte relativa à estatuição da norma, seja para não atuar, seja para atuar, ou atuar de determinada maneira. Essa noção de discricionariedade administrativa não inclui a chamada “discricionariedade cognitiva”, de apreciação da previsão normativa: “o domínio da discricionariedade só começa quando os pressupostos da lei estão preenchidos”<sup>36</sup>.

Posição distinta é a que se baseia em um amplo conceito de discricionariedade<sup>37</sup>, não se atendo apenas à competência para a definição do sen-

---

35 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 393.

36 WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 461-462. Em sentido semelhante, distinguindo uma discricionariedade cognitiva, presente na apreciação de conceitos jurídicos indeterminados na previsão normativa, que entende justificável, da discricionariedade voluntária, relativa à estatuição, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 167.

37 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 166.



tido das decisões concretas, mas incluindo em seu âmbito a opção entre a norma ser ou não aplicável, decorrente de uma incerteza semântica no texto normativo relativo à previsão<sup>38</sup>. Pelas razões já sumariamente expostas, parece mais adequado distinguir tais hipóteses daquelas de discricionariedade administrativa, não sem reconhecer seus pontos comuns, que autorizam agrupá-las no conceito geral de margem de livre decisão<sup>39</sup>.

Há determinadas hipóteses de relação entre conceitos indeterminados na previsão normativa e competências discricionárias na estatuição em que a jurisprudência administrativa alemã considerou que, em algumas normas jurídicas, a análise do conceito jurídico indeterminado presente na previsão determina a competência discricionária em sua extensão e conteúdo, fazendo, assim, com que a análise da previsão já obrigue a um determinado sentido da decisão<sup>40</sup>. Nesses casos, pode-se dizer que, sendo aplicável a norma, a competência, em tese discricionária, será concretamente vinculada.

Já se a incerteza semântica estiver na parte relativa à estatuição do enunciado normativo, poderá haver discricionariedade, na medida em que, ao fim do exercício de interpretação, ainda reste abertura para uma liberdade de escolha administrativa, uma vez que o legislador não

---

38 DUARTE, David. *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, p. 53-54. Em sentido semelhante, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 984-986.

39 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 394.

40 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 165. Por exemplo, uma norma do código de construções que estabelece que, caso determinados projetos não prejudiquem interesses públicos, poderiam ser autorizados. Na verdade, a interpretação que se deu foi no sentido de que, admitida aplicação da norma – o projeto não prejudica interesses públicos – a competência seria vinculada, já que não haveria razões para se recusar a autorização (BVerwGE 18, 247, 250).

tenha completado a descrição da decisão a ser tomada<sup>41</sup>. Nesse sentido, a indeterminação dos efeitos jurídicos (estando certo que a norma se aplica) estabelece uma competência discricionária<sup>42</sup>. As incertezas semânticas ligadas à estatuição da norma podem constituir-se em expediente técnico para criar opções de efeitos jurídicos que se comportem no espectro de opções da palavra, habilitando o administrador para determinar os efeitos aplicáveis<sup>43</sup>.

Nesse sentido, se as incertezas semânticas na estatuição das normas criam alternativas de efeitos a produzir, cabendo ao administrador definir qual delas será aplicada, não há distinção dessa hipótese normativa, para efeito de se reconhecer a presença de discricionariedade administrativa, de outros meios de que a norma se vale para criar opções de efeitos jurídicos submetidas à escolha ponderada do órgão administrativo. Tanto numa como noutra hipótese, a escolha entre os efeitos possíveis da norma é balizada pela juridicidade, não cabendo dizer que no caso de incertezas semânticas na estatuição haveria uma “construção de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador”<sup>44</sup>, enquanto na discricionariedade, a escolha seria pessoal, legitimada pela lei.

O que caracteriza a discricionariedade administrativa, como já referido, é a atribuição, pelo enunciado normativo, de uma competência de definição administrativa autônoma do sentido de decisões concretas. Também nos casos de incertezas semânticas, localizadas na parte da norma re-

---

41 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 110.

42 WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 461.

43 DUARTE, David. *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, p. 53-54.

44 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 208.



lativa à estatuição, poderá haver abertura à definição concreta e autônoma do sentido possível de uma decisão, dentro do espectro de sentidos possíveis da palavra ou da expressão utilizada. Nesses casos, como em outras hipóteses possíveis de discricionariedade administrativa, a escolha nunca será livre, estará sempre balizada pelos interesses públicos e privados presentes e pela aplicação de normas limitadoras, para a definição do espaço de discricionariedade concretamente considerado.

Assim, não faz sentido diferenciar casos de discricionariedade, em que a lei atribui ao administrador competência para formular uma escolha segundo sua avaliação subjetiva, ainda que por critérios objetivos, dos assim chamados conceitos jurídicos indeterminados, que conferiam uma autonomia de escolha ao aplicador, mas que não se reconduziria à discricionariedade porque tal escolha deveria ser a mais compatível com o conceito, ou a melhor possível<sup>45</sup>.

Ora, em todos os casos em que a lei confere ao administrador a definição de uma solução concreta, entre mais de uma possível, sua escolha será sempre subjetiva – não há “autômatos subsuntivos”<sup>46</sup> na aplicação da norma – e, por outro lado, será sempre condicionada pela norma que atribuiu a competência e as demais normas que se aplicam no caso concreto. O maior ou menor espaço de escolha não é critério para dizer se há ou não discricionariedade: esta pode até mesmo ser reduzida a zero, na análise da relação do caso concreto com normas limitadoras que incidem sobre a competência discricionária.

---

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 211-214.

46 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas*, p. 387.

Em síntese, o uso de incertezas semânticas, os assim chamados conceitos jurídicos indeterminados, tanto na previsão quanto na estatuição do enunciado normativo, constituem modos de a lei conferir à Administração autonomia decisória. Importa, então demonstrar como o disposto no art. 20 da LINDB é afetado por essa conclusão.

### **3. O ART. 20 DA LINDB: A BUSCA DE REDUÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA**

O Decreto-lei nº 4.657/1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, foi alterado pela Lei nº 13.655/2018, que a ele acrescentou normas de direito público, como o objetivo principal declarado de reduzir a insegurança jurídica e aumentar a qualidade das decisões públicas<sup>47</sup>. Entre os dispositivos incorporados, está o art. 20, que dispõe o seguinte:

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

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

Para a análise dos efeitos do art. 20, é relevante convocar os termos do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou a Lei nº 13.655/2018, quanto aos seguintes dispositivos:

---

<sup>47</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>



*“Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.*

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

*Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.*

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

*Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.*

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

*I - restringir os efeitos da declaração; ou*

*II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.*

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.”

Tais dispositivos têm como finalidade “reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade”<sup>48</sup>.

---

48 JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*, p. 15.



Em síntese, o art. 20 da LINDB visa a regular a aplicação de normas com elevado grau de abstração e incerteza semântica – como explicitado no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019 –, buscando evitar o “simplismo decisório”<sup>49</sup>, ou “preguiça decisória”<sup>50</sup>, isto é, decisões que se limitam a declarar a configuração fática das situações descritas em enunciados formulados com conceitos jurídicos indeterminados, sem que haja a sua demonstração motivada.

Trata-se, portanto, de uma imposição mais clara do dever de motivação congruente. Nesse sentido, nas hipóteses de incertezas semânticas na previsão normativa, impõe-se a demonstração analítica da verificação, na situação concreta, da presença dos elementos que levam à aplicação da norma, ou ao exercício da competência decisória. De outro lado, nas situações de discricionariedade, em que há incerteza semântica no mandamento normativo, impõe-se a demonstração analítica do exame ponderado dos interesses concretos em jogo e de como tal exame definiu o sentido da decisão administrativa.

Embora o enunciado do art. 20 busque reduzir a insegurança jurídica utilizando, ele próprio, uma incerteza semântica contida na expressão “valores jurídicos abstratos”, não parece haver dúvida de que o Decreto regulamentar, no referido art. 3º, § 1º, identificou tal expressão com o que se costuma chamar conceito jurídico indeterminado. E, portanto, partindo-se da noção de margem de livre decisão adotada, o citado art. 20 da LINDB, o que impõe, de modo central, é um dever de imparcialidade objetiva.

---

49 JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*, p. 22.

50 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*, p. 205 e seg.

Em geral, a primeira referência que se faz sobre a imparcialidade diz respeito à sua dimensão subjetiva, em geral veiculada na fórmula da impessoalidade, prevista no art. 37 da Constituição de 1988, em que a vinculação a um imperativo de isenção veda favorecimentos e perseguições. Não obstante, não se pode descuidar de sua dimensão objetiva, que implica a consideração e a valoração dos interesses envolvidos em suas decisões<sup>51</sup>.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a imparcialidade impõe, sob sua face objetiva, “uma directriz de compleição da decisão”<sup>52</sup> por meio da necessidade de consideração de fatos ou interesses relevantes e da exclusão de fatos ou interesses irrelevantes, por meio de ponderação. A imparcialidade, em suma, determina que a atuação administrativa pondere interesses e, para tanto, é necessário que tais interesses “sejam captados procedimentalmente”<sup>53</sup>.

Daí que a referência às “consequências práticas da decisão” como critério para atuação fundada em normas construídas a partir de incertezas semânticas, não deve conduzir a um consequencialismo jurídico em sentido próprio, mas indica a sujeição da decisão ao dever de imparcialidade objetiva, isto é, a obrigação de o decisor administrativo demonstre a consideração dos fatos e interesses captados no processo decisório e a sua valoração no caso concreto, o que, por certo, permitirá a avaliação das consequências da decisão.

Em outras palavras, a análise das “consequências práticas da decisão” não conduz a uma decisão que permita subestimar as vinculações

---

51 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*, v. 1, p. 254-255; RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*, p. 163-165.

52 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 290.

53 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 297.



jurídicas em função das consequências, mas leva ao dever, já referido, de demonstração analítica da verificação, na situação concreta, da presença dos elementos que levam à aplicação da norma, bem como conduz ao dever de exame ponderado dos interesses concretos em jogo e de como tal exame definiu o sentido da decisão administrativa. E, por fim, a motivação que conste tal demonstração deve indicar sua aderência à proporcionalidade. Como já se referiu, o exercício da margem de livre decisão administrativa se faz nos quadros da juridicidade e implica no dever de motivação congruente.

Cabe, por fim, uma palavra sobre a referência do art. 20 da LINDB às esferas “administrativa, controladora e judicial”, como se impusesse às três os mesmos deveres de imparcialidade e motivação. De início, cabe dizer que a referência à esfera “controladora”, apartada da “administrativa” e da “judicial”, diz respeito aos Tribunais de Contas, cuja natureza das competências controladoras ainda parece causar confusão no Direito brasileiro.

A questão relevante, quanto ao enquadramento da noção de discricionariedade administrativa e, de modo ampliado, de margem de livre decisão, envolvendo a presença de incertezas semânticas no enunciado normativo da competência, é o de saber se o art. 20 da LINDB, ao se referir à competência controladora dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, tratando da análise das consequências práticas da decisão, extinguiu a margem de livre decisão administrativa.

Dito de outro modo, tal dispositivo determinou às funções controladoras de contas e judicial que refaçam um juízo sobre a presença dos elementos que levam à aplicação da norma, a partir da incerteza semântica na hipótese normativa, ou que refaçam o exame ponderado dos interesses em jogo para definir o sentido da decisão administrativa, a partir da incerteza semântica no mandamento normativo? O art. 20 da

LINDB, pretendendo domesticar juridicamente o controle, teria acabado por abrir as portas para um controle total, extinguindo a margem de livre decisão administrativa? A resposta é negativa.

A despeito de a redação do dispositivo dar margem a dúvidas, pela inadequada referência às funções administrativa e judicial no mesmo enunciado, é preciso interpretá-la à luz das distintas finalidades das referidas funções. Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que cabe à função administrativa concretizar múltiplos interesses públicos legalmente configurados e, muitas vezes, descritos por meio de imprecisões semânticas, pelo fato de ser indesejável, difícil ou impossível que o legislador identifique *a priori* os meios para sua configuração concreta.

E o uso das imprecisões semânticas é o modo de transferir à função administrativa um papel fundamental no processo de configuração concreta de tais interesses e dos meios para sua efetivação. Essa é uma tarefa fundamental da função administrativa, considerando-se sua posição privilegiada diante da complexidade da vida e da realidade estuante sobre a qual atua de modo ininterrupto.

Conforme já assinalado, o perfil multidimensional da função administrativa, que se aprofunda neste início de século, aponta para o reconhecimento de uma multiplicidade de interesses públicos concorrentes tutelados pela Administração, cuja prossecução se dá, muitas vezes, em situações complexas de ponderação, que exigem procedimentos abertos, flexíveis e que combinam distintas formas de participação. Tal perfil indica uma reserva de função administrativa que aponta para uma precedência nos juízos avaliação da realidade para o exercício de competências fundado em imprecisões semânticas.



Também já foi assinalado que essa autonomia não conduz à ausência ou enfraquecimento de controles, já que os imperativos de imparcialidade e motivação congruente asseguram uma matriz decisória informada que convoca um controle sobre as balizas normativas da decisão, embora não conduza a uma substituição controladora dos juízos proporcionais realizados dentro das balizas da margem de livre decisão administrativa.

Por outro lado, a função judicial – e a do controle de contas – se caracteriza por ter como fim principal a resolução definitiva de conflitos, pautada por um processo mais limitado e estreito se comparado aos procedimentos administrativos, especialmente quanto aos modos de participação e escrutínio público. Daí que sua incidência sobre a aplicação administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados não está predisposta a refazer os juízos que se tenham realizado dentro dos limites da juridicidade proporcional.

Em síntese, pode-se concluir que há dois sentidos interpretativos do art. 20 da LINDB, cada qual dirigido a uma função estatal decisória:

- a. em relação à decisão administrativa, a imposição do dever de demonstração analítica da verificação, na situação concreta, da presença dos elementos que levaram à aplicação da norma e, em seguida, do dever de exame ponderado dos interesses concretos em jogo e de como tal exame definiu o sentido da decisão administrativa, estruturando tudo isso em um procedimento informado por motivação congruente;
- b. em relação à decisão judicial ou dos Tribunais de Contas, a imposição do dever de que a decisão controladora demonstre análise informada e motivada do juízo administrativo sobre a presença dos elementos que levaram à

aplicação da norma e da ponderação dos interesses em jogo e de como tal exercício ponderativo definiu o sentido da decisão administrativa, limitando-se tal decisão controladora à verificação do cumprimento das vinculações de juridicidade e do imperativo de proporcionalidade, não estando autorizada, caso os juízos administrativos tenham sido lícitos e proporcionais, a substituí-los.

#### **4. NOTA CONCLUSIVA**

Em síntese, cabe dizer que o art. 20 da LINDB, partindo de uma constatação verdadeira e relevante – o déficit de motivação congruente das decisões administrativas e controladoras na aplicação de normas de competência compostas por imprecisões semânticas, que gera dificuldade de controle e insegurança jurídica –, construiu solução que não está isenta de incertezas.

Diante das dúvidas geradas pela inclusão das funções administrativa e judicial (para além do controle externo de contas) no mesmo enunciado normativo e da constatação de que uma adequada configuração constitucional da separação de funções deve partir do reconhecimento de uma margem de livre decisão administrativa decorrente do uso de incertezas semânticas no texto legal, cabe distinguir os efeitos do enunciado do art. 20 da LINDB para que cada função estatal o aplique dentro de suas balizas finalísticas.



# Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal

## Breves notas<sup>1</sup>

MARIANA MELO EGÍDIO<sup>2</sup>

### Resumo

Procura-se no presente texto fazer uma síntese do tratamento dogmático da discricionariedade administrativa em Portugal, bem como da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Sabendo que o poder discricionário implica a ponderação de interesses em conflito, o recurso ao conceito de “interesse público” como sendo o fim de qualquer actuação administrativa é também analisado.

---

1 O presente texto procura sintetizar a intervenção oral ocorrida no dia 20 de abril de 2023, no âmbito do IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público – *Discricionariedade administrativa e controle da Administração Pública*, integrada no primeiro painel da Colóquio, subordinado ao tema “Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal e no Brasil”, o qual integrei juntamente com o Professor Doutor Egon Bockmann Moreira e o Professor Doutor Eurico Bitencourt Neto, com moderação da Professora Doutora Carla Amado Gomes, a quem novamente agradeço o convite e a preocupação com a integração de docentes e investigadores em diferentes fases da carreira académica nas publicações e conferências por si co-organizadas.

2 Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Investigadora Associada do CDP – LPL

Finalmente, tendo a permissão para o exercício do poder discricionário de constar de um acto legislativo, de acordo com o princípio da reserva de lei, então compreender a discricionariedade administrativa é também uma questão de ciência da legislação (e de como bem legislar) e, indubitavelmente, uma questão atinente ao princípio da separação de poderes.

**Palavras-chave:** Discricionariedade; conceitos jurídicos indeterminados; interesse público; separação de poderes

### **Abstract**

*This text seeks to summarize the dogmatic treatment of administrative discretion in Portugal, as well as of the interpretation of indeterminate legal concepts. Knowing that discretionary power implies the balancing of conflicting interests, the use of the concept of “public interest” as the aim of any administrative action is also analysed.*

*Finally, as the permission to exercise discretionary powers needs to be granted by a legislative act, the understanding of administrative discretion is also a matter of Legal Drafting (and how to better draft norms) and, undoubtedly, a matter of separation of powers.*

**Key words:** Discretion; vagueness of legal concepts; public interest; separation of powers

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Síntese sobre a discussão em torno da discricionariedade administrativa em Portugal; 3. Actividade administrativa e enunciados normativos contendo conceitos jurídicos indeterminados; 4. Discricionariedade administrativa como problema de separação de poderes



## 1. INTRODUÇÃO

1. Decorre do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei”<sup>3</sup>. É hoje ponto assente que a actividade discricionária da Administração também se encontra enquadrada neste preceito. Assim, se há normas que determinam que, verificando-se os seus pressupostos, a Administração deverá praticar os actos correspondentes à produção dos efeitos jurídicos contidos na estatuição daquelas – comportando-se, portanto, como “administração (meramente) executiva” (“*Gesetzesvollziehende Verwaltung*”), outras existem que conferem um espaço de autonomia à actividade administrativa, permitindo à Administração múltiplas actuações.

Nestes últimos – onde a produção do acto com base na respectiva norma requer, mais do que um processo de *cognição* (do que um processo hermenêutico-subsuntivo<sup>4</sup>), uma actividade *volitiva* da Administração, diz-se haver discricionariedade.

Todavia – e como é lugar-comum, e, portanto, supérfluo, realçar – esta autonomia não se reconduz ao arbítrio: a própria expressão, muito usada em doutrina mais antiga, de “livre discricionariedade” (*freies Ermessen*<sup>5</sup>) deixa de fazer qualquer sentido a partir do momento em que o exercício do poder discricionário está, para além de subordinado a li-

---

3 Na ausência de um preceito constitucional semelhante ao artigo 266.º da Constituição, a doutrina alemã retira pacificamente esta norma, assim como a norma que estabelece a vinculação do poder judicial à lei, do artigo 20 III GG (“*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”), HANS WOLFF/ OTTO BACHOF/ROLF STÖBER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, I, München, C.H. Beck, 2004, pp. 359-360.

4 MARIA LUÍSA DUARTE, *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 370, Lisboa, 1987, pp. 35-74.

5 Cfr. ainda KLAUS SCHIFFCZYK, *Das “freie Ermessen” des Richters im Zivilprozeßrecht*, Erlangen, Nürnberg, 1979, onde já se conclui que também a discricionariedade judicial não pode, mesmo na aparência, ser livre.

mites *externos* e *internos*, antes de mais subordinado à – ao princípio da – *prosecução do interesse público*.

2. Note-se que as normas atributivas de discricionariedade – as quais definem a medida abstracta da autonomia conferida ao órgão da Administração – coincidem naturalmente com outras normas – *maxime*, normas de princípio – do mesmo ordenamento jurídico, dando inevitavelmente lugar a situações de convergência, devido à incidência no espaço de autonomia determinado pelas primeiras, de outras normas que vêm estabelecer limites e direccionar o exercício da discricionariedade atribuída<sup>6</sup>.

Daqui decorre que um acto administrativo nunca será completamente, isto é, quanto a todos os seus aspectos, discricionário, assim como este nunca será em igual medida totalmente vinculado, pois a lei (material), devido às suas características de generalidade e abstracção, nunca poderá definir em absoluto pormenor a prática deste acto. Consequentemente, é comum afirmar-se que a discricionariedade é uma questão de grau, *i.e.*, na teoria da actividade administrativa, não há actos totalmente discricionários ou vinculados: por maior que seja a margem de livre decisão conferida ao aplicador, haverá sempre elementos vinculados, como a competência e o fim. Por isso, diz ROLF STÖBER que “toda a produção jurídica, abstracta ou concreta, encontra-se entre os pólos da completa liberdade e da rígida vinculação”<sup>7</sup>.

Toda a *autonomia pública*, enquanto “permissão da criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de

---

6 DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 479 e ss.

7 HANS WOLFF/OTTO BACHOF/ROLF STÖBER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 360.



efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder, isto é, de margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas reguladas pelo Direito Administrativo<sup>8</sup>”, carece de uma norma que habilite a Administração a exercer este poder, mediante o qual poderá criar os mencionados efeitos não predeterminados.

Assim, a discricionariedade “não existe para ser limitada, mas existe porque há normas que a conferem (...)”<sup>9</sup>, sendo que, mesmo antes de se colocar a questão da forma como pode ou não ser controlada, se “...suscita a avaliação das normas que regulam o seu exercício<sup>10</sup>” – olhando para a discricionariedade como o resultado do efeito das normas reguladoras sobre as diferentes alternativas que são expressão da autonomia administrativa, cuja limitação opera “através da indicação positiva de uma delas [uma alternativa], quer através da exclusão de outra<sup>11</sup> [alternativa]”, reduzindo a discricionariedade administrativa atribuída pela permissão de autonomia conferida pelo ordenamento. São, portanto, estas normas reguladoras que limitam sempre a atuação discricionária, sendo com base nelas que o controlo jurisdicional encontra o seu fundamento e âmbito, não se distinguindo assim “diferentes níveis de avanço (...) do controlo por parte dos órgãos jurisdicio-

---

8 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 470.

9 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 461.

10 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 461.

11 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 481.

nais”, na medida em que o controlo jurisdicional de actos discricionários resulta de um conflito normativo.

Centrando-nos na norma habilitante, a habilitação para o exercício da mencionada “autonomia pública” decorre, frequentemente, da utilização de operadores deontológicos de permissão, mas também de uma incompletude da predeterminação na previsão (*Tatbestand*) da norma<sup>12</sup>, a qual se vai traduzir na estatuição da norma, o que significa que “a criação ou não de efeitos de direito, em certo momento, depende de uma decisão autónoma que passa pela escolha autodeterminada de pressupostos que, aditados aos pressupostos típicos, justificam o sentido da conduta administrativa<sup>13</sup>.

Mas não nos adiantemos: é que esta constatação, de que a discricionariedade não se circunscreve à estatuição da norma, não esteve sempre presente na doutrina nacional, a qual foi acompanhando a evolução pela qual passou a dogmática alemã sobre a discricionariedade – esta principiou pela defesa de teorias monistas da discricionariedade, seguidamente advogou uma diferença clara entre discricionariedade e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, para finalmente, na senda de autores como WALTER SCHMIDT, ter retornado a uma teoria monista, ainda que com adaptações.

---

12 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 471. Sobre o papel das normas de competência e das normas de conduta atributivas de discricionariedade, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, op. cit., p. 469 e ss e PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte II, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 193 e ss.

13 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit..



3. Impõe-se, pois, fazer um breve périplo pela evolução da dogmática da discricionariedade, procurando apurar se existe – e a existir, qual será – alguma diferença entre a discricionariedade e o recurso a conceitos jurídicos indeterminados na previsão da norma<sup>14</sup> (ou seja, da margem de livre apreciação no preenchimento dos mesmos) que regula a atividade administrativa, enquanto manifestações de autonomia pública<sup>15</sup>.

## 2. SÍNTESE SOBRE A DISCUSSÃO EM TORNO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL

4. Podemos distinguir as concepções sobre a discricionariedade administrativa, como tem sido a perspectiva seguida pela generalidade da doutrina nacional, atendendo à *estrutura* das próprias normas habilitantes<sup>16</sup>, procurando averiguar em que parte das mesmas se encontra a fonte da discricionariedade, se *i)* exclusivamente na estatuição,

---

14 “Problema tão controverso que já foi elevado a *quaestio diabolica* do Direito Administrativo, e mais recentemente, a *quaestio perpetua*”, cfr. ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 375, com grande desenvolvimento a partir da p. 425 e ss.

15 Cfr., p. 133 e ss. Como refere WALTER SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 1982, p. 19, este é um dos pontos em que o Contencioso Administrativo mais contribuiu – e contribui – para o desenvolvimento do Direito Administrativo substantivo.

16 Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 107 e ss. Para uma síntese detalhada das diferentes concepções na doutrina nacional, cfr. as monografias de ANA PAULA DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal - Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, op. cit., e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011.

enquanto fonte de diferentes efeitos jurídicos, *ii)* tanto na estatuição quanto na previsão, na medida em que desta constam os pressupostos de facto que conferem também eles, quando indeterminados, discricionariedade ou *iii)* se apenas na previsão, na medida em que é devido à sua incompletude que é possível haver, na estatuição, uma abertura de efeitos jurídicos<sup>17</sup>.

### *i. Teoria dualista*

A teoria referida em *i)* corresponde à teoria clássica, a qual vigorou nas últimas décadas e ainda encontra defensores.

De acordo com esta teoria, a discricionariedade é perspectivada enquanto liberdade de produção de efeitos jurídicos, seja em termos de *discricionariedade de decisão* (liberdade de actuação ou não), ou de a Administração escolher um de entre vários efeitos de direito possíveis (*discricionariedade de escolha, na modalidade de discricionariedade optativa*), ou, ainda, poder escolher quais as diferentes consequências jurídicas possíveis (*discricionariedade de escolha, na modalidade de discricionariedade criativa*)<sup>18</sup>. Todas estas classificações têm em comum o facto de atestarem que a concessão de um poder discricionário à Administração decorre da estatuição da norma, e nunca da sua previsão.

---

17 Para uma síntese das diferentes teorias, elencando os principais contributos doutrinários em cada, embora seguindo uma divisão com a qual não concordamos, na medida em que não dá o devido realce à teoria aqui indicada em *iii)*, cfr. ANTÓNIO CADILHA, “Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática do acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 174 e ss.

18 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 109 e ss.



Esta tese, como se compreende, vem negar que o recurso a conceitos indeterminados na previsão da norma possa habilitar a Administração para agir discricionariamente, na medida em que a apreensão daqueles resultaria de uma mera actividade interpretativa, não envolvendo qualquer juízo de tipo volitivo – daí a designação desta teoria como tese *dualista*: o recurso a conceitos indeterminados implicaria apenas uma operação *cognitiva*, restrita à interpretação e aplicação dos conceitos em causa<sup>19</sup>. Ainda que tributários desta concepção, certos Autores, como foram os casos de OTTO BACHOF<sup>20</sup>, ULE<sup>21</sup> ou WOLFF<sup>22 23</sup>, não reconhecendo embora que a remissão para conceitos indeterminados na previsão da norma pudesse constituir uma fonte de discricionariedade para a Administração, vieram a entender que, quando estivessem em causa conceitos de experiência ou valorativos, haveria uma insindicabilidade contenciosa dos mesmos, sob pena de o juiz se substituir ao juízo da Administração, ao envolver-se em valorações próprias da actividade administrativa<sup>24</sup>.

---

19 Cfr. WALTER SCHMIDT, *op. cit.*, p. 43.

20 OTTO BACHOF, “Beurteilungsspielraum, Ermessen und Unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht”, *JuristenZeitung*, 1955, Nummer 4, p. 97 e ss..

21 CARL HERMANN ULE, “Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht”, *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, p. 309 e ss.

22 WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, 7. Auflage, 1968, § 31 I c 4 (p. 167 e ss).

23 Cfr. sobre os contributos destes autores, ANA PAULA DOURADO, *op. cit.*, p. 429 e ss.

24 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 121 e ss, salientando a ligação entre a *Beurteilungsspielraum* de BACHOF e o artigo 19 § IV da GG. Cfr. também JEAN WALINE, “Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation”, *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit Public*, Tome II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 822, “A subjectividade do juiz não acarreta, por ela, mais segurança que a da Administração”. Como expõe CASTANHEIRA NEVES, *O Problema da Discricionariedade, Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Coimbra, Almedina, 1995, 1.º volume, p. 581, a interpretação de conceitos indeterminados, de acordo com esta tese, seria uma questão-de-direito e não uma questão discricionária.

## ii. *Teoria monista*

Já a tese referida em *ii)* vem defender, inversamente ao que a tese descrita em *i)* procurara sustentar, e à semelhança do que a doutrina alemã pré-década de 50 advogava<sup>25</sup>, que a discricionariedade decorreria tanto da previsão quanto da estatuição da norma, sendo que um dos exemplos daquela seria o recurso a certos conceitos indeterminados que, no lado da previsão normativa, gerariam um poder discricionário<sup>26</sup> - compreende-se assim a sua designação como “teoria monista”: aceitando que também da previsão normativa pode decorrer uma habilitação normativa para o exercício de um poder discricionário<sup>27</sup>, chega-se novamente a uma teoria *monista* da discricionariedade.

Isto significa que, de acordo com esta perspectiva, a análise da discricionariedade implica não só juízos valorativos, mas também um processo cognitivo: impõe-se a apreciação dos pressupostos de facto constantes da previsão da norma, quando os conceitos aí utilizados não podem ser densificados apenas através de uma operação de sub-sunção e de interpretação<sup>28</sup>.

---

25 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 110, n. 199.

26 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 48, “Passou a considerar-se que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na parte da hipótese das normas jurídico-administrativas pode ser, também, uma forma ou técnica utilizada pelo legislador de atribuição de poderes discricionários à Administração”.

27 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 473, “Nos nossos dias, tem de considerar-se ultrapassada a posição clássica, segundo a qual a concessão de discricionariedade se localizaria sempre na estatuição da norma, ao passo que se inscreveriam necessariamente no *Tatbestand* os conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação se traduziria sempre em última análise numa tarefa interpretativa, ainda que executada com maior liberdade”.

28 Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Coimbra, 1991, suplemento XXXVII do BFDUC, pp. 368-369; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, p. 585.



O surgimento desta teoria foi uma consequência da actividade jurisprudencial do Tribunal Federal Administrativo Alemão, a qual contribuiu para sustentar que, pelo menos na zona de incerteza de um conceito indeterminado<sup>29</sup>, haveria uma identidade estrutural com a discricionariedade.

Como se afigura evidente, segundo esta tese, “o espaço de liberdade administrativa ultrapassa a questão hermenêutica, e diz respeito a uma repartição constitucional de competências entre administração e tribunais (tendo em conta a composição dos órgãos, a sua legitimação, o procedimento, as suas capacidades de funcionamento)”<sup>30</sup>.

Esta visão chegou também a Portugal: ROGÉRIO SOARES, por exemplo, introduziu a diferença entre *conceitos classificatórios*<sup>31</sup> e *conceitos imprecisos tipo* – os primeiros apreensíveis por interpretação, com apelo a critérios de experiência ou técnico-científicos (por exemplo, “período nocturno”), e os segundos implicando uma margem de apreciação por parte da Administração, nomeadamente *a ponderação entre interesses públicos ou privados complexos*.<sup>32</sup>

---

29 Seguindo aqui a teoria de JELLINEK, que divide os conceitos indeterminados, em termos de estrutura, numa *zona de certeza*, tanto *positiva* (as situações que cabem indubitavelmente no âmbito do conceito) quanto *negativa* (aquelas que sem dúvida não cabem aí) e ainda numa *zona de incerteza*, na qual há dúvidas sobre a inserção de determinados aspectos no âmbito do conceito.

30 Cfr. ANA PAULA DOURADO, *op. cit.*, p. 37.

31 Os conceitos que são apreensíveis por interpretação (teorético-discursivos), ou classificatórios, na terminologia de ROGÉRIO SOARES, subdividem-se em descritivo-empíricos (nos quais se recorre à experiência comum), conceitos imprecisos de natureza técnico-jurídica – em que se remete para figuras jurídicas de limites elásticos – ou os que são determináveis segundo circunstâncias de tempo e lugar.

32 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52. Note-se aliás que, como elenca a Autora, no âmbito da mencionada teoria há subdivisões relativamente à consideração dos conceitos jurídicos indeterminados que habilitam a Administração a decidir discricionariamente: desde Autores que julgam que todos os conceitos indeterminados são susceptíveis de serem fonte de poderes discricionários, aos que entendem que apenas alguns o serão, ou que reconduzem a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade a duas espécies do mesmo fenómeno: *a concretização de normas abertas em sede aplicativa pela Administração*.

A teoria, dentro desta, que defende a identidade estrutural entre *discricionariedade* e *margem de apreciação na aplicação de conceitos indeterminados* é a que tem granjeado mais seguidores, fenómeno com repercussões também na doutrina nacional<sup>33</sup>.

### *iii. Teoria da incompletude do pressuposto de facto*

A tese referida em *iii*) é a mais recente. Segundo os seus defensores, a discricionariedade administrativa deve ser entendida como a permissão para criar um pressuposto ou aditar elementos ao pressuposto imperfeito constante da previsão da norma, surgindo assim no pólo oposto da teoria referida em *i*), na medida em que entende que a discricionariedade decorre, apenas e só, da previsão da norma, porquanto a imperfeição do pressuposto normativo, seja através da sua incompletude, seja através da sua aparente inexistência quanto aos efeitos jurídicos daí decorrentes<sup>34</sup>, é que permitirá ao intérprete compreender quais os reais efeitos jurídicos que a norma o habilita a escolher.

---

33 “Em ambas as situações estaremos perante a concretização de normas abertas em sede aplicativa, existindo os mesmos rasgos jurídico-metodológicos que caracterizam a sua aplicação (ambos implicam ponderação axiológica de interesses contrapostos pelo órgão actuante), sendo ainda a mesma a tipologia dos vícios jurídicos em que, no seu exercício, se pode incorrer”, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 54. Cfr., para uma síntese, PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 209 e ss.

34 Veja-se o desenvolvimento desta tese em SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 473, “a discricionariedade, mesmo quando formalmente situada na estatuição da norma, implica o carácter aberto da previsão, isto é, a necessidade de aditar aos pressupostos enunciados na norma aquele ou aqueles outros que se revelem adequados para justificar uma certa decisão” e em GOMES CANOTILHO, “Fidelidade à República ou Fidelidade à NATO? O Problema das Credenciações e o Poder Discricionário da Administração Militar”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, BFDUC, volume I, 1984, p. 51, “a escolha de um efeito jurídico, pela Administração, só pode ser função da complementação de uma previsão que deve conter as condições ou os requisitos essenciais da escolha a efectuar pelas autoridades administrativas competentes (discricionariedade como complementação do *Tatbestand*”.



Assim, previamente à observação dos efeitos de direito permitidos pela norma habilitante, tanto em termos de opções a escolher como de liberdade de criação dos mesmos, o agente terá ainda de descobrir os próprios parâmetros orientadores da sua actuação, através da complementação ou criação de requisitos objectivos que se refiram à actuação a adoptar naquele caso<sup>35</sup>.

Ou seja, como sintetiza FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “[a] aplicação da norma habilitante da discricionariedade compreenderá duas operações consecutivas: a primeira, propriamente discricionária – o aperfeiçoamento ou integração, em sede aplicativa, do pressuposto de facto (que é uma tarefa materialmente normativa, pois consiste na *concretização* ou *adopção* daqueles critérios determinantes da aplicação ou não de uma consequência jurídica que o criador da norma omitiu precisar ou prefigurar); a outra, vinculada – a subsunção aos referidos critérios do pressuposto de facto perante o qual a Administração é chamada a actuar quando seja caso disso”<sup>36</sup>.

O exposto significa que “os pressupostos de facto de que depende a aplicação de uma norma à situação concreta são compostos pelos pressupostos legalmente estabelecidos e ainda pelos pressupostos adicionais determinados, concretizados ou criados pela Administração para o caso concreto<sup>37</sup>”. Logo, de acordo com esta teoria, a previsão da

---

35 Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 181 e ss.

36 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 56. Cfr. também SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 473 e ss, ao defender que mesmo havendo discricionariedade na estatuição, tal implica o carácter aberto da previsão, tendo o intérprete de aditar pressupostos aos que constam do enunciado normativo.

37 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 59.

norma não inclui todos os requisitos necessários à aplicação das consequências constantes da estatuição.

O anteriormente exposto acontece especialmente no caso dos chamados preceitos acoplados ou normas mistas<sup>38</sup> (*Koppelungsvorschriften*): nestes casos, o conceito indeterminado constante do enunciado normativo não fornece critérios de aplicação suficientes para que se compreenda o alcance dos efeitos de direito decorrentes da estatuição da norma, sendo o próprio intérprete quem, a propósito do halo de incerteza do conceito, terá de encontrar os pressupostos de facto implícitos que nortearão a sua conduta<sup>39</sup>.

#### *iv. O operador deôntico da norma atributiva de discricionariedade*

Note-se, para finalizar esta pequena enunciação das principais teses relativas à discricionariedade a partir de uma óptica *estrutural* da norma de habilitação, que a apreensão desta última teoria não é possível se não for tido em mente que, admitindo que o ordenamento jurídico é constituído apenas por normas permissivas, proibitivas ou impositivas (respectivamente, com um operador deôntico de permissão, proibição ou imposição<sup>40</sup>), uma norma que habilite o exercício de um poder discricionário será à partida *permissiva*, mas a final, após a descoberta de todos os pressupostos vinculados do exercício do re-

---

38 Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2009, p. 154 e ss.

39 Cfr., neste sentido, HANS-JOACHIM KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt, Metzner, 1979, p. 130 e ss, citado apud MARIANO BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 188.

40 Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, *op. cit.*, p. 75 e ss, nomeadamente pp. 79-80.



ferido poder, nomeadamente os referidos pressupostos implícitos ou imperfeitos, a mesma norma convolar-se-á numa norma *impositiva*: o agente encontra-se obrigado a exercer aquele poder naquele sentido, debaixo daquelas circunstâncias, sob pena de, não o fazendo, violar o bloco de legalidade<sup>41</sup>.

### 3. ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA E ENUNCIADOS NORMATIVOS CONTENDO CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

5. Na dogmática administrativista, um dos autores que mais desenvolveu esta temática, ligando-a ao problema da discricionariedade administrativa, foi WALTER SCHMIDT, em *“Einführung in die Problem des Verwaltungsrechts”*, tendo esta posição sido importada para a doutrina portuguesa por SÉRVULO CORREIA, Autor que aderiu expressamente à posição do autor alemão<sup>42</sup>.

De acordo com a posição que se tornou dominante, o que unifica a margem de livre decisão administrativa é a existência de um juízo de prognose – a prognose consiste num raciocínio através do qual se avalia a capacidade para uma actividade futura, se imagina a evolução futura de um processo

---

41 FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 57, “Ocorre pois uma transformação da norma habilitante mediante a *integração* ou o *aperfeiçoamento* do pressuposto de facto inacabado (...) A norma assim transformada (integrada ou completada) é uma norma em que, tal como a que atribui competências vinculadas, opera um clássico automatismo entre a concorrência do pressuposto de facto normativo na adopção da consequência jurídica. Trata-se de efectuar aqui uma alteração no elemento de cópula da norma que habilita o poder discricionário, substituindo o operador *permissivo* que esta contém na origem (poderá ou está autorizado) por um operador *imperativo* (deverá ou está obrigado)”. Neste sentido, cfr. também MARIANO BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 187-188.

42 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 475.

social ou se avalia a perigosidade de uma situação futura<sup>43</sup> – no qual está em causa um juízo *volitivo* e não *cognoscitivo*<sup>44</sup>.

Contudo, como indiciado *supra*, impõe-se diferenciar os diferentes conceitos indeterminados que poderão surgir nos enunciados normativos, porquanto aqueles poderão ser *conceitos classificatórios*, cujo resultado hermenêutico é alcançado mediante interpretação<sup>45</sup>, ou *conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados*.

Finalmente, cumpre salientar novamente que, paralelamente à análise das possíveis classificações de conceitos indeterminados, no caso da junção

---

43 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 119.

44 Cfr. para síntese mais recente da posição doutrinária, SÉRVULO CORREIA, “Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume I, Coimbra, Edições Almedina, 2012, pp. 379-402, p. 385, “Ao longo dos anos, temos escrito por diversas vezes sobre aquilo que, em Portugal, se tem denominado tradicionalmente como *discricionariedade*, empregando este termo em sentido amplo. Em 1987, passámos a referir esta realidade pela expressão *margem de livre decisão* (MLD), por forma a poder abarcar num superconceito assim denominado duas figuras que – tendo muito em comum na sua essência metodológica e no seu regime – apesar de tudo se não confundem totalmente sob qualquer dessas perspectivas: a *discricionariedade* e o *preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados figurando na previsão (Tatbestand) de normas jurídicas*”, na p. 386, “Por *discricionariedade* entendemos o *poder concedido por lei a um órgão do poder – bem como o modo de atividade através do qual ele é exercido – de definir – no respeito do fim visado pela norma e, também, dos direitos fundamentais e de outros princípios básicos – o sentido de decisões concretas através da ponderação autónoma dos interesses públicos e privados relevantes*”.

45 Para o Direito, não existe qualquer especificidade quanto aos conceitos que remetem para juízos de ordem técnica, pois: ou i) a utilização destes conceitos na previsão de uma norma é empiricamente verificável e/ou ii) o pressuposto em que consiste se encontra verificado ou não, caso no qual – mesmo que o conceito seja linguisticamente caracterizado por um elevado grau de indeterminação – a interpretação do mesmo é estritamente vinculada, consistindo o processo da aplicação de uma tal norma ao caso concreto na qualificação dos factos perante os pressupostos da norma e na subsunção dos mesmos à previsão normativa. Neste caso, em que não há qualquer multiplicidade de soluções válidas perante a norma, a aplicação deste conceito ao caso concreto não poderá deixar de ser sindicável.



de um conceito jurídico verdadeiramente indeterminado<sup>46</sup> na previsão e de discricionariedade na estatuição, confere-se uma dupla abertura ao órgão decisor<sup>47</sup>: são os preceitos acoplados ou copulados (*Koppelungsvorschriften*)<sup>48</sup>.

A especificidade dos preceitos acoplados é conjugarem um conceito jurídico indeterminado na previsão e um critério de discricionariedade na estatuição<sup>49</sup>, ou seja, combinarem um conceito jurídico indeterminado na hipótese normativa com critérios de discricionariedade a nível da estatuição.

Nestes casos, a norma possui um duplo grau de abertura: *i)* a abertura na valoração de um pressuposto para concluir sobre se justifica a decisão, devendo primeiramente haver a valoração criativa do conceito indeterminado; *ii)* a abertura para o aditamento dos pressupostos legalmente enunciados – entre os quais o referido através do conceito indeterminado – para, em face do conjunto assim enriquecido, estabelecer com autonomia o sentido da decisão<sup>50</sup>; *iii)* a faculdade de discricionariedade.

Assim, nestes casos, ocorre um *momento disjuntivo* - a aferição de quais os pressupostos implícitos decorrentes da previsão incompleta da norma, por forma a aferir da sua (in)aplicação ao caso- ao qual se sucede

---

46 Com o sentido que atrás expusemos.

47 JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no direito constitucional : entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da constituição*, volume II, Coimbra, Almedina, 1998, p. 1608.

48 *Ibidem*. Cfr. ainda FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 59 e ss; MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Notas sobre a Variação em Matéria de Discricionariedade”, *op. cit.*, p. 679 e ss; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 485.

49 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 485.

50 SÉRVULO CORREIA, *Ibidem*.

um *momento acumulativo* – quando, por via do *momento disjuntivo*, se concluir pela aplicação do pressuposto ao caso, este tem de ser complementado por outros critérios que permitam compreender qual deve ser o efeito jurídico a ser adoptado pelo órgão que exerce o poder em causa<sup>51</sup>.

### 3.1. Em concreto, o recurso ao conceito de interesse público

6. Um número expressivo de normas que no Direito Administrativo português conferem discricionariedade fazem-no por remissão para um conceito<sup>52</sup>: o *interesse público*, o qual, nos termos do artigo 266.º, n.º 1, da Constituição<sup>53</sup>, se assume como o fim, a vinculação teleológica de qualquer actuação administrativa – note-se que figura em primeiro lugar como princípio vinculante da Administração Pública na Constituição.

Porém, não deixa de ser curioso que o mesmo não tenha tido o relevo que merece a propósito da actividade da Administração: grande parte

---

51 Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 191.

52 Segue-se nesta parte, de perto, o nosso artigo MARIANA MELO EGÍDIO, “Discricionariedade judicial e interesse público no Contencioso Administrativo português”, *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Lisboa, Almedina, 2015, pp. 645-677, em particular pp. 659-677. Embora o conceito perpassa transversalmente por vários ramos do Direito, cfr. PETER HÄBERLE, “Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht”, *Rechtstheorie* 14 (1983), p. 258. A proeminência do conceito ocorre sobretudo no Direito Administrativo substantivo, cfr. HECTOR ESCOLA, *El Interés Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, pp. 235-236, “foi evidenciada a importância transcendental que a noção de interesse público tem em todos os institutos próprios do direito administrativo, a ponto de que esta noção aparece como o verdadeiro fundamento de todo este ramo do Direito (...) O interesse público, de tal forma, é a verdadeira razão de ser e a verdadeira explicação do direito administrativo, o seu real fundamento, o que permite superar a afirmação de que o direito administrativo é o direito da administração, para substituí-la pela mais exacta e geral, na nossa opinião, de que o direito administrativo é o direito do interesse público, pretendido através da actividade administrativa”.

53 Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra, 2007 e ainda JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.



dos enunciados normativos remete para o conceito de *interesse público*, ao qual a doutrina se refere, regra geral acriticamente<sup>54</sup> sendo que, tirando algumas (raras) excepções<sup>55</sup>, a maioria dos autores nacionais limita-se a enunciar o papel do interesse público enquanto princípio reitor da actividade administrativa e pouco mais.

O reduzido aprofundamento dogmático deste conceito torna-se ainda mais surpreendente se atentarmos a que a expressão *interesse público* não é, de todo, recente na teoria do Direito<sup>56</sup> e que o exercício de um poder

---

54 Cfr. MIKE FEINTUCK, *The Public Interest in Regulation*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 3 “the public interest will often appear to be an empty vessel, to be filled at different times with different content”.

55 Cfr., a título de exemplo, ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 27, n. 38, a propósito da figura do ónus “Ora, na maior parte dos ónus, não pode encontrar-se seriamente qualquer interesse público que esteja conexo com a fixação, a não ser o comum interesse público da justa composição dos conflitos. Mas este, exactamente por ser comum a todas as situações jurídicas, por estar sempre necessariamente desperto no momento da qualificação de certa relação como jurídica, é por isso mesmo irrelevante para os efeitos em questão (...) se se trata dum sacrifício do interesse da instituição (!) em proveito doutro interesse dela mesma (lado interno) e doutro interesse público (lado externo) é caso de perguntar se o interesse da instituição não será interesse público (interesse público específico); e claro que isto tem de valer tanto para o interesse do beneficiário como para o sacrificado, donde resultaria que um órgão administrativo pudesse ter no mesmo plano dois interesses públicos ao seu dispor. Por outro lado, em relação a qual interesse público (externo) vai a Administração sacrificar o seu interesse?”.

56 Aliás, o conceito de interesse tem sido utilizado por variadas ciências, e, dentro da ciência jurídica, em diversos ramos. Sobre a história do conceito, cfr. a extensa bibliografia referida em PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 83, n. 250, demonstrando como o conceito adquire diferentes significados consoante a ciência ou o ramo, o que contribui para a sua complexidade. Cfr. também REGINA VIOTTO, *op. cit.*, p. 15 e ss e WOLFGANG MARTENS, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, p. 24 e ss. Etimologicamente, interesse provém de *interesse*, o qual pode significar tanto “estar entre” como “ter parte/participar”. Para uma análise da evolução do tratamento do conceito, embora numa perspectiva obrigacional do termo, cfr. PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 83 e ss. A este propósito, cfr. também PEDRO MÚRIAS, “O que é um Interesse, no Sentido que Geralmente Interessa aos Juristas?”, *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 829-857, demonstrando como o sentido de interesse com relevância para o Direito é o sentido objectivo, ou seja, a “relação entre o sujeito de uma necessidade e um bem apto a satisfazer esta necessidade”.

discrecionário é reconduzível, em última análise, à decisão de um conflito de *interesses*. Como salienta parte da doutrina, uma das causas residiria na sua “evidência intuitiva”<sup>57</sup>, embora as tentativas de delimitação do conceito já efetuadas não reflitam esta evidência – antes pelo contrário<sup>58</sup>.

7. Assim, o que seja o interesse público terá de encontrar fundamento legal<sup>59</sup> (bloco de juridicidade). Salientam GOMES CANOTILHO/

---

57 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, volume I, Lisboa, Editora Da-núbio, 1982, p. 228. Cfr. também JOHN BELL, “Public Interest; Policy or Principle?”, *Law and the Public Interest*, ROGER BROWNSWORD (coord.), Stuttgart, Steiner, 1993, p. 27, “a noção de interesse público é muito usada, mas mal definida”. Cfr. também ARTHUR S. MILLER, “Foreword: The Public Interest Undefined”, *Fundamental Concepts of Public Law Symposium*, No.1, 10 J. Pub. L, 1961, p. 185. Segundo JOÃO SALIS GOMES, “Interesse Público, Controlo Democrático do Estado e cidadania”, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 351, a noção de interesse público é uma construção social da modernidade que necessariamente reflecte modelos de Estado e de sociedade, sobre a qual a globalização teve um papel importante a desempenhar. É deste sentido que parte a análise do conceito por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, 2.ª edição, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 43-44, “Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem comum – na terminologia que vem desde já São Tomás de Aquino, o qual definia bem comum como aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem» (...) num sentido mais restrito, pode, com Jean Rivero, caracterizar-se o interesse público como sendo o que representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um dos seus membros”.

58 GLENDON SCHUBERT, *The Public Interest. A Critique of the theory of a political concept*, op. cit., p. 11, designa tal fenómeno, sugestivamente, como “a cacofonia do interesse público”, na medida em que “a maioria da doutrina tende caracteristicamente a definir o interesse público como universal, em termos tão amplos que ou abarca qualquer tipo de decisão específica, ou então particulariza o conceito, ao identificá-lo com as políticas públicas mais concretas e discretas, a ponto de não ter qualquer significado generalizável. O que está a faltar é o que se pode chamar uma teoria “a meio caminho” (*middle-level theory*), concreta o suficiente para fornecer critérios orientadores para decisões em particular e ainda assim suficientemente genérica para ser aplicável a uma larga variedade de questões substantivas e procedimentos decisórios”. Também neste sentido, URS BÖLSTERLI, *Öffentliches Interesse im Zivilprozess*, Juris Druck, Verlag Zürich, 1976, p. 8.

59 Cfr., neste sentido, REGINA VIOTTO, op. cit., p. 230 “o interesse público enquanto conceito é apreensível fundamentalmente através da lei”. Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, op. cit., anotação ao artigo 266.º, p. 796, “o interesse público é posto e não pressuposto”. Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte II, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 142 e ss.



VITAL MOREIRA<sup>60</sup> que o termo *interesse público* é pouco utilizada no articulado da Constituição, embora haja expressões equivalentes: *interesse geral* [artigos 52.º, n.º 1, 65.º, n.º 2, alínea c), e 81.º, alínea f)] ou *interesse colectivo* (artigo 47.º, n.º 1), enquanto “um momento teleológico necessário de qualquer actividade administrativa”, seja esta considerada pela lei, seja pela Constituição.

No plano constitucional, o interesse público não apresenta assim qualquer conteúdo predefinido: o legislador constituinte contentou-se com a sua enunciação como vector da actividade administrativa, parecendo assim remeter a sua densificação para a Administração e para o legislador<sup>61</sup>. Ou seja, *aparentemente*, os interesses públicos a avaliar não se encontram previamente definidos pela Constituição, quanto

---

60 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, *op. cit.*, anotação ao artigo 266.º, p. 795 e ss.

61 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, *op. cit.*, anotação ao artigo 266.º, p. 796, “A concepção constitucional de interesse público não está, de resto, sobrecarregada por compreensões tradicionais de interesse público, reiteradamente reconduzíveis a conceitos opacos (interesse público identificado com «razão de Estado», com «vontade de Estado») e, sobretudo, a interesses preexistentes, homogêneos, intemporais, independentes da própria conformação jurídico-constitucional. O interesse público é posto e não pressuposto, cabendo à administração um papel central na sua definição”.

O conceito de interesse público é mutável, cfr. HARTMUT MAURER, *op. cit.*, p. 5, MIKE FEINTUCK, *The Public Interest in Regulation*, New York, Oxford University Press, 2004., p. 36 e ss (o conceito em causa é mutável, bem como o peso concreto que poderá ter numa operação de ponderação) e ainda a monografia de GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA, *I Nuovi Confini dell' Interesse Pubblico e altri saggi. Autonomie Locali e funzione amministrativa nella trasformazione della P. A.*, Milani, CEDAM, 1999. Cfr. também FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, p. 45, “o que ontem foi considerado conforme ao interesse público pode hoje ser-lhe contrário, e o que hoje é tido por conveniente pode amanhã ser considerado vantajoso. Não é possível definir o interesse público de uma forma rígida e inflexível, *ne varietur*”.

muito sendo apreensíveis através da análise do sistema<sup>62</sup>. Conclui-se, portanto, que nos encontramos perante um conceito indeterminado<sup>63</sup>, ainda que diferente dos demais<sup>64</sup>.

---

62 Cfr. KARL ENGISCH, *op. cit.*, p. 216 “Assim, diz RUDOLF LAUN: Quando é conferido um poder discricionário aos órgãos do poder executivo, estes têm o poder de determinar eles próprios o seu modo de ver e o seu próprio querer, um e outro em consonância com os deveres do cargo, qual deva ser o fim próximo, imediato, da sua actuação». Quando o «interesse público» é incluído no conceito de discricionariedade, isto significa – isto não se verifica apenas dentro da administração em sentido estrito, mas também, p. ex., no processo penal, quando a justiça no quadro do chamado «princípio da oportunidade» tem de resolver se existe um interesse público na instauração da acção penal (cfr. § 153 do Código de Processo Penal) – isto significa (segundo LAUN): «Aquilo que a autoridade considera ser o interesse público é no sentido jurídico efectivamente o interesse público». Por outras palavras: «Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou por não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos... poder discricionário”.

63 Embora haja doutrina que discorde, cfr., por exemplo, MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, p. 238, quando afirma que “a teoria alemã dos conceitos jurídicos indeterminados aplicada à noção de interesse geral, seguida em Espanha por qualificados autores e por alguma jurisprudência, conduz a conclusões mais drásticas e, na minha opinião, não encaixa no modelo constitucional”, e a análise desta posição em EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, *op. cit.*, p. 222 e ss. Este último Autor, *op. cit.*, p. 245, n. 24, chega a referir que “O conceito de interesse público é precisamente o exemplo-tipo de conceito indeterminado valorativo, como categoria oposta aos *empirische, deskriptive Begriffe*. Neste sentido, o autorizado *Verwaltungsrecht*, de H. J. WOLFF, O. BACHOF e R. STÖBER, *op. cit.*, p. 362, em que os primeiros exemplos de conceitos legais indeterminados que vinculam a Administração (*gesetzliche unbestimmt gebundene Verwaltung*: Administração vinculada por determinação legal indeterminada) que se enunciam são: «motivo grave», «bem ou necessidade pública», «interesse público», «interesse público urgente» (ou necessidade pública), etc. (vol. I, p. 362)”. Num sentido consonante com o defendido, entre tantos, HANS RYFFEL, “Öffentliche Interessen und Gemeinwohl. Reflexionen über Inhalt und Funktion”, AAVV, *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 26, CARL HERMANN ULE, “Allgemeines Wohl in der Rechtssprechung”, *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, *op. cit.*, p. 140, e ainda WALTER KLEIN, *op. cit.*, p. 3.

64 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 560, n. 81, “Só que o «interesse público» não poderia considerar-se um conceito jurídico equivalente aos restantes conceitos jurídicos – dos quais precisamente resultava uma vinculação jurídica – pois ao utilizá-lo enunciar a lei apenas uma «norma em branco» (*Blankettnorm*), ou por ele pretenderia o legislador unicamente significar que renunciava a uma intenção vinculante e se remetia para o entendimento do interesse público que o órgão de decisão perfilhasse: seria este, interpretando pessoalmente o interesse público ou definindo-lhe concretamente os seus fins, quem poria nesse caso a «premissa maior»- LAUN, *ob. cit.*, 68-70. Por isso mesmo definia este autor a «freie Ermessen» como aquele poder concedido ao órgão de execução para determinar, excluída a sua imposição por uma norma jurídica, o fim que num determinado caso concreto se haveria de prosseguir como sendo o de «interesse público”.



8. Tendo já sido sintetizado *supra* que, no caso da junção de um conceito jurídico indeterminado na previsão e de discricionariedade na estatuição, se confere uma dupla abertura ao órgão decisor<sup>65</sup> – os designados preceitos acoplados ou copulados (*Koppelungsvorschriften*) – ao preenchimento de um conceito indeterminado no pressuposto, liga-se uma decisão discricionária, no plano das consequências jurídicas<sup>66</sup>.

Ora, o exercício da discricionariedade consiste sempre na decisão de um conflito entre os interesses em concorrência no caso vertente<sup>67</sup>, enquanto nas decisões isoladas de prognose sobre um elemento do *Tatbestand* não há o mencionado conflito de interesses, mas apenas a apreciação da adequação da conduta face ao resultado.

---

65 JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no direito constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da constituição*, op. cit., p. 1608. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 480. Com efeito, como salienta MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE, op. cit., p. 27 e ss, desde BERNATZIK que muitos autores têm vindo a associar a discricionariedade e o interesse público, nomeadamente GIANNINI, que considera aquela a valoração ou apreciação por parte da Administração do interesse público. Cfr. também DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, op. cit., pp. 347-349, “A imprescindibilidade da discricionariedade resultante da impossibilidade de previsão e pré-determinação normativa de todas as situações remete para a decisão e avaliação da situação concreta. E, delimitados os elementos de situação da norma – pressupostos hipotéticos e efeitos jurídicos previstos –, a operação consiste em decidir de acordo com as especificidades da situação no sentido de obter uma decisão apta a atingir os objectivos em presença. (...) a discricionariedade como remissão normativa para a situação tem afinidades com a obrigação de ponderação de interesses relevantes no contexto decisório (...) a configuração do conteúdo da decisão está dependente, na medida em que pressupõe uma hierarquização de interesses, da selecção daqueles que são relevantes para que a própria escolha entre as alternativas seja legitimamente efectuada. Se a discricionariedade não é ponderação de interesses, resulta que é da discricionariedade que deriva um conflito concreto de interesses e, portanto, a necessidade da sua valoração”.

66 *Ibidem*. Também PETER HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, op. cit., p. 595 e ss e ROBERT UERPMANN, op. cit., p. 229.

67 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, op. cit., p. 480.

A discricionariedade pura ou volitiva implica, pois, a possibilidade de escolher, de entre várias soluções legalmente possíveis, aquela que o órgão administrativo tiver, de acordo com o seu critério, por mais adequada em face das exigências do interesse público<sup>68</sup>.

O órgão executor da lei terá assim de comparar e valorar todos os interesses públicos e privados em presença, mediante um raciocínio de ponderação<sup>69</sup>.

Ora, no caso dos enunciados que remetem para o conceito de *interesse público*, assiste-se precisamente a uma habilitação para uma actuação discricionária<sup>70</sup> e não meramente ao preenchimento de um conceito indeterminado, na medida em que nos deparamos com uma actuação normativamente que obriga a formular juízos, não cognoscitivos, mas an-

---

68 BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O défice de controlo judicial da margem de livre decisão administrativa : considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*, *op. cit.*, p. 130.

69 BERNARDO DINIZ DE AYALA, *op. cit.*, p. 161. Apresentando as decisões que envolvam formulação de juízos de prognose como um dos casos de margem de livre decisão no âmbito da função jurisdicional, HARTMUT MAURER, *op. cit.*, p. 151, embora a delimite ao campo do Direito do Ambiente ou Economia.

70 Já neste sentido, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, 1976, p. 585, apresentando como um dos exemplos de conceitos indeterminados que funcionam como atribuição de discricionariedade precisamente o de *interesse público*. Cfr. também KARL ENGISCH, *op. cit.*, pp. 226-227 e nota 17.

Neste sentido, também DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, *op. cit.*, p. 373 e ss, que entende que estamos perante normas com a estrutura de princípios, cuja pluralidade permite chegar à conclusão do que seja o interesse público, através da conjugação dessa pluralidade de normas. Para o Autor, o que importa procurar apreender é um conceito normativo do mesmo, de forma a verificar quais os pressupostos que determinam a identificação da norma concreta de interesse público para o caso decidendo.



tes *valorativos*,<sup>71</sup> de forma a ponderar, tendo em conta o caso concreto<sup>72</sup>, os interesses a que a lei, previamente, não conferiu qualquer peso primordial<sup>73</sup>, actividade que compreende assim<sup>74</sup>: i) um juízo de prognose (uma estimativa das possibilidades de evolução futura da situação); ii) a escolha do conteúdo alternativo de decisões; iii) a apreciação e harmonização de factos e interesses<sup>75</sup>; iv) a harmonização dos diversos interesses públicos e privados relativos à situação concreta<sup>76</sup>.

---

71 Cfr. CARL HERMANN ULE, “Allgemeines Wohl in der Rechtsprechung” AAVV, *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, op. cit., p. 136, “O que o conceito de interesse público como conceito indeterminado impõe (...) é que os juizes através da interpretação averiguem o seu significado num contexto sistemático”.

72 ROBERT UERPMANN, op. cit., p. 175 e ss, salienta como critérios constitucionalmente impostos à tarefa de concretizar os interesses em confronto o respeito pelos princípios democrático, da centralidade do Parlamento, da teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*) e da separação de poderes.

73 Cfr. WALTER SCHMIDT, op. cit., p. 41 e ss.

74 BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O défice de controlo judicial da margem de livre decisão administrativa : considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*, op. cit., p. 149. Cfr. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Ponderación y actividad planificadora de la administración”, *La Ponderación y el Derecho Administrativo*, LUIS ORTEGA/SUSANA DE LA SIERRA (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 119-122, identificando como fases da operação de ponderação: i) a identificação dos interesses em jogo, ii) a atribuição de peso ou importância a cada um dos interesses em jogo, tendo em atenção as circunstâncias de cada caso e iii) a decisão de prevalência conforme à “lei da ponderação” e a formulação simultânea da regra de prevalência condicionada.

75 Tendo em conta, como expõe WALTER SCHMIDT, op. cit., pp. 242-243, que poderão existir os chamados interesses latentes: é apenas com a concreta decisão perante o caso que é possível apreender todos os interesses, públicos ou privados (no sentido de *Individualinteresse*) em confronto. Sobre a objectivização dos interesses relevantes, cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, op. cit., p. 467 e ss.

76 Sobre a relação entre teoria da argumentação e condução do processo jurisdicional, cfr. JOCHEN SCHNEIDER/ULRICH SCHROTH, “Perspectivas sobre a aplicação da norma jurídica: Determinação, argumentação e decisão”, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, op. cit., pp. 513-545.

Sabendo que o poder discricionário implica a ponderação autónoma de interesses em conflito<sup>77</sup> à luz de critérios de aptidão, equilíbrio ou indispensabilidade, o recurso ao conceito de *interesse público* torna-se também essencial porque, a apreendê-lo, compreender-se-á a metodologia de ponderação<sup>78</sup> inerente a qualquer actividade discricionária.

9. Atendendo assim à classificação baseada na estrutura das normas atributivas de discricionariedade atrás sumariamente exposta, chegamos à conclusão de que esta é, tanto no caso da discricionariedade como da interpretação de conceitos verdadeiramente indeterminados, essencialmente idêntica: o órgão habilitado vai complementar a previsão da norma com pressupostos de facto que se afigurem necessários para a escolha a efectuar e que lhe permitem descobrir quais são os reais pressupostos que condicionam os efeitos jurídicos admitidos normativamente.

Em ambos o caso ocorre, pois, um poder de complementação de uma norma, na medida em que a previsão da mesma se apresenta em aberto<sup>79</sup>. Defende-se, consequentemente, uma teoria que perspectiva as normas

---

77 Cfr. JEAN WALINE, “Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation”, *op. cit.*, p. 814, “não será sempre simples «adivinhar» a favor de qual dos pratos da balança penderá o fiel da justiça administrativa”. Cfr. também, sobre a ponderação, embora vocacionada para a discricionariedade “epistémica”, MATTHIAS KLATT/JOHANNES SCHMIDT, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010. A esta matéria dedica ROBERT UERPMANN, *op. cit.*, todo um capítulo, cfr. p. 269 e ss.

78 Salientando o papel imprescindível da ponderação como técnica para o jurista resolver problemas, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000 e LUIS ORTEGA, “La ponderación en el marco del pluralismo”, *Ponderación y Derecho administrativo*, LUIS ORTEGA/SUSANA DE LA SIERRA (coord), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 9, na medida em que é uma forma de decidir tendo em consideração simultaneamente um ou mais princípios, bens, *interesses*, direitos ou valores contrapostos (p. 10).

79 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 60.



que conferem poderes discricionários (normas de competência<sup>80</sup>) como uma habilitação que abrange também as situações de indeterminação de conceitos, quando exista nestes uma margem a ser apreciada<sup>81</sup>.

#### **4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO PROBLEMA DE SEPARAÇÃO DE PODERES**

10. Para finalizar a intervenção e como forma de demonstrar, concretizando, o panorama que se procurou fazer sobre a discricionariedade administrativa em Portugal, atente-se a que, sendo a discricionariedade administrativa uma questão normativa – isto é, tendo a permissão para o exercício do poder discricionário de constar de um acto legislativo, de acordo com o princípio da reserva de lei na sua vertente de precedência de lei – então compreender a discricionariedade administrativa é também uma questão de ciência da legislação<sup>82</sup> (e de

---

80 Sobre este conceito, entre outros, NEIL MACCORMICK, “Powers and Power-Confering Norms”, *Normativity and Norms*, STANLEY PAULSON (coord.), Oxford University Press, 1998, p. 493 e ss, EUGENIO BULYGIN, “On norms of competence”, LPh, 1992, volume 11, no. 3, 1992, p. 201 e ss. As normas que atribuem discricionariedade são assim normas secundárias, mas especificamente no caso da discricionariedade judicial, são normas secundárias, não de alteração, mas de adjudicação, na terminologia hartiana (*adjudication*), porquanto “dão o poder aos indivíduos para proferirem determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária”, mas, no caso que nos interessa, são-no porque “definem o processo a seguir”, atribuindo poderes judiciais aos juízes administrativos.

81 Para uma síntese, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 223 e ss.

82 Sobre a actividade de legística, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Lisboa, Verbo, 2007. Sobre a questão da atribuição de poderes discricionários implicar uma opção normativa, cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte II, Lisboa, AAFDL Editores, 2019, p. 108 e ss e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, op. cit., p. 79 e ss.

como se deve bem legislar) e, indubitavelmente, uma questão atinente ao princípio da separação de poderes.

11. A referência ao princípio da separação de poderes não visa porém a discussão clássica dos limites do poder jurisdicional face ao poder administrativo – nomeadamente a propósito do controlo jurisdicional da actividade administrativa – mas uma questão «ex ante» – importa recordar que é o legislador, no exercício de uma função primária do Estado, que condiciona a actuação da Administração, ao conferir permissões para o exercício de poderes discricionários de forma mais ou menos ampla ou optando antes por enunciados normativos de vinculação. Cumpre também salientar que a opção por enunciados normativos demasiado amplos confere uma margem de liberdade talvez excessiva à Administração e não permite compreender os limites da actuação administrativa. Exemplificando com dois domínios em que o tema pode levantar questões relevantes do ponto de vista do princípio da separação de poderes:

12. Pense-se em primeiro lugar no princípio da boa administração, consagrado no artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo<sup>83</sup> como parâmetro da atividade administrativa e entendido como um limite jurídico e critério do exercício do poder discricionário. Tratando-se de um dever assente num conceito indeterminado, e não tendo o legislador logrado densificá-lo, elencando apenas conceitos de difícil concretização como a eficiência, economicidade e celeridade, facilmente se compre-

---

83 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA, e o princípio da boa administração em particular”, *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA F. NEVES, TIAGO SERRÃO, 4ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 59-101.



ende a dificuldade de o dever de boa administração constituir verdadeiramente um critério orientador da decisão administrativa, cuja violação seja suscetível de ser sindicável pela função jurisdicional<sup>84</sup>.

13. Em segundo lugar, num exemplo que poderá ser útil para o público brasileiro dada a disparidade de contextos: o regime de proteção de dados pessoais encontra-se alinhado com o dos outros Estados-membros da União Europeia, visto que qualquer operação de tratamento de dados tem de respeitar o Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (RGPD), bem como, no quadro interno, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que procura executá-lo.

Ora, se atentarmos nos fundamentos de licitude aplicáveis a autoridades públicas que procedam ao tratamento de dados pessoais e que decorrem em primeira linha do artigo 6.º do RGPD e ao regime de reutilização de dados pela Administração Pública, decorrente do artigo 23.º da lei de execução, é possível reconduzir os problemas já suscitados pela CNPD à questão da forma de atribuição normativa de discricionariedade à autoridade administrativa responsável pelo tratamento de dados pessoais e, em particular, ao recurso ao conceito de *interesse público* no enunciado normativo. Refiro-me às objecções formuladas quanto ao artigo 23.º, relativo à reutilização de dados pela Administração Pública e que, não tendo sido suprimido pelo legislador, veio a ser uma das dis-

---

84 Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 233, salientando que “a juridicidade que decorre do dever jurídico de boa administração revela-se, se o podemos dizer assim, uma “juridicidade fraca” ou “imperfeita”, posto que se refere a um dever da Administração cuja observância não é suscetível de apreciação por tribunais; trata-se de uma juridicidade sem justiciabilidade; ou de um dever imposto por uma norma de ação que não define uma norma de controlo para os tribunais”.

posições que a CNPD, na deliberação 2019/494, de 3 de Setembro de 2019 – e em coerência com as objecções que já anteriormente formulara – deliberou desaplicar. A primeira crítica assenta na referência que o artigo 23.º da lei de execução faz a que as finalidades diferentes têm de corresponder a um interesse público, “como se tal constituísse uma garantia suficiente da tutela dos direitos dos cidadãos ou um fundamento suficiente para excecionar o princípio consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD”. Na realidade, “todas as finalidades de tratamentos de dados realizados por entidades públicas só podem ser de interesse público, porque a função da administração pública é exclusivamente a da prossecução de interesses públicos”, ainda que – no que constitui uma precisão importante – “as entidades públicas só poderem prosseguir os interesses públicos que coincidam com as respetivas atribuições legalmente definidas, e não todo e qualquer interesse público”, o que ajuda a conformar a aplicabilidade da própria alínea e) do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD – o interesse público terá de ser enquadrado no âmbito das atribuições legalmente definidas da pessoa colectiva em causa.

A segunda crítica que a CNPD faz no referido parecer à Proposta de Lei n.º 120/XIII, reporta-se ao princípio da finalidade e permite compreender que “uma norma do direito nacional que admita a utilização de dados pessoais dos cidadãos para qualquer fim de interesse público viola ostensivamente o princípio da finalidade e o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD” e que, por outro lado, o interesse público como fundamento da licitude do tratamento de dados pessoais tem de corresponder a um interesse “qualificado, «importante», quando em causa estejam certas categorias especiais de dados, ou seja legitimando a recolha e subseqüentes operações sobre dados



personais quando justificadas por um específico interesse público.” Não é, portanto, qualquer missão ou objectivo que a Administração vise prosseguir que pode ser enquadrado num tratamento necessário “ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.

14. Julgo serem dois exemplos que permitem não só compreender os desafios que o legislador enfrenta ao conceder poderes de natureza discricionária à Administração Pública como ainda que a discussão em torno da actividade discricionária da Administração é também uma questão de Ciência da Legislação e de separação de poderes – mais concretamente, entre legislador e Administração.

# O licenciamento ambiental e a discricionariedade administrativa na jurisprudência

ROMEU THOMÉ <sup>1</sup>

## Resumo

Por se tratar de um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento ambiental está sujeito a divergências e judicializações. Verifica-se que os tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, têm assumido cada vez mais o protagonismo nas demandas ambientais. O presente artigo pretende identificar os limites de atuação do Poder Judiciário em relação aos critérios técnicos estabelecidos pela Administração Pública no procedimento de licenciamento ambiental. Trata-se de tema sensível e diretamente atrelado à discricionariedade administrativa ambiental. Para introduzir o debate, necessário

---

1 Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Université Laval, Canadá. Doutor em Direito pela PUC-MG. Especialista em Direito Ambiental pela Université de Genève, Suíça. Professor do Doutorado e do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Dom Helder Escola Superior. Líder do Grupo de Pesquisa AMET (Ambiente, mineração e energia nos tribunais). Advogado.



abordar a transdisciplinariedade do Direito do Ambiente para, em seguida, sugerir balizas para a atuação do Poder Judiciário nos casos que envolvem a discricionariedade técnica dos órgãos públicos competentes para a realização do licenciamento ambiental.

**Palavras-chave:** Licenciamento; Ambiental; Discricionário; Técnica; Jurisprudência.

### **Abstract**

*As one of the relevant instruments of the National Environmental Policy, environmental license can be the object of disagreements and judicializations. It appears that the Brazilian courts, especially the Federal Supreme Court, have assumed the leading role in environmental demands. This article intends to identify the Judiciary Power's limits of action in relation to the technical criteria established by the Public Administration in the environmental license procedure. This is a sensitive issue and directly linked to environmental administrative discretion. To introduce the subject, it is necessary to analyze the transdisciplinarity of Environmental Law to then suggest guidelines for the Judiciary to act in cases involving the technical discretion of environmental public bodies.*

**Keywords:** License; Environmental; Discretion; Technique; Jurisprudence.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A transdisciplinariedade do Direito do Ambiente. A discricionariedade técnica no licenciamento ambiental. 4. Considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo calcado no poder de polícia preventivo da Administração Pública, destinado a autorizar o início de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente impactantes do meio ambiente.

No Brasil, trata-se de uma atividade tipicamente administrativa atribuída ao órgão público ambiental integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) competente para o licenciamento.

Considerando sua *expertise* técnica, cabe à Administração Pública ambiental definir quais serão os estudos ambientais e os critérios a serem utilizados para a análise dos impactos ambientais das atividades que se submeterão ao licenciamento ambiental. Nas questões ambientais, inerentemente transdisciplinares, o Direito deve buscar o auxílio de outras ciências e de fontes diversas de produção de conhecimento.

Não obstante tratar-se de atividade tipicamente administrativa, o licenciamento ambiental está sujeito a divergências e judicializações. Os tribunais brasileiros têm assumido, assim, o protagonismo nas demandas ambientais.

O presente artigo pretende identificar os limites de atuação do Poder Judiciário em relação aos critérios técnicos estabelecidos pela Administração Pública no procedimento de licenciamento ambiental e sugerir balizas para a atuação dos tribunais nos casos que envolvem a discricionariedade técnica dos órgãos públicos competentes para a realização do licenciamento ambiental.

Foi utilizado o método jurídico exploratório, com a realização de pesquisas em fontes bibliográficas e jurisprudenciais que apresentaram



as características do licenciamento ambiental e o posicionamento dos tribunais em relação à discricionariedade administrativa dos órgãos ambientais para a definição dos estudos técnicos a serem utilizados para averiguar os impactos das atividades sobre o meio ambiente.

A escassez bibliográfica em relação à discricionariedade dos órgãos ambientais para a definição de critérios técnicos no licenciamento ambiental, além da necessidade de constante revisão dos julgados relacionados ao assunto, justificam a escolha do tema proposto.

## **2. A TRANSDISCIPLINARIEDADE DO DIREITO DO AMBIENTE**

O Direito do Ambiente tem como características a inter e a transdisciplinariedade. A proximidade do Direito Ambiental com outras disciplinas jurídicas, tais como o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Administrativo, demonstram nitidamente a existência de uma força centrípeta que as atrai, quase fundindo-as, em algumas situações e temas específicos, o que respalda sua classificação como área interdisciplinar do conhecimento jurídico.

A análise e o deslinde das lides com repercussões socioambientais demanda ainda, necessariamente, o conhecimento originado de ciências diversas, caracterizando sua transdisciplinariedade. Biologia, engenharia florestal, hidrologia, arqueologia, engenharia civil, engenharia química, arquitetura, urbanismo e geografia são exemplos de áreas do conhecimento científico das quais se pode (e se deve) extrair informações técnicas para análise de temas ligados ao meio ambiente, inerentemente complexos.

Nesse sentido, afirmam Reis, Kokke e Couto<sup>2</sup> que “as questões envolvendo o ambiente são complexas. O mundo moderno (...) é fragmentado. O saber é fragmentado”. E dessa fragmentação surgem várias possibilidades de respostas no caso concreto, que devem sempre estar respaldadas pela ciência.

Há várias verdades possíveis. Afirmam os referidos autores<sup>3</sup> que “A modernidade trouxe consigo a reformulação e a mutação do próprio conhecimento, como destaca Giddens, na medida em que ‘[...] nenhum conhecimento sob as condições da modernidade é conhecimento no sentido ‘antigo’, em que ‘conhecer’ é estar certo. Isto se aplica igualmente às ciências naturais e sociais (GIDDENS, 1991, p. 50)”.

O Direito do Ambiente não deve, portanto, a partir desse novo paradigma, trabalhar com perspectivas de verdade absoluta ou coleta de informações fechadas e definitivas. “A fragmentação do saber tem exigido novas posturas das diversas áreas”.<sup>4</sup>

A partir dessa perspectiva, torna-se necessário, nas lides ambientais, aproximar conhecimentos (de certa forma compartimentados) para a análise dos casos concretos. “Nesse sentido, a inter e a transdisciplinaridades são indispensáveis em meio aos problemas dos tempos atuais”.<sup>5</sup> A conexão entre esses saberes específicos emerge como relevante metodologia de construção de novos saberes.

---

2 REIS, E. M. B.; KOKKE, M.; COUTO, M. J. *Aplicação interdisciplinar e transdisciplinar nos espaços administrativos decisórios em matéria ambiental*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 19, n. 44, p. 153-181, maio/ago. 2022, p. 153. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2315>

3 REIS, E. M. B.; KOKKE, M.; COUTO, M. J. *Aplicação...* Cit., p. 155.

4 REIS, E. M. B.; KOKKE, M.; COUTO, M. J. *Aplicação...* Cit., p. 160.

5 REIS, E. M. B.; KOKKE, M.; COUTO, M. J. *Aplicação...* Cit., p. 160.



Dessa forma, nos temas ambientais que demandam a análise de ciências diversas, o Direito deve abdicar de seus contornos de presunção de superioridade para buscar o auxílio de outras fontes de produção de conhecimento.

### **3. A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

No Brasil, o consentimento estatal para a utilização de recursos naturais é dado por meio do procedimento de licenciamento ambiental, instrumento essencial de gestão ambiental, na medida em que, por meio dele, o Poder Público exerce o controle prévio sobre as atividades que possam de alguma forma impactar o meio ambiente, buscando com isso a implementação dos princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção e da precaução. “O licenciamento integra, portanto, a tutela administrativa preventiva do meio ambiente, cujo objetivo primário é a preservação dos recursos naturais, seja prevenindo a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente, seja mitigando-os ao máximo com a imposição de condicionantes ao exercício da atividade ou a construção de empreendimentos”.<sup>6</sup>

Nos termos do artigo 2º, I da Lei Complementar 140/2011, licenciamento ambiental é o “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

---

<sup>6</sup> THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 209.

O licenciamento ambiental detém natureza jurídica de procedimento administrativo, o que denota inequívoca existência de um conjunto de formalidades e etapas definidas pelas normas ambientais que devem ser observadas pelo interessado para que obtenha um resultado conclusivo da Administração Pública sobre o consentimento da utilização de recursos naturais.

Cumpra aqui destacar que uma das etapas do procedimento administrativo de licenciamento ambiental é a apresentação, pelo empreendedor, dos estudos ambientais pertinentes, que são definidos pelo órgão ambiental competente pelo licenciamento com base em critérios fixados nas normas ambientais em vigor. Trata-se, portanto, de competência do Poder Executivo, a definição, dentre as melhores técnicas possíveis, daquela que será utilizada no caso concreto para a análise do impacto ambiental do empreendimento a ser licenciado.

A definição da melhor técnica, ou de uma das possíveis técnicas aceitáveis para a análise dos impactos ambientais de um empreendimento durante o licenciamento ambiental, é definida a partir da discricionariedade da administração pública. Trata-se de discricionariedade técnica, uma vez que o órgão ambiental detém competência e conhecimento multidisciplinar para esse tipo de análise.

Necessária a utilização, nesses casos, dos resultados de pesquisas realizadas por outras ciências para auxiliar o deslinde de uma lide jurídica, nítido exemplo da transdisciplinariedade que envolve as questões ambientais.

Todavia, verifica-se em algumas situações a judicialização do tema, com questionamentos diversos sobre a definição dos critérios técnicos a serem utilizados no caso concreto, o que pode acarretar uma interferência exacerbada e indevida dos tribunais no que tange à discricionariedade técnica do poder público ambiental.



O problema que se pretende enfrentar, em síntese, é se uma norma ou ação administrativa técnica podem ou não ser revisadas pelo Poder Judiciário e, em caso positivo, em que circunstâncias.

Inicialmente, destaca-se a possibilidade de que técnicas diferentes (e válidas) possam ser utilizadas para aplicação no mesmo caso concreto, devendo o órgão técnico competente definir, como base em estudos previamente realizados, qual será utilizada. É essencial reconhecer a legitimidade da pluralidade de soluções técnico-científicas para uma mesma situação concreta. Em outras palavras, é preciso reconhecer a possibilidade de que o órgão ambiental licenciador tenha à sua disposição mais de uma solução técnica a ser aplicada no caso concreto e que qualquer uma delas seja válida para a sua solução. A definição da melhor opção terá como fundamento o poder discricionário da Administração Pública.

Trata-se, portanto, de análise que não é da alçada, num primeiro momento, do Poder Judiciário, na medida em que os critérios técnicos a serem utilizados para identificação dos impactos do empreendimento são definidos pelo órgão ambiental, competente tecnicamente para tanto.

Ao direito não compete revelar a verdade científica de outras ciências. Dessa forma, normas técnicas só podem ser refutadas pelo direito a partir de argumentos exclusivamente científicos utilizados pela comunidade técnica para refutá-las. Para Felipe Ribeiro<sup>7</sup>, “enquanto ciência histórica aplicada, o direito tem a sua própria maneira de argumentar, que não pode ser vista como conglobante em relação a todas as outras ciências, sob pena de se fazer dos tribunais judiciais instâncias responsáveis por dirimir debates científicos.” Adverte o autor<sup>8</sup> que “o direito,

---

7 RIBEIRO, Felipe. *Discricionariedade técnica: a Administração Pública sob influência das normas técnicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 44.

8 RIBEIRO, Felipe. *Discricionariedade...*, Cit., p. 44.

embora tenha autorização para controlar juridicamente os avanços da ciência, não tem por missão ‘fazer ciência’ ou ‘dizer ciência’, sem correr o risco de se tornar uma instância supracientífica”. É preciso que o direito seja capaz de identificar e aceitar os seus próprios limites.

Vale reiterar que o licenciamento ambiental se configura como um processo administrativo de cariz técnico, cujo ato final é aprovado por um órgão colegiado, detentor de legitimidade democrática e competência administrativa.

Transferir a decisão sobre a melhor técnica a ser utilizada para a verificação dos impactos ambientais de um empreendimento ao Poder Judiciário seria admitir a possibilidade de que decida administrativamente no lugar do órgão ambiental licenciador, pautando políticas públicas.<sup>9</sup> Não compete às instituições públicas divergirem dos conhecimentos técnico-científicos definidos consensualmente pela comunidade científica.

O Poder Judiciário exerce o relevante papel de avaliar se as escolhas técnicas administrativas estão em consonância com o encaminhamento hermenêutico feito por normas de direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Defende Odete Medauar<sup>11</sup> que deve haver um “posicionamento favorável ao controle judicial restrito, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito.”

Não havendo qualquer aspecto relativo à adequação jurídica da ação administrativa, a ação adotada deve ser considerada proporcional

---

9 Nesse sentido: RIBEIRO, 2019.

10 RIBEIRO, Felipe. *Discricionariedade...*, Cit.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ªed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: 2018, p. 442.



e razoável do ponto de vista do direito, ainda que subsistam escolhas técnicas e/ou políticas (discricionárias) a serem feitas pela Administração Pública no caso concreto.

Para Diógenes Gasparini<sup>12</sup>, a anulação do ato administrativo deve ocorrer por razões de legalidade. Não cabe ao Judiciário, com base em sua visão subjetiva do caso, invalidar a decisão administrativa anterior.

Constatam Pedro de Menezes Niebuhr e Bruno Teixeira Peixoto “que há, em grande parte dos casos, na avaliação administrativa intrínseca à concessão do ato administrativo de quaisquer dos tipos legais de licença ambiental (com mais complexidades nas licenças de instalação e operação), interpretação que pressupõe juízos de perícia técnica, de valor ou de prognose, expressões de um espaço de discricionariedade onde existe uma presunção em favor da apreciação efetuada pela Administração Pública”.<sup>13</sup>

Vale observar que a análise dos métodos e estudos ambientais apresentados pelo empreendimento integra o juízo de discricionariedade da Administração Pública que, ao conceder a licença ambiental, os considerou tecnicamente corretos, adequados e suficientes para o prosseguimento do procedimento administrativo ambiental.

Afirma, ainda, Eduardo Fortunato Bim<sup>14</sup> que “o juízo do órgão ambiental, quanto aos resultados ambientais de suas escolhas, não deve ser substituído pelo Judiciário”.

---

12 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

13 NIEBUHR Pedro de Menezes; PEIXOTO, Bruno Teixeira. *O controle judicial da licença ambiental*. Faculdade CESUSC, 2020, p. 17.

14 BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 434.

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup> preceituava que o mérito administrativo tem relação direta com os elementos técnicos do ato e, portanto, “refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito”.

Relevante, ainda, conhecer o entendimento dos tribunais superiores nacionais que orientam as decisões judiciais relacionadas ao tema.

O Superior Tribunal de Justiça na decisão do REsp 1.227.328<sup>16</sup>, cujo relator foi o Min. Benedito Gonçalves, reconhecendo a presunção de legitimidade e legalidade da licença ambiental concedida, assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. DEFERIMENTO EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. OFENSA AO ART. 10, DA LEI N. 6.938/81 CONFIGURADA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS DESCRITOS NA ORIGEM. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

(...) 9. A jurisprudência da Primeira Turma firmou orientação de que aprovado e licenciado o projeto para construção de empreendimento pelo Poder Público competente, em obediência à legislação correspondente e às normas técnicas aplicáveis, a licença então concedida trará a presunção de legitimidade e definitividade, e somente poderá ser: a) cassada, quando comprovado que o projeto está em desacordo com os limites e termos do sistema jurídico em que aprovado; b) revo-

---

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. atual. rev. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 157).

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.227.328*. 2020.



gada, quando sobrevier interesse público relevante, hipótese na qual ficará o Município obrigado a indenizar os prejuízos gerados pela paralisação e demolição da obra; ou c) anulada, na hipótese de se apurar que o projeto foi aprovado em desacordo com as normas edilícias vigentes. (REsp 1.011.581/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20/08/2008). 10. Nessa ordem de raciocínio, não cabe ao Judiciário, sob pena de violar o art. 10 da Lei n. 6.938/81, determinar o embargo da obra, e, por consequência, anular os atos administrativos que concederam o licenciamento de construção, aprovada em acordo com todas as exigências legais, ainda mais quando a prova pericial realizada em juízo constatou que, quanto ao processo de licenciamento, “não havia indícios de que o DEPRN teria se baseado em falsas premissas para decidir sobre a emissão e conteúdo da licença ambiental”.

O Supremo Tribunal Federal, respaldando as decisões técnicas tomadas pelos órgãos ambientais decidiu, em paradigmático julgamento para o Direito do Ambiente brasileiro, que “a adoção de norma técnica, por parte do legislador brasileiro e da Agência Reguladora de Energia Elétrica, produzida pela Organização Mundial de Saúde em matéria de radiação, deveria ser considerada razoável apesar de controvérsia científica instaurada pela utilização de outros padrões técnicos por países como a Suíça, não aplicando ao caso o princípio da precaução.”<sup>17</sup>

Nesse mesmo sentido, na decisão no Mandado de Segurança 24.888, publicado em 2017, afirma o Supremo Tribunal Federal que “a determinação dos índices para a aferição dos graus de utilização da terra e da eficiência na exploração, para fins de desapropriação, insere-se no âmbito de discricionariedade técnica do órgão federal competente, de modo

---

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.189*. 2017.

que não cabe ao Judiciário intervir, salvo nas hipóteses de extrapolação da atribuição legal conferida (...).<sup>18</sup>

Ganha destaque, ainda, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo a qual “o órgão ambiental tem competência para, dentro de suas atribuições legais, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definir os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento. Entendendo o IBAMA que descabe a exigência do EIA/RIMA para concessão de licença ambiental, mas sim que o estudo adequado é RCA, não compete ao Poder Judiciário intervir em ato discricionário da Administração Pública.”<sup>19</sup>

Essas decisões indicam a existência de uma tendência dos tribunais brasileiros no sentido de acatar as decisões técnicas adotadas pelos demais poderes, desde que observem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No âmbito internacional, observa-se que a jurisprudência espanhola, assim como a francesa, adota posicionamento semelhante, na medida em que tem decidido pela manutenção das escolhas técnicas efetivadas pela Administração Pública da Espanha sempre que não restar demonstrado o chamado erro manifesto. Nesses casos, a corte afirmou não ter sido diagnosticado qualquer desvio ou excesso de poder, fraude ou erro.<sup>20</sup>

---

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.888*. 2017.

19 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento 0008648-68.2010.4.04000/PR*, 2010.

20 RIBEIRO, Felipe. *Discricionariedade...*, Cit., p. 172.



Os Estados Unidos também são refratários em relação à possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas escolhas técnicas promovidas pela Administração Pública. Exercem o controle apenas nos casos de comprovada falta de razoabilidade das escolhas realizadas.<sup>21</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à complexidade inerente às questões ambientais, necessitaria a utilização de conhecimentos oriundos de ciências diversas para a análise de um caso concreto. A transdisciplinariedade característica da temática ambiental se reflete nitidamente no licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos naturais ou potencialmente impactantes do meio ambiente.

Não obstante se tratar de um procedimento administrativo com regras, etapas e requisitos previamente definidos pelas normas ambientais em vigor, determinados atos do licenciamento ambiental são pautados pela discricionariedade da Administração Pública ambiental.

A definição técnica a ser utilizada, dentre mais de uma possível, para a realização de estudos ambientais, é um nítido exemplo da margem discricionária de escolha do órgão ambiental competente no licenciamento ambiental. Não cabe, portanto, nesses casos, interferência de outros poderes, caso a definição do órgão ambiental esteja calcada nos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

---

21 RIBEIRO, Felipe. *Discricionariedade...*, Cit., p. 173.

Desta forma, sempre que o órgão ambiental, dentro dos seus limites de discricionariedade, optar por uma escolha técnico-científica, aos demais poderes caberá respeitá-la. Aos tribunais cabe adotar uma auto restrição, uma vez que as decisões sobre a técnica a ser utilizada para a realização dos estudos ambientais, no licenciamento ambiental, são originadas de juízos discricionários técnicos e valorativos, típicos da função administrativa.

Devem os tribunais privilegiar a escolha da Administração Pública ambiental, adotando posicionamento de neutralidade, em respeito ao princípio da separação de poderes e à *expertise* técnica transdisciplinar inerente ao órgão ambiental competente para o licenciamento ambiental.



# Direito administrativo: entre justificação e operacionalização

GUSTAVO BINENBOJM <sup>1</sup>

## Resumo

O texto expõe a evolução contemporânea do direito administrativo brasileiro na perspectiva do autor. Sintetizando as mutações mais relevantes da disciplina, o autor discorre sobre o que denomina de giros democrático-constitucional e pragmático, procurando atender às exigências políticas, econômicas e sociais de seu tempo.

**Palavras-chave:** Direito administrativo; Democracia; Constitucionalismo; Interesse público; Pragmatismo; Consequencialismo

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ; *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School (EUA); Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas – ABLJ

### **Abstract**

*The text exposes the contemporary evolution of Brazilian administrative law from the author's perspective. Synthesizing the most relevant mutations of the discipline, the author discusses what he calls democratic-constitutional and pragmatic turns, seeking to meet the political, economic and social demands of his time.*

**Keywords:** *Administrative law; Democracy; Constitutionalism; Public interest; Pragmatism; Consequentialism*

**Sumário:** I. Nota prévia; II. O direito administrativo e seu discurso de justificação; III. O direito administrativo e seus desafios de operacionalização; IV. Conclusão.

*“Aquilo que herdaste de teus pais,  
conquista-o para fazê-lo teu.”*

*Goethe, Fausto*

## **1. NOTA PRÉVIA**

A constituição de uma tradição pressupõe continuidade. Só o que alcança essa condição de perpetuar-se, de geração em geração, pode merecer esse nome. A possibilidade de contemplar o mundo apoiados nos ombros dos que nos antecederam talvez seja a forma mais antiga de produção de cultura, senão a única. Querendo ou não, somos todos herdeiros de alguma tradição, em todos os campos da experiência humana.



Isto não é diferente com o direito, nem tampouco com seus diferentes ramos especializados. O direito administrativo, portanto, tem a sua tradição e, no Brasil, desenvolveu-se com proeminência uma de suas vertentes tradicionais – a europeia continental. O tipo de colonização que recebemos dos portugueses e sua própria tradição nacional – marcada pela influência intelectual francesa – nos legaram uma compreensão específica de direito administrativo. A herança colonial se perpetuou como uma tradição a marcar o caráter do Estado brasileiro e a moldar a forma de pensamento de seus intelectuais públicos. Acho mesmo que Raimundo Faoro tinha razão quando apontava uma continuidade luso-brasileira no modelo de relação vertical entre estamentos e sociedade.

Mas tradição não é sinônimo de determinismo histórico. A ruptura da tradição pelas novas gerações é algo tão antigo e renitente que chega a constituir-se, ela própria, numa nova forma de tradição. Octavio Paz dizia isso: a ruptura da tradição, por sucessivas gerações, acaba por constituir uma tradição da ruptura. Isso não é diferente com o direito, nem tampouco com o direito administrativo. Embora tenha pouco mais que dois séculos com autonomia didático-científica, a evolução do direito administrativo registra inúmeros embates teóricos e controvérsias doutrinárias, como qualquer outro ramo do Direito. Talvez a natureza umbilicalmente ligada ao fenômeno político, a tradição (sempre ela!) apartada das grandes codificações e o papel instrumental à gestão pública tenham contribuído, em seu conjunto, para incrementar ainda mais o caráter cambiante da doutrina administrativista.

A minha circunstância de ter estudado direito no início dos anos 1990, num país que passava por um processo recente de redemocratização e reconstitucionalização, forjou o meu caráter como alguém simpático à ruptura da tradição do direito administrativo. O direito é o que

o *dever-ser* é; a democracia é o que o *dever-ser* deve ser. O Brasil havia reconquistado o direito de autodeterminação coletiva e, os brasileiros, de autodeterminação individual. Era preciso reformar as instituições para colocá-las a serviço da realização dos direitos individuais e das aspirações coletivas. O direito constitucional estava em alta, na crista da onda de uma nova Constituição. Mas o direito administrativo era um velho edifício em ruínas, clamando por ser reerguido segundo os padrões da democracia constitucional recém-inaugurada.

Faço esse introito apenas para registrar que, por mais iconoclasta que pudesse ser, acabei por inscrever-me no seio de uma certa tradição, que é a tradição da crítica e, eventualmente, da ruptura. Mas hoje vejo com clareza que minhas objeções teóricas, embora me parecessem radicais, apontavam mais para correções de rumo da tradição constituída, do que propriamente para a sua completa superação.

Seja como for, minhas inquietações e perplexidades com o direito administrativo eram inúmeras. Vou aqui organizá-las em dois grandes grupos: o discurso de justificação da disciplina e os desafios da sua operacionalização. No primeiro grupo, estão os fundamentos, isto é, os elementos de legitimação do sistema. No segundo grupo, surgem as condições práticas de implementação do projeto teórico. Para resumir a história: os fundamentos me pareciam longe do ideal e as condições práticas de implementação me pareciam longe da realidade.

## **2. O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEU DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO**

A teoria do direito administrativo ensinada nos manuais brasileiros sempre me pareceu *inconsistente*, do ponto de vista lógico-conceitual,



*autoritária*, do ponto de vista político, e *ineficiente*, de um ponto de vista pragmático. Foi a inspiração dos meus ídolos na disciplina – Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho, ambos presentes na minha Banca de concurso para Professor Titular na UERJ – que me encorajou a pensar mais livremente sobre essas questões. Até então, isto é, até a leitura desses autores, o direito administrativo me parecia um campo interditado a indagações zetéticas. Era como se a sua dogmática já houvesse sido integralmente revelada pelos juristas pretéritos, numa estranha crença na atemporalidade do passado.

Mas, por honestidade intelectual, precisava escrever sobre o que me parecia um evidente *déficit* no discurso de justificação do direito administrativo. Nesse contexto, o problema central era enfrentar os titãs das gerações anteriores (Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello), que apesar de pertencentes a linhas políticas distintas, cerravam fileiras em defesa da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares. Em artigos esparsos e, sobretudo, na minha tese de doutorado, depois publicada sob o título de *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização* (1ª edição, 2006), procurei demonstrar como os antigos paradigmas da disciplina se encontravam superados, propondo algumas ideias para substituí-los.

Como ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, fundado no pensamento de Viehweg, o direito (como qualquer domínio do conhecimento), comporta análise sob pelos menos dois enfoques: o dogmático e o zetético. O enfoque dogmático se caracteriza por premissas teóricas que são temporariamente subtraídas à dúvida e cuja legitimidade decorre da sua ampla aceitação pela comunidade jurídica. O enfoque zetético, ao contrário, caracteriza-se pela questionabilidade das premissas, o que abre caminho para a crítica e a desestabilização dos paradigmas até então vigentes.

No que se refere especificamente ao *problema da supremacia*, foram os artigos de Humberto Ávila e Daniel Sarmiento que me despertaram para algumas inconsistências teóricas e sua visceral incompatibilidade com a sistemática de uma Constituição liberal e democrática, como a de 1988. A constitucionalização do direito administrativo foi um caminho teórico para afirmar a proeminência dos direitos fundamentais no elenco de objetivos da Administração Pública, embora a eles não se limitem, por evidente, as tarefas administrativas.

Com efeito, a lei democrática, produzida dentro dos limites da Constituição, opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em benefício de objetivos coletivos. À Administração Pública cumpre tanto a implementação dos direitos fundamentais (por meio de abstenções, restrições e prestações positivas), como a consecução de metas transindividuais (estabelecidas diretamente pela Constituição ou instituídas pelo legislador democrático).

O recurso à ideia de supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais não resolve os problemas relevantes que se colocam entre o viver individual e o conviver coletivo. Com efeito, há três razões básicas que evidenciam a incompatibilidade dessa noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático:

- I. a proteção de posições individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial de direitos fundamentais. Mais do que apenas respeitá-las, por meio de abstenções, há diversas situações em que o Estado-Administração deve atuar na proteção e promoção de direitos individuais, por meio de prestações positivas.



- II. a primazia *prima facie*, em qualquer regime constitucional democrático, é dos direitos fundamentais, ainda quando admitida a sua relativização em prol de alguns objetivos coletivos. Ou seja, a lógica do sistema é inversa à da supremacia do interesse público.
- III. por fim, a polissemia da noção de interesse público permite o seu emprego para abarcar tanto a proteção de direitos individuais como a prossecução de objetivos transindividuais. Veja-se que, em diversos casos, ocorre um fenômeno de imbricação, nos quais os interesses se encontram amalgamados numa mesma situação concreta.

O próprio STF já teve oportunidade de enfrentar essas questões. Na ADI nº 1.753 (rel. Min. Sepúlveda Pertence), discutia-se a constitucionalidade da ampliação do prazo para o ajuizamento de ações rescisórias pelo Poder Público, de dois para cinco anos. Após anotar que a jurisprudência do STF vinha transigindo com alguns favores legais da Fazenda (RE nº 181.130, rel. Min. Celso de Mello e RE nº 196.430, rel. Min. Sepúlveda Pertence), Pertence afirma que essas discriminações só seriam válidas se não fossem arbitrárias e servissem para compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais. Ou seja, o tratamento desigual só seria admissível para assegurar a paridade de armas entre as partes, numa busca por isonomia material. Somado a outras vantagens processuais, o prazo duas vezes e meia maior para ações rescisórias criava uma *desequiparação* odiosa, que violava o dever de proporcionalidade. Esse seria um típico caso para a invocação do festejado princípio da supremacia do interesse público. Mas Pertence tinha coragem intelectual para ousar e não perdeu viagem. Como a literatura viria a demonstrar, a polissemia da noção de interesse público pode abarcar

tanto a proteção de posições individuais (como a porção irredutível de direitos fundamentais) como a persecução de objetivos coletivos. Esse é um problema de sopesamento proporcional dos interesses em jogo, e não de suposta supremacia de uns sobre os outros.

Embora ainda repetido ritualisticamente em manuais, o suposto princípio da supremacia do interesse público perdeu credibilidade no discurso do direito administrativo, sendo hoje visto mais como um exercício de retórica do que como uma norma de seu sistema.

### **3. O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS DESAFIOS DE OPERACIONALIZAÇÃO**

A constitucionalização do direito administrativo cumpriu o seu papel de mola propulsora da revisão teórica de diversos institutos vetustos da disciplina. Embora sempre tenha considerado exagerada a crítica de Carlos Ari Sundfeld aos princípios, reconheço que seu uso tosco e desordenado por operadores despreparados agravou o problema da insegurança jurídica no país. De todo modo, obras como a de Humberto Ávila e Fernando Leal ajudariam a colocar as coisas no seu devido lugar.

Com o passar dos anos, pude entender que o direito administrativo carecia de uma nova *postura metodológica*, que desse conta de demandas da realidade para as quais o instrumental preexistente era insuficiente. Foram fundamentais para esse meu despertar o trabalho pioneiro de Carlos Ari, no seu já clássico *Direito Administrativo para céticos*, e a influência de colegas como Floriano de Azevedo Marques Neto, Eduardo Jordão, José Vicente Mendonça e André Cyrino. A todos nós parecia – como ainda parece – que se o direito administrativo virasse as costas para a realidade, ela também lhe daria as costas, tornando-o irrelevante. Era



necessário reconcebê-lo em bases mais realistas, despido daquelas idealizações que caracterizavam a dogmática tradicional desde o século XIX. A minha tentativa foi a tese de titularidade que apresentei na UERJ, depois publicada com o título *Poder de polícia, ordenação, regulação* (2016). Para alinhar essa nova tendência com aquela advinda da constitucionalização, falei em *dois giros do direito administrativo*: o giro democrático-constitucional e o giro pragmático.

De fato, o direito administrativo contemporâneo está sob o influxo da razão pragmática sob múltiplas formas e em diferentes setores de seu campo de atuação. Não se trata, a meu ver, de um projeto de reforma global da disciplina, mas daquilo que Posner denominou, mais modernamente, de uma atitude ou temperamento pragmático (*pragmatic mood*), caracterizado pelo ceticismo em relação a conceitos puramente abstratos e grandes narrativas lógico-dedutivas. Em suma: fundar conceitos, proposições e decisões a partir da avaliação de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis – eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo.

Como observa Carlos Ari, trata-se de uma visão mais afeita às tendências empiricistas e indutivas dos norte-americanos, que formam suas opiniões antes pelas características dos fatos que por influência de teorias abstratas. Em certo sentido, tal postura desafia a visão de europeus continentais e brasileiros, tendentes ao pensamento teórico-dedutivo e sistematizador. Essas diferenças se fazem notar, com clareza, no modo como o direito administrativo é compreendido e praticado nesses países. Jamais se poderia conceber, no ambiente jurídico norte-americano, a conhecida ironia de Néelson Rodrigues: “se os fatos me desmentirem, pior para os fatos!”

Jerry Mashaw nos conta que os Estados Unidos, desde a sua fundação, laboraram no que ele chamou de *pragmatic state-building* (construção pragmática do Estado), por meio de experimentações institucionais adaptativas às exigências de sua realidade política, econômica e social. Assim foi com o presidencialismo e o federalismo; assim foi também com o seu direito administrativo. O vácuo de uma Constituição lacônica em relação ao Poder Executivo foi preenchido pela prática administrativa, por decisões judiciais e pela aprovação de algumas leis que erigiram um Estado-administrativo inovador em relação ao modelo europeu continental. As soluções incrementais foram implementadas como um esforço de conciliação entre as exigências de necessidades prementes, emergentes do contexto político, econômico e social do país, e a garantia dos direitos dos cidadãos.

Aos poucos, e nem sempre de maneira linear, o direito administrativo vem se convertendo em um *saber tecnológico*, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores consequências práticas. A aproximação com domínios do conhecimento lastreados em estudos empíricos, como a economia e a ciência política, acaba levando o direito administrativo a adotar o olhar mais prospectivo e contextual do pragmatismo. A promulgação da Lei nº 13.655/2018, que instituiu significativos acréscimos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), representou, de certa forma, a consolidação dessa tendência. De maneira enfática, o art. 20 da LINDB previu que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidiria com base em valores jurídicos abstratos sem que fossem levadas em consideração as consequências práticas da decisão. Se bem interpretado, o dispositivo não institui um consequencialismo *inconsequente*: o legislador pretendeu introduzir o raciocínio baseado em consequências práticas no itinerário lógico do tomador da decisão, sem a pretensão de excluir argumentos deontológicos. A



interdição dirige-se à invocação de princípios ou conceitos indeterminados de maneira isolada, sem que se levem, na devida conta, os resultados sistêmicos do exercício intelectual do intérprete e aplicador da lei.

O giro pragmático do direito administrativo tem como objetivo, ao fim e ao cabo, matizar o idealismo excessivo e selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade. Buscar os melhores resultados práticos compatíveis com as finalidades legais, dentro dos limites e possibilidades abertos pelo texto normativo. Esse foco nas finalidades legais e consequências concretas, segundo Stephen Breyer, permite manter vivo o vínculo entre democracia, entendida como um sistema de participação dos cidadãos nas escolhas públicas, e resultados práticos que reflitam tais preferências. Esse objetivo só é alcançável se os aparatos do direito e do Estado levarem a sério, tanto em sua formulação abstrata como em sua aplicação prática, dados e circunstâncias da realidade.

Na minha visão, antes que uma opção ideológica, essa inclinação pragmática do direito administrativo reflete uma relevante preocupação com os desafios de sua operacionalização concreta. Evitar, como disse José Guilherme Merquior em relação ao direito constitucional, que ele se torne um “feixe bacharelesco de idealidades inviáveis, cruelmente desmentidas pela prática político-social.”

#### **4. CONCLUSÃO.**

O direito administrativo tem experimentado alterações significativas em seus alicerces teóricos desde a sua criação como disciplina jurídica autônoma. A partir do segundo pós-guerra, essas mutações se intensificaram em todo o Ocidente. Para simplificação didática, cogito de duas vertentes de transformação, nem sempre coordenadas ou co-

nectadas: de um lado, um giro democrático-constitucional; de outro, um giro pragmático, que atuam como molas propulsoras de mudanças em seus institutos mais tradicionais.

O giro democrático-constitucional representa a elevação das bases axiológicas do direito administrativo ao plano superior da normatividade da Constituição. Direitos fundamentais e democracia são os elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado administrativo, que deve atuar para protegê-los e promovê-los, numa busca constante pelo equacionamento dos conflitos inevitáveis entre o viver do indivíduo e o conviver de todos em sociedade. Diversos institutos do direito administrativo foram revistos por força desse giro. No Brasil, o processo de mudanças se iniciou pela revisão do princípio da supremacia do interesse público, que era invocado como fundamento de todo o regime jurídico-administrativo. Embora ainda repetido ritualisticamente em manuais, esse suposto princípio perdeu credibilidade, sendo hoje visto mais como um exercício de retórica do que como uma norma jurídica.

O giro pragmático revela, a seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados, nos limites e possibilidades da lei. A postura metodológica pragmática se caracteriza pelo antifundacionismo, pelo contextualismo e pelo consequencialismo. O antifundacionismo rejeita premissas teóricas estáticas, perpétuas, desconectadas da realidade e atemporais. O contextualismo exige que se leve em conta a experiência prática, o ambiente real em que o problema se insere, bem como a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor. Por fim, o consequencialismo procura conduzir qualquer processo de tomada de decisão a partir de uma avaliação de seus resultados práticos, para que se possa sopesar qual a diferença que ela terá sobre a realidade.



# Discrecionariedade administrativa na jurisprudência nacional

## Breves notas

CARLOS CARVALHO<sup>1</sup>

### Resumo

No texto tecem-se algumas considerações a respeito do conceito de discrecionariedade administrativa, seu exercício pela Administração Pública, bem como da respetiva disciplina no quadro normativo do direito público português, enquanto poder jurídico que se mostra igualmente submetido, com especificidades, ao controlo jurisdicional pelos tribunais administrativos nacionais, abordando-se e exemplificando-se alguns dos domínios em que a mesma tem vindo a ser objeto de apreciação e julgamento pelos tribunais administrativos em Portugal.

**Palavras-chave:** poder discrecionário; discrecionariedade administrativa; limites; controlo jurisdicional; jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses.

---

1 Conselheiro do Tribunal Constitucional

## Abstract

*In the text, some considerations are made regarding the concept of administrative discretion, its exercise by the Public Administration, as well the respective discipline in the normative framework of Portuguese public law, as a legal power that is also submitted, with specificities, to judicial control by the national administrative courts, addressing and exemplifying some of the areas in which administrative discretion has been the subject of appreciation and judgment by the administrative courts in Portugal.*

**Keywords:** *discretionary power; administrative discretion; limits; judicial control; jurisprudence of portuguese administrative courts.*

**Sumário:** 1. Nota introdutória. 2. Discrecionariedade administrativa: considerandos de enquadramento geral e normativo. 3. Problemas e questões suscitados e resposta/controlo jurisdicional dos mesmos na jurisprudência. 4. Breve nota conclusiva.

## 1. NOTA INTRODUTÓRIA

A discrecionariedade administrativa integra-se na problemática mais vasta que envolve o tema da reserva de administração<sup>2</sup>, consti-

---

2 Sobre o tema da “reserva de Administração” ver na jurisprudência, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1/1997, 252/2005, 214/2011, 137/2017, 545/2021, 626/2022, 197/2023; os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 21.09.2004 (Proc. n.º 072/04), de 22.11.2006 (Proc. n.º 0424/06), e de 06.03.2007 (Proc. n.º 01143/06); e na doutrina, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, p. 739 e segs., Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, 2.ª edição revista, p. 706 e segs., Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 8.ª edição, p. 236 e segs., Nuno Piçarra, *A reserva de administração*, separata de O Direito, Ano 122.º, n.ºs 2 a 4, 1990.



tuindo este também um elemento nuclear delimitador do âmbito da função administrativa.

A mesma e sua delimitação encerra temática que amiúde suscita discussão não apenas no plano teórico e académico, mas, também, no plano prático e no dirimir dos litígios, assim interpelando e convocando o julgador administrativo e dele exigindo particular atenção, cuidado e esforço na definição do âmbito e no estabelecimento dos contornos e dos limites dos seus poderes.

Procurando uma imagem ilustrativa do *themata* que aqui hoje nos ocupamos neste colóquio estar-nos-emos movendo no quadro ou em espaço de movimentação e choque entre placas tectónicas, para nos socorrermos da geologia, já que na interceção e fronteira da função administrativa com as demais funções do Estado.

Se hoje se mostra consensual o entendimento de que a Administração Pública está subordinada ou sujeita à lei e ao Direito, reclamando ou exigindo-se que o atuar administrativo, em qualquer das suas formas, tenha de se basear ou de se estribar numa norma jurídica estabelecida ou produzida *ex ante*, também a conceção da discricionariedade administrativa como um espaço livre e não jurídico, como tal totalmente fora de qualquer controlo por parte dos tribunais, apresenta-se hoje como ultrapassada por completo, prevalecendo hodiernamente uma conceção de discricionariedade administrativa como e enquanto espaço jurídico, no qual o poder administrativo constitui também ele um poder jurídico delimitado e fundado na lei, dado o mesmo não significar mais a total e absoluta ausência de normatividade, arbitrariedade ou mero capricho,

mas, ao invés, um “poder-dever jurídico”<sup>3</sup> conferido à Administração de, no quadro das limitações e balizas fixadas por lei, decidir/escolher entre as várias soluções possíveis aquela que for a mais adequada à realização e prossecução do interesse público, sendo que enquanto poder jurídico mostra-se submetido ao controlo jurisdicional em termos e moldes que se cuidará de seguida fazendo para o efeito apelo e tendo presente a jurisprudência que se vem produzindo na matéria.

## **2. Discricionariedade administrativa: considerandos de enquadramento geral e normativo nacional**

Nesta sede importa, em termos gerais, termos em consideração o que se extrai da nossa Constituição da República (vulgo e doravante CRP) (cfr. seus artigos 111.º e 266.º) na sua articulação com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante CPTA) (vide, mormente, seus artigos 03.º, 71.º e 95.º) e com o Código de Procedimento Administrativo (doravante CPA/2015) (vide, nomeadamente, seus artigos 03.º, n.º 1, e 08.º).

Com efeito, devendo os órgãos de soberania observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição e estando órgãos e agentes administrativos sujeitos à Constituição e à lei, temos que “*a função administrativa está ... subordinada às demais funções do Estado*”, constituindo “*um poder subordinado*”<sup>4</sup> de prossecução do interesse geral definido pelo legislador.

---

3 Cfr. Diogo Freitas do Amaral com colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, “*Curso de Direito Administrativo*”, vol. II, 3.ª edição, p. 72; vide, também, Rogério Ehrhardt Soares, *Administração Pública e Controlo Judicial*, in “*Revista de Legislação e de Jurisprudência*” (RLJ), Ano 127, Ano 1994, p. 126 e segs..

4 Cfr. Mário Aroso de Almeida, ob. cit., p. 108.



Vigora entre nós o princípio da legalidade administrativa, que implica e se concretiza na denominada precedência de lei, ou seja, de que *“a lei não é apenas o limite, mas o pressuposto e o fundamento de toda a atividade administrativa”*, não havendo *“poder administrativo sem lei, sem norma legal que o fundamente”*<sup>5</sup>.

Daí, nos termos do n.º 1 do artigo 03.º do CPA/2015 se estipule que a Administração Pública deve *“atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”*.

Continuando no cotejo do quadro normativo ressalta, por seu turno, do n.º 1 do artigo 03.º do CPTA, preceito disciplinador dos poderes dos tribunais administrativos, que *“no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”*, estipulando o artigo 71.º do mesmo Código que *“[q]uando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido”* (n.º 2) e de que *“[q]uando tenha sido pedida a condenação à prática de um ato com um conteúdo determinado, mas se verifique que, embora seja devida a prática de um ato administrativo, não é possível determinar o seu conteúdo, o tribunal não absolve do pedido, mas condena a entidade demandada à emissão do ato em questão, de acordo com os parâmetros estabelecidos no número anterior”* (n.º 3).

---

5 Cfr. Mário Aroso de Almeida, ob. cit., pp. 109/110.

A leitura dos preceitos acabados de convocar evidencia uma outra dimensão da função e do poder administrativo.

Na verdade, modernamente a função administrativa para além da referida dimensão subordinada detém, ante a multiplicidade e diversidade de fins de interesse público a prosseguir e de instrumentos a usar nessa atividade, uma dimensão de poder autónomo.

É que se o reconhecimento da existência de limites aos poderes conferidos aos órgãos da Administração Pública, imposta e decorrente do n.º 1 do artigo 3.º do CPA/2015, visa colocar na esfera do direito os atos que traduzam ou envolvam uma margem de autonomia e de autodeterminação, tanto mais que se é certo que a Administração na sua ação e atuação está subordinada à lei, nos termos decorrentes do princípio da legalidade, temos, contudo, que a lei não regula sempre do mesmo modo os atos a praticar ou o atuar da Administração.

Se umas vezes a regulamentação normativa é absolutamente precisa e a solução a desenvolver é uma única apenas, o que nos colocaria no domínio da vinculação, já noutras aquela regulamentação é reduzida na sua densidade, ou se apresenta como imprecisa, fluida, aí se consagrando espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa (cfr. art. 8.º do CPA/2015), de determinação de efeitos jurídicos e de intervenção administrativa em que a solução não se apresenta como unívoca, e que nos leva para o domínio da discricionariedade.

Ocorre que, por e em regra, estes domínios não se apresentam como estanques, num estado de total pureza, não existindo atos ou poderes de exercício que sejam em exclusivo total ou estritamente vinculados, nem atos/poderes que sejam totalmente discricionários, já que o atuar administrativo é, quase sempre, uma mistura ou combinação, em fases e do-



ses variadas, entre exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários, a ponto de hoje, fruto duma realidade cada vez mais complexa, assistimos ou somos confrontados com situações apelidadas de “discricionariedade vinculada” e de “vinculação discricionária”<sup>6</sup>.

O âmbito ou margem de discricionariedade varia, assim, em função do que decorre da previsão legal, ou, mais vastamente, do concreto quadro normativo, bem como da própria natureza da atividade administrativa que é alvo de regulamentação normativa, cientes de que a discricionariedade, enquanto margem de liberdade conferida à Administração de, no quadro das limitações que se mostrem fixadas, decidir sem vínculos estreitos de entre as várias soluções possíveis aquela que se apresente como a mais acertada, como a mais adequada à prossecução do interesse público observando o dever de boa administração, nada tem que ver, ou pode ser confundida, com o exercício dum poder caprichoso ou arbitrário.

Ora os juízos que a Administração produz e formula no quadro e exercício dos poderes valorativos próprios que legalmente lhe foram conferidos, constituindo é certo juízos de natureza administrativa como tal instrumentais e subordinados às opções legislativas, os mesmos revelam, todavia, a autonomia do poder administrativo face aos demais poderes, conduzindo a limitações de controlo, mormente por parte dos tribunais, daquilo que seja a legalidade estrita daquelas valorações e juízos próprios e que não podem ser substituídos pelos juízos próprios dos tribunais, cientes de que a medida da amplitude/âmbito do controlo jurisdicional se mostra ou está intimamente conexionado com aquilo que seja o nível da maior ou da menor regulação normativa.

---

<sup>6</sup> Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *“Lições de Direito Administrativo”*, 2.ª edição, 2011, p. 42.

Tal autonomia manifestada através de uma “abertura normativa”, denominada também de “abertura discricionária”<sup>7</sup>, pode revestir de várias vias e incidir sobre variados momentos ou aspetos, encontrando-se em situações de juízos e valorações sobre factos ou sobre a qualificação destes, sobre avaliação de pessoas (qualidades, currículo e desempenho), de coisas ou de situações, ou mesmo juízos envolvendo projeções, prognoses e avaliações prospetivas, tratando-se de juízos isolados ou de juízos envolvendo interesses concorrentes.

Assim, pode, nomeadamente, manifestar-se ou incidir sobre o momento, sobre a decisão de agir ou não (discricionariedade/faculdade de ação), sobre a determinação do poder de apreciação de situação ou qualidade ponderando os interesses do caso (discricionariedade de apreciação/avaliação), sobre o conteúdo concreto da medida a adotar/escolher, mormente de entre uma das várias admitidas ou indicadas na e pela estatuição da norma (discricionariedade de escolha/decisão) que represente a melhor solução, a solução ótima para a prossecução/realização do interesse público, presente que como afirma Pedro Costa Gonçalves “o facto de ao tribunal não caber a apreciação do mérito da decisão discricionária não significa que esta não assente numa escolha jurídica ou pautada por critérios jurídicos, em particular, pelo dever jurídico de boa administração” tanto mais que a “decisão discricionária não resulta de um poder fora do direito, a-jurídico”<sup>8</sup>.

De notar que as limitações à discricionariedade da Administração podem radicar: i) nos limites legais específicos expressos ou decorrentes das próprias normas que conferem essa discricionariedade; e ii) nos limi-

---

7 Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *“Manual de Direito Administrativo”*, vol. I, 2019, p. 219.

8 Cfr. Pedro Costa Gonçalves, ob. cit., p. 227.



tes legais gerais, impostos pelos princípios disciplinadores da atividade administrativa [como o da igualdade (cfr. artigo 266.º, n.º 2, da CRP), o da adequabilidade subjetiva do comportamento escolhido à realização do fim legal (o interesse público como meta padrão da escolha discricionária- cfr. artigo 266.º, n.º 1, da CRP), o da justiça (que se traduz no dever da Administração harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afetados- cfr. artigo 266.º, n.º 2, da CRP) e o da imparcialidade (cfr. artigo 266.º, n.º 2, da CRP) e pelas normas que limitam a atuação geral da Administração, incluindo as decorrentes da auto-vinculação que a Administração, no âmbito estrito das suas competências, cria por exemplo, com a elaboração de regulamentos externos pelos quais limita a sua própria discricionariedade<sup>9</sup>, ou com a definição/densificação *ex ante* dos critérios a seguir e considerar na decisão de procedimentos concorrenciais (contratação pública, concursos de pessoal e de alocação de recursos ou atribuição de apoios e subsídios com dinheiros públicos), reduzindo também aqui a indeterminabilidade, nomeadamente derivada do uso de certos conceitos normativos, e assim também promovendo a transparência, a concorrência e igualdade dos concorrentes.

A atuação da Administração no âmbito da denominada “*autonomia pública*” está, pois, limitada quer pelas normas de competência (cfr. artigo 03.º, n.º 1, do CPA/2015), quer pelo fim específico visado pela lei na concessão daquela margem de livre decisão, pelo que, nessa medida, a discricionariedade tem por limite interno o fim específico visado pelo legislador, sendo que na e para tal limite importa ainda considerar também, como *supra* se aludiu, os princípios gerais de direito, como os

---

<sup>9</sup> Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, “*Direito Administrativo Geral*”, Tomo I, pp. 201/202; Diogo Freitas do Amaral, “*Curso de Direito Administrativo*”, vol. II, 2.ª edição, 2012, pp. 104/105.

da igualdade, da boa fé, da imparcialidade, da proporcionalidade e da justiça, cientes de que a sinalização da existência dos espaços de valorização não resulta de enunciação ou proclamação antes é feita enquanto produto de uma interpretação de cada previsão normativa.

De referir, ainda, que discricionariedade administrativa não equivale, nem é sinónimo da expressão “*discricionariedade técnica*”<sup>10</sup>, já que a esta se reconduzem situações de verificação da existência de certas qualidades de pessoas ou de coisas com apelo e sustentação/apoio em juízos técnicos e especializados (v.g. para apuramento e verificação de conceitos ou expressões como edifício que “ameaça ruína”, ou “robustez física” ou “incapacidade para o exercício de profissão”), sem que se possa falar que nesse âmbito a Administração Pública goze ou detenha um espaço de autonomia próprio conducente à emissão de um juízo valorativo próprio da função administrativa já que os juízos que a mesma emite nesse domínio serão tão-só juízos técnicos ou científicos, como tal passíveis ou suscetíveis de um efetivo e total controlo jurisdicional<sup>11</sup>.

E temos também que a utilização de conceitos indeterminados<sup>12</sup> não é sinónimo de discricionariedade administrativa, porquanto este existirá apenas se a norma envolver uma liberdade de decisão por parte da Administração, sendo que nas palavras de J. Sérvulo Correia “a discricionariedade, mesmo quando formalmente situada na estatuição da norma, implica o carácter aberto da previsão, isto é, a necessidade de aditar

---

10 Vide sobre o conceito Miguel Nogueira de Brito, *Sobre a discricionariedade técnica*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1994, n.º 1-2-3, p. 33 e segs..

11 Cfr. Pedro Costa Gonçalves, ob. cit., pp. 217/218.

12 Vide sobre “conceitos indeterminados” J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 29.ª reimpressão, pp. 113-114, e no âmbito do direito administrativo e seu controlo pelos tribunais, J. Sérvulo Correia, *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional*, in “Cadernos de Justiça Administrativa” (CJA), n.º 70, pp. 38 e segs..



aos pressupostos enunciados na norma aquele ou aqueles outros que se revelem indispensáveis para justificar uma certa decisão” e de que “a abertura ou indeterminação da lei significa normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa (...), um modo de o legislador distribuir tarefas entre ele próprio e o aplicador ou executor das leis”<sup>13</sup>, presente que tal como defendia André Gonçalves Pereira “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”<sup>14</sup>.

### **3. Problemas e questões suscitados pela discricionariedade e res-posta/controlo jurisdicional dos mesmos na jurisprudência**

O princípio da separação e interdependência de poderes constitui referência e limite aos poderes de cognição dos tribunais no exercício da sua função no seio do Estado de Direito (cfr. artigos 02.º, 111.º, 202.º, n.º 2, e 203.º da CRP e 03.º do CPTA), sendo que o mesmo não implica uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração.

O mesmo implica tão-só uma proibição funcional de o juiz afetar a essência ou o domínio dos juízos de valoração próprios da função administrativa, ou seja, o julgador na sua atividade não pode ofender a autonomia do poder administrativo, da discricionariedade administrativa, enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração (cfr.

---

13 Cfr. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1987, pp. 473-474.

14 Cfr. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 217.

artigos 03.º, n.ºs 1 e 3, 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 3, 167.º, n.º 6, 168.º, n.º 3, e 179.º, n.ºs 1 e 5, todos do CPTA), preceitos estes dos quais claramente se infere a preocupação do legislador em assegurar ou mesmo reservar/preservar aquilo que são, utilizando a terminologia legal, os “*espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa*”.

Vejamos então como tem respondido a jurisprudência à e na sinalização das questões onde se discuta ou se invoque a discricionariedade administrativa e como o recorte e delimitação dos referidos espaços de valoração se tem operado.

Desde logo, um desses domínios é o das avaliações/notações de desempenho funcional, ou de serviço de funcionários/agentes e/ou demais servidores públicos.

Com efeito e como exemplo ilustrativo pode ler-se no acórdão do STA de 07.12.2022 (Proc. n.º 0107/21.0BALSB) que ao “*tribunal não compete declarar ou impor uma sua, própria, avaliação, destinada a, eventualmente, substituir a avaliação, impugnada, da Administração (...). Não lhe compete proceder a uma nova avaliação, mas sim fiscalizar a avaliação efetuada por quem detém, para tanto, legal competência*”, sendo que o “*controlo jurisdicional tem que respeitar um espaço livre de apreciação e decisão*” e de que tal controlo está confinado tal como é “*doutrinal e jurisprudencialmente assente, à deteção de «casos de erro grosseiro, de desvio de poder, de erro de facto, de falta de fundamentação, e, em geral, de incompatibilidade do juízo decisório com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e princípios fundamentais que regem a atividade administrativa»*”<sup>15</sup>.

---

15 Vejam-se, ainda, entre outros, os acórdãos do STA de 08.07.2010 (Proc. n.º 040/10), de 18.11.2010 (Pleno) (Proc. n.º 0855/09), de 13.02.2014 (Proc. n.º 0492/13), de 19.03.2015 (Pleno) (Proc. n.º 0492/13), de 22.04.2015 (Proc. n.º 0905/14), de 25.06.2015 (Proc. n.º 0758/14), de 21.01.2016 (Pleno) (Proc. n.º 0905/14), de 19.06.2019 (Proc. n.º 0494/17.5BALSB), de 03.12.2020 (Proc. n.º 0281/17.0BALSB), e de 11.03.2021 (Proc. n.º 057/19.0BALSB).



Mas frise-se que neste domínio nem tudo são espaços ou zonas de discricionariedade, porquanto tal foi como considerado no acórdão do STA/Pleno de 18.11.2010 (Proc. n.º 0855/09) se é *“verdade que, depois de delimitados ... conceitos jurídicos com os factos pertinentes, a avaliação do respetivo grau ou medida já é uma atividade que integra a «justiça administrativa»”* temos que, estando em causa uma situação de *“erro de direito que ocorre na parte vinculada da atividade exercida pela Administração”* já que envolve atividade de interpretação e aplicação dos critérios de classificação legalmente definidos, então *“não há ... nesta tarefa de interpretar os conceitos jurídicos aí referidos e de conferir se os factos aí se podem ou não subsumir um espaço para a vontade livre da Administração”*, pois e voltando a citar o acórdão em referência *“delimitar o conceito, ou seja, recortar a sua compreensão e por essa via determinar os factos que aí se podem incluir - reconduz-se à interpretação da lei e respetiva subsunção, permitindo a configuração de um erro de direito - ainda que sobre a integração de factos em conceitos jurídicos - que para ser relevante não tem que ser «grosseiro» ou «manifesto»”* dado o *“erro nestas condições é um erro de direito sobre elementos vinculados do ato e, portanto, a sua relevância equivale sempre à violação de lei, pois traduz-se na violação das regras de direito erradamente aplicadas”,* constituindo *“entendimento uniforme, que quer a interpretação desses conceitos jurídicos quer o seu preenchimento é matéria vinculada da atividade administrativa, sujeita à fiscalização ilimitada do tribunal”*<sup>16</sup>.

Também no acórdão do STA de 03.03.2016 (Proc. n.º 0768/15) em que estava em causa a impugnação de despacho de homologação da classificação final da avaliação permanente de ciclo de avaliação (*in*

---

<sup>16</sup> Cfr. também, entre outros, quanto à exigência de distinção e precisão entre espaços de vinculação e de discricionariedade o acórdão do STA de 13.09.2012 (Proc. n.º 0988/11).

*casu, para inspetor tributário) começou-se por se considerar que “no caso das provas de conhecimento como método de seleção, os Tribunais não podem proceder à avaliação das prestações dos concorrentes e substituir-se à Administração, atribuindo a classificação que entendem ser a justa, salvo nos casos em que seja flagrante que o júri não procedeu de forma correta na aplicação dos critérios de classificação, que estabeleceu como padrão da resposta exata”.*

Todavia, estávamos ante procedimento avaliativo que se traduzia na realização de um teste de escolha múltipla, vulgo “teste americano”, pelo que e passando a citar de novo o referido acórdão na concreta situação das *“soluções de resposta apresentadas aos candidatos, só uma é considerada correta, por assim haver sido previamente determinado por uma Comissão de Avaliação, supostamente em cumprimento da legislação aplicável. ... Ou seja, estamos perante um quadro em que tudo aponta para que a discricionariedade atribuída à Administração seja negativa, tudo se passando como se houvesse discricionariedade, mas não há”* já que *“no caso de teste de escolha múltipla, a aparente discricionariedade ou discricionariedade negativa verifica-se num momento prévio ao da correção do teste e apuramento concreto da resposta considerada certa; ou seja, verifica-se no momento em que o júri/comissão de avaliação determina qual a resposta considerada correta nas várias hipóteses previstas e apresentadas aos candidatos”* e que *“de seguida, o que se sucede é apenas uma mera aplicação mecânica, ou seja, o júri, quando corrige a prova, limita-se, ao olhar para a grelha de correção e, a fazer uma mera operação mecânica/automática no sentido de verificar se o candidato assinalou a alínea considerada previamente a correta”,* pelo que *“esta aplicação mecânica tem subjacente uma definição prévia do júri em determinar a resposta considerada correta e é aqui que temos de fazer incidir a sindicância e controlo jurisdicional”.*



E em sede de controlo jurisdicional admitiu-se poder o tribunal aferir do acerto ou não da correção da prova quanto a concreta resposta, porquanto respeitando ou envolvendo a matéria em discussão a questões que *“respeitam a conteúdo jurídico-fiscal”* então e citando de novo o acórdão seria *“patente que estamos perante matéria fixada na lei e, portanto, de carácter vinculado tanto para a administração [no caso, o júri do concurso] como para os candidatos que se submeteram ao teste de escolha múltipla, dado que, face à lei aplicável só uma das alternativas de resposta poderá estar certa”* razão pela qual estaríamos *“perante uma atuação do júri, na avaliação das respostas, excluída do âmbito da discricionariedade em sentido técnico, logo sindicável pelo Tribunal”*<sup>17</sup>.

Outro domínio em que a jurisprudência tem sinalizado como espaço de discricionariedade administrativa gerador de limitação dos poderes de controlo jurisdicional por parte dos tribunais administrativos prende-se com as decisões disciplinares punitivas, com especial e particular acuidade nos segmentos da determinação/graduação da medida das penas disciplinares aplicadas, da atenuação extraordinária e da suspensão das penas<sup>18</sup>, considerando-se, para o efeito, tratar-se de

---

17 Atente-se, também, as situações de avaliação de respostas em provas escritas apreciadas nos acórdãos do STA de 21.10.2004 (Proc. n.º 0647/04), de 19.04.2007 (Proc. n.º 0865/06), e de 26.06.2014 (Proc. n.º 01501/13), tendo este último “anulado o ato que indeferiu a reclamação contra a cotação de um exame de ingresso na Ordem dos Advogados” dado este incluir “uma pergunta sobre matéria que, nos termos do regulamento aplicável, estava excluída da respetiva prova”.

18 Vejam-se, entre outros, os acórdãos do STA de 03.11.2004 (Proc. n.º 0329/04), de 16.02.2006 (Proc. n.º 0412/05), de 29.03.2007 (Pleno) (Proc. n.º 0412/05), de 29.03.2010 (Proc. n.º 058/10), de 03.11.2016 (Proc. n.º 0548/16), de 07.05.2020 (Pleno) (Proc. n.º 022/19), e de 05.05.2022 (Proc. n.º 0110/21.OBALSb).

matérias contenciosamente insindicáveis para além do erro grosseiro, do desvio de poder ou da violação dos princípios constitucionais ligados ao exercício de atividade administrativa.

Um outro domínio em que também têm sido sinalizados espaços de valoração da função administrativa, reconhecendo-se a existência de discricionariedade administrativa, prende-se com o dos concursos de recrutamento e para progressão abertos pela Administração Pública, bem como com os procedimentos de promoção, de reconhecimento da titularidade de certas qualidades ou graus<sup>19</sup>.

Também tem sido objeto de particular discussão a matéria da impugnação das decisões das juntas médicas, em que se faz apelo também ou a zonas de discricionariedade administrativa e decorrente limitação aos poderes de controlo dos tribunais administrativos (cfr., nomeadamente, os acórdãos do STA de 27.10.2016 [Proc. n.º 01071/11], de 07.07.2016 [Proc. n.º 0422/16], e de 20.09.2018 [Proc. n.º 01959/17.4BEPRT]), ou então em que se discute qual o procedimento ou mecanismo procedimental a utilizar para reagir e sindicar deliberação colegial de junta médica (cfr. acórdãos do STA de 27.01.2022 [Proc. n.º 01665/19.5BEBRG-S2], e de 24.11.2022 [Proc. n.º 0936/16.7BEPNF]).

---

19 Entre outros, atendem-se os acórdãos do STA de 28.06.1988 (Proc. n.º 022760), de 22.04.1997 (Proc. n.º 033063 - em que no quadro de litígio envolvendo alteração dos quadros do pessoal de um Centro Regional Segurança Social [CRSS] se considerou que o “juízo relativo à necessidade ou conveniência da manutenção de determinadas categorias profissionais, e a adequação do respetivo conteúdo funcional às exigências do serviço, releva no âmbito da discricionariedade administrativa” e, como tal, não era “suscetível de controlo jurisdicional, salvo erro grosseiro ou invocação de desvio de poder”), de 06.12.2006 (Proc. n.º 0881/06), de 25.02.2009 (Proc. n.º 0491/08), de 30.09.2009 (Proc. n.º 0597/09), e de 23.02.2012 (Proc. n.º 0621/10).



Alvo também de discussão sobre a existência de discricionariedade administrativa, bem como sua delimitação e limites, tem sido, também, a dos procedimentos de candidatura, nomeadamente a apoios<sup>20</sup>, mas, igualmente, no dos procedimentos formação de contratos<sup>21-22</sup>.

Quanto a estes últimos procedimentos considerou-se no recente acórdão do STA de 30.03.2023 (Proc. n.º 01576/21.4BEPRT), reiterando o entendimento que havia sido firmado no acórdão de 29.09.2022 (Proc. n.º 0950/21), que sem prejuízo da liberdade das entidades adjudicantes na estipulação das especificações técnicas *“existem limites que não podem ser ultrapassados, nomeadamente quando, através da excessiva pormenorização ou da natureza excessivamente restritiva das especificações técnicas estabelecidas, resulta entravada a concorrência e beneficiado determinado operador”*<sup>23</sup>, sendo que a *“margem de livre apreciação que se reconhece à entidade adjudicante para formular as especificações técnicas, em particular quanto ao método a adotar (por referência a requisitos funcionais ou a especificações técnicas concretas) esgota-se com a respetiva formulação e consagração no caderno de encargos. A partir desse momento há uma auto vinculação adminis-*

---

20 Veja-se, por exemplo, o acórdão do STA de 24.06.2021 (Proc. n.º 01519/10.OBEL-RA) em que se considerou estar “em pleno domínio da «legalidade», cuja sindicância cabe, obviamente, ao poder judicial” a atividade de estrita subsunção sobre se aquela concreta candidatura à elegibilidade do apoio se integrava ou não numa das tipologias objeto do aviso.

21 Ver, nomeadamente, o acórdão do STA (Pleno) de 27.02.2008 (Proc. n.º 0269/08), respeitante litígio envolvendo contrato de concessão de exploração de zona de jogo e sua prorrogação.

22 Atente-se o acórdão do STA de 08.09.2016 (Proc. n.º 0568/16), onde se discutiram os poderes condenatórios dos tribunais administrativos, mormente, quanto à possibilidade de condenação da entidade adjudicante à adjudicação do contrato ao demandante na ação.

23 Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE, refletido no artigo 49.º, n.º 4, do Código de Contratos Públicos (CCP); e Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 25.10.2018 (Proc. C-413/17, “Roche Lietuva”, §§ 29 e segs.).

*trativa às especificações técnicas formuladas consoante o método escolhido. (...) Por isso, não tem razão o acórdão recorrido quando convoca a existência de um espaço de valoração própria da atividade administrativa para sustentar a admissão das propostas que não cumprem as especificações técnicas constantes do caderno de encargos. Esse espaço de valoração própria «esgotou-se» quando a entidade adjudicante formulou as especificações técnicas do produto a adquirir e as verteu nas regras do Caderno de Encargos, a partir desse momento ela vinculou-se aos termos que submeteu ao mercado”.*

E na situação objeto de apreciação pelo acórdão do STA de 23.06.2022 (Proc. n.º 02152/20.4BEPT) pode ler-se no respetivo sumário que quando a qualificação mínima que deve possuir o representante técnico do empreiteiro perante o dono da obra nos termos do n.º 5 do artigo 42.º do CCP “seja definida por referência a critérios qualitativos, e não quantitativos, a determinação em concreto da qualificação adequada à função de representação prevista no Caderno de Encargos está na disponibilidade - na discricionariedade - da entidade adjudicante, não cabendo aos tribunais sobrepor-se ao critério por ela utilizado, salvo em caso de erro ostensivo ou manifesto”.

Em sede ainda dos procedimentos formação de contratos considerou-se no acórdão do STA de 20.10.2016 (Proc. n.º 01472/14) que a “atividade desenvolvida pelo júri na avaliação das propostas pode corporizar-se não só em operações materiais, mas também em operações jurídicas, e comporta momentos que, sob o ponto de vista jurídico, podem ser vinculados ou discricionários”, de que o “júri do concurso na atividade de avaliação das propostas encontra-se vinculado ao estrito respeito daquilo que são as regras que se prendam com observância de formalidades e garantias procedimentais, das regras disciplinadoras da competência



*para a emissão de atos, da instrução probatória e fixação de factualidade que funcionem como pressuposto dos atos procedimentais [mormente, da avaliação das propostas e/ou da adjudicação], bem a todos e apenas aos fatores e subfatores densificadores do critério de adjudicação fixado no programa do procedimento ou decorrente de imposição constante de norma legal, não podendo fazer apelo a outros critérios ou a outros fatores/subfatores que não constem daquele programa ou que contrariem disposição legal imperativa, ou sequer atribuir-lhes ponderações e/ou pontuações/classificações diversas daquelas que se mostram fixadas no mesmo programa, ou ainda fazer apelo a sensibilidades, a juízos dubitativos ou assentes em opiniões veiculadas”, pelo que o “exercício de atividade caracterizada como envolvendo momentos de discricionariedade ou de exercício de poderes discricionários, do domínio da denominada “justiça administrativa”, mostra-se também ele abrangido pela fiscalização jurisdicional, disso sendo exemplos, a ilegalidade por desvio de poder, a admissão da impugnação fundada no erro de facto ou na existência ou inexistência dos pressupostos de facto, na violação dos princípios gerais de direito, na violação de regra de competência, do dever de fundamentação, ou, ainda, na infração do direito de audiência/participação”, cientes de que no “estrito âmbito da atividade de valoração e pontuação quanto a cada fator e subfator da grelha classificativa por parte do júri de propostas apresentadas nos procedimentos de contratação pública situamo-nos no domínio dum juízo de discricionariedade técnica, da referida “justiça administrativa”, em termos da livre apreciação sobre a valia das propostas ou da margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, e, como tal, os limites da sua sindicabilidade contenciosa, não respeitando a aspetos vinculados, mostram-se restringidos às situações de legalidade externa, ao erro grosseiro ou manifesto e/ou ao desrespeito dos princípios gerais que enformam o procedimento*

*em questão e a atividade administrativa em geral”. Considerou-se que constitui “erro grosseiro” ou “erro manifesto” “aquele erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de refletir um evidente e grave desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de atuação não vinculadas”.*

Matérias relativas ao ambiente, ao planeamento e ordenamento do território, ao urbanismo, têm igualmente concitado questões neste domínio<sup>24</sup> e que num futuro próximo irão certamente recrudescer e aumentar, bem como alargar-se a outros domínios e aos conflitos que se irão produzir mormente no quadro da evolução tecnológica e da digitalização das nossas sociedades.

Diga-se que também a sindicabilidade dos “conceitos jurídicos indeterminados” vem merecendo a atenção na nossa jurisprudência.

Assim, a título de exemplo, no acórdão de 23.10.2007 [Proc. n.º 0493/07] considerou-se como «sindicáveis, pelo menos, em algumas situações típicas, designadamente, (i) “na maioria dos conceitos descritivos cujo critério de avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais” (por exemplo, “grande quantidade”), (ii) “classes de conceitos indeterminados de valor, cujo critério de concretização resulta, por forma direta da exegese dos textos legais” (v.g. “local apropriado»), (iii)

---

24 Vejam-se, entre outros, os acórdãos do STA de 14.10.2003 (Proc. n.º 01571/02), de 18.05.2006 (Proc. n.º 0167/05), de 22.03.2007 (Proc. n.º 0390/06), de 21.05.2008 (Proc. n.º 01159/05), de 14.07.2010 (Proc. n.º 0321/10), de 25.01.2011 (Proc. n.º 0874/10), de 07.04.2011 (Proc. n.º 0601/10), de 14.07.2015 (Proc. n.º 0444/13), de 23.11.2005 (Proc. n.º 01112/04), de 23.06.2016 (Proc. n.º 0299/14), de 16.02.2017 (Proc. n.º 01001/16), e de 01.06.2017 (Proc. n.º 0229/17).



“todos os conceitos de valor cuja concretização envolva juízos mais especificamente jurídicos” e que, portanto não permitem a afirmação de que o tribunal não possui os necessários conhecimentos técnicos (“jurista de reconhecida idoneidade”)» (jurisprudência reiterada no acórdão de 23.01.2008 [Proc. n.º 0855/07]), entendendo-se que no caso nele apreciado que o conceito jurídico indeterminado de “necessidades permanentes dos serviços”, contido no Decreto-Lei n.º 81-A/96 e no Decreto-Lei n.º 195/97 como requisito de regularização de pessoal irregularmente admitido, “porque não reclama a avaliação por órgão autónomo, não exige conhecimentos técnicos específicos ou especializados e porque a própria lei fornece um padrão seguro para a sua interpretação e aplicação, não está subtraído ao controlo judicial”.

Refira-se, neste âmbito, que a adoção ou uso de conceitos jurídicos indeterminados (v.g. conceitos como os de “interesse do serviço”, “necessidades da organização”, “carência de recursos”, “situação de grave risco para a saúde pública”, “gestão sã e prudente”) poderá constituir uma fonte de discricionariedade se a previsão da norma conferir ao agente administrativo uma liberdade de decisão, lhe atribua ou crie um espaço autónomo de valoração, o convoque para a emissão de um juízo administrativo mobilizando para tal saberes específicos, conhecimentos especializados, especial preparação técnico-científica do órgão administrativo (v.g., júris de provas académicas, júris de exames orais de provas de seleção de candidatos, e comissões de avaliação – v.g., de obras de arte, para estudo e definição da localização de certas infraestruturas ou obras com forte impacto, relevância e interesse).

Caso, ao invés, a previsão normativa com apelo a conceito jurídico indeterminado não possua ou não seja portadora ou fonte de discricionariedade então o controlo judicial da decisão administrativa que o

interprete e aplique não está sujeito às limitações reconhecidas para o controlo judicial das decisões administrativas proferidas no quadro de poderes discricionários.

Constata-se, também, que, por vezes, naquilo que é o controlo jurisdicional a desenvolver pelos tribunais administrativos quanto ao que foi o apuramento dos factos provados realizado em sede do procedimento administrativo se faz apelo, igualmente, à existência de discricionariedade administrativa, sustentando-se ter ou gozar a Administração de poderes discricionários nesse domínio.

Trata-se, contudo, de entendimento que tenho por claramente desacertado.

Em sede de regras sobre a apreciação da prova produzida no âmbito de um procedimento temos que vale para o instrutor, de harmonia com os princípios da oficialidade e da descoberta e busca da verdade material, a regra da liberdade de apreciação das provas (cfr. artigo 119.º, n.º 2, do CPA/2015), salvo existência de regra legal que a afaste, sendo que o mesmo deverá explicitar e motivar seu juízo fundamentando, motivando, a sua convicção à luz das provas produzidas no procedimento, explicitando para o efeito o raciocínio lógico e as regras de experiência comum de que se socorreu ou fez apelo.

Esta liberdade probatória não é total e completa, pois, evidentemente que está condicionada pela finalidade de se obter o mais elevado grau possível de aproximação à verdade, já que o instrutor não pode avaliar as provas simplesmente segundo as suas opiniões individuais, mas à luz e segundo as regras da verdade histórica e com necessária motivação e fundamentação da decisão.



A decisão administrativa, nas palavras de Pedro Costa Gonçalves, “para ser legal e justa, tem de ser uma decisão informada, materialmente fundada e baseada no conhecimento e na consideração de todos os elementos pertinentes”, sendo que o “dever de instrução do procedimento não é privativo das decisões de natureza discricionária”, cientes de que o “cumprimento desse dever é fundamental e decisivo para um correto exercício da discricionariedade”<sup>25</sup>.

Daí que não diferindo o dever de instrução do procedimento ante a decisão a nele ser proferida se mostrar ou estiver envolta em espaço de vinculação ou de discricionariedade o controlo jurisdicional das decisões proferidas em qualquer dos quadros ou espaços não tem de conter qualquer particularidade que o distinga.

Com efeito, em termos de controlo judicial não existe no nosso contencioso, nem do mesmo deriva uma qualquer distinção nesse domínio, para além de que face à remissão feita no n.º 2 do artigo 90.º do CPTA se mostram hoje afastadas as limitações de instrução probatória e de meios de prova legalmente admissíveis no contencioso administrativo, já que a ação administrativa passou a ser disciplinada em sede de fase de instrução e prova pelo regime decorrente dos artigos 410.º a 526.º do Código de Processo Civil (CPC/2013), atribuindo-se ao julgador administrativo poderes de controlo e de instrução nesse mesmo domínio, quer em 1.ª instância quer mesmo em sede de recurso jurisdicional (cfr. artigo 149.º, n.º 4, do CPTA/2015), o que aporta claras consequências para e no julgamento de facto a realizar (cfr. artigos 91.º do CPTA/2015, e 607.º, n.ºs 4, 5 e 6, do CPC/2013) e mais amplamente, no nosso entendimento, no objeto do processo e da pronúncia a emitir.

---

25 Cfr. Pedro Costa Gonçalves, ob. cit., p. 244.

Em sede de instrução probatória cumpre ter presentes os princípios da investigação (do inquisitório ou da descoberta da verdade material), da aquisição processual, da universalidade dos meios de prova e, bem assim, o da livre apreciação das provas, princípios esses que se mostram válidos e plenamente operantes no nosso contencioso administrativo vigente.

Note-se, aliás, que o processo administrativo/instrutor, mormente, documentos e depoimentos/declarações nele prestados ou insertos, enquanto prova documental não possui ou não lhe pode ser conferido ou reconhecido um qualquer valor probatório acrescido face ou no confronto com outros meios de prova legalmente admitidos no processo judicial, valendo, assim, em pleno as regras decorrentes dos artigos 341.º e seguintes do Código Civil (CC) e 607.º, n.º 5, do CPC/2013.

Importa ter presente que o teor ou conteúdo do processo administrativo/instrutor não faz, por regra, fé em juízo e a sua valoração, como meio de prova, não pode implicar uma ofensa, nomeadamente ao princípio da igualdade de armas entre as partes.

Ora o respeito pelo princípio da separação de poderes não impede o julgador administrativo de apreciar e julgar da exatidão de determinada realidade factual que se mostra controvertida e na qual o titular do poder administrativo assentou a sua decisão.

É que na fixação dos factos que funcionam como pressupostos da decisão a Administração não detém um poder insindicação em sede contenciosa já que, decidida e definitivamente, não nos situamos no domínio da discricionariedade administrativa, pelo que daí nada obsta a que no quadro de litígio envolvendo decisão administrativa emitida no quadro de poder discricionário o julgador administrativo controle a decisão de facto, os pressupostos de facto daquela decisão, e sobreponha o seu



juízo de avaliação face àquele que foi o adotado pela Administração, mormente, por reputar existir uma situação ilegalidade objetiva material relativa aos pressupostos de facto, ou seja, por insuficiência probatória e/ou por erro na valoração e na fixação do quadro factual tido por apurado em sede de procedimento.

Em várias decisões o STA tem afirmado e reiterado este entendimento, considerando que os tribunais *“não só podem, como devem re-apreciar o julgamento de facto realizado pela Administração em toda a sua extensão, ou seja, devem reapreciar todos os elementos de prova que foram produzidos nos autos”* e que *“nesta sua tarefa, os tribunais não devem autolimitar-se ao ponto de só intervirem no julgamento de facto realizado pela Administração quando estejam perante erros manifestos ou grosseiros”*<sup>26</sup>, sendo que em sede da fixação dos factos que funcionam como pressuposto da decisão *“a Administração não atua no âmbito da denominada justiça administrativa, devendo a prova coligida ... legitimar uma convicção segura da materialidade dos factos”* (cfr. Acórdão do STA de 12.07.2006 [Proc. n.º 01106/05]), podendo o tribunal *“sempre sobrepor o seu juízo de avaliação àquele que fora efetuado pela autoridade administrativa”* sem que isso atente contra o princípio da separação de poderes (cfr. Acórdão do STA de 19.06.2019 [Proc. n.º 0804/11.9BECBR]).

Inexistem hoje quaisquer limitações de instrução e de prova salvo as restrições decorrentes de proibições de prova determinadas por normas constitucionais, mormente, relativas a direitos, liberdades e garantias, não sendo, atualmente, mais legítima a justificação de decisões que de-

---

<sup>26</sup> Cfr., entre outros, os Acórdãos do STA de 29.10.2020 (Proc. n.º 0301/14.OBE-BRG), e de 11.03.2021 (Proc. n.º 0301/14.OBEBRG).

neguem o acesso à prova e, mais vastamente, à defesa e igualdade de armas, denegação essa que se traduz e redundando num claro *deficit* do direito à tutela jurisdicional efetiva e na infração dos comandos constitucionais constantes, mormente, dos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP.

Nessa medida, e no quadro do atual contencioso administrativo são passíveis de ser sindicadas quaisquer ilegalidades assacadas ao ato administrativo, inexistindo, por conseguinte, qualquer possibilidade de sustentar hoje uma limitação aos poderes de conhecimento e de pronúncia do julgador administrativo, incluindo o sindicado os próprios pressupostos de facto em que se estribou o ato administrativo<sup>27</sup>.

De igual modo em sede de execução de julgados anulatórios assiste-se, por vezes, ao apelo à discricionariedade administrativa esquecendo-se, todavia, que na reintegração da legalidade se terá de atender, cuidar e respeitar cabalmente aquilo que são os efeitos e os termos firmados, com trânsito, no julgado objeto de execução, tanto mais que a atuação no quadro de execução do julgado a Administração não está naquele domínio.

Impõe-se-lhe sempre o total e estrito cumprimento da decisão judicial anulatória na sua integralidade e alcance (cfr. artigos 205.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, e 158.º do CPTA) e, nesse âmbito, está sujeita ao controlo jurisdicional, cabendo aos tribunais administrativos, no quadro dos poderes

---

27 Vide, entre outros, o nosso texto *“O juiz administrativo e o controlo jurisdicional da prova procedimental do processo disciplinar”*, in CJA, n.º 101, p. 17 e segs., em especial pp. 26/30; Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *“A prova em contencioso administrativo”*, in CJA, n.º 69, pp. 48/49; já no quadro do contencioso espanhol ver, entre outros, Fernando Garrido Falla, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, vol. III (La Justicia Administrativa), p. 218 e segs.; José Ramón Chaves García, *“La prueba. Contencioso-Administrativo: Análisis dogmático y jurisprudencial”*, pp. 159/161; e, Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo, Lucía Alarcón Sotomayor e Antonio M.º Bueno Armijo, *“Derecho Administrativo Sancionador”*, 1.ª edição, Lex Nova, abril 2010, p. 928.



que lhe estão conferidos, ajuizar da legalidade dos atos praticados em execução de julgado anulatório e emitir pronúncia fixando os atos e operações necessários ou devidos para a integral execução daquele julgado, fixação essa feita respeitando, é certo, os efeitos do caso julgado firmado e aquilo que sejam ou possam ser os espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa que eventualmente subsistam.

#### 4. BREVE NOTA CONCLUSIVA

Sendo tempo de terminar!

Num Estado de Direito não podemos olvidar que os tribunais administrativos no exercício das suas atribuições e funções *«prosseguem um duplo desígnio: a defesa da juridicidade do agir administrativo e a proteção dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos em face de eventuais abusos da Administração»*<sup>28</sup>.

Daí que a prossecução e realização material destes desígnios não se pode bastar ou quedar por uma tutela jurisdicional meramente formal e aparente.

Em litígios cada vez mais exigentes e complexos cabe aos tribunais administrativos assumirem e fazerem o uso efetivo dos seus poderes de pronúncia e de controlo que lhes estão conferidos pelo quadro normativo vigente, para tal se exigindo que os mesmos estejam dotados dos recursos e dos meios (humanos, técnicos, etc.) que os habilitem a prosseguir aquele desiderato.

---

28 Vide nosso texto *“O juiz administrativo ...”*, in CJA, n.º 101, p. 30.

Nessa atividade que deles se reclama exige-se um extremo rigor e cuidado na delimitação daquilo que constituem os limites da sua jurisdição e competência, assegurando e observando que, como lhes é imposto pelo Estado de Direito e reclamado pelo direito à tutela jurisdicional, exerçam seus poderes na integralidade e em plenitude até àqueles limites, sem amputações, constrangimentos, temores ou *capitis diminutio*, mas sempre sem deslumbramentos, sem deixar de observar estritamente aquilo que são as fronteiras dos seus limites, para assim não sair beliscado o princípio da separação e interdependência de poderes, cumprindo, dessa forma, por inteiro e em pleno a sua função.

Juízo e equilíbrio difícil, sem dúvida, mas essencial na e para o cabal desempenho e resposta quanto ao que constitui o papel dos tribunais numa sociedade democrática do século XXI.



# **Discricionariedade administrativa e controle pelos Tribunais de Contas: análise de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), em matéria de concessão de serviço público (2010 a 2020)**

MARIA TEREZA FONSECA DIAS <sup>1</sup>

## **Resumo**

Fundado no princípio republicano, o direito positivo brasileiro previu amplo espectro de controle da atividade administrativa, exercido por diferentes poderes de Estado e órgãos especializados, entre eles os Tribunais de Contas. O trabalho investigou, do ponto de vista teórico e empírico, o exercício do controle da atividade administrativa discricionária pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Esta atividade é re-

---

<sup>1</sup> Doutora e mestre em Direito Administrativo pela UFMG Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG Professora Visitante no King's College (Londres) pelo programa UFMG/CAPES/PRINT Pesquisadora do CNPq. Advogada

servada exclusivamente às autoridades administrativas, com limites para o controle exercido por diversas instituições. Hodiernamente discute-se se o âmbito da discricionariedade está a se reduzir, com a consequente ampliação dos poderes dos órgãos de controle. Com o escopo de avaliar se os elementos teórico-conceituais da discricionariedade administrativa se refletem no efetivo exercício do controle externo da Administração Pública, foi desenvolvida análise de decisões, por meio do estudo de 80 casos julgados pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de 2010 a 2020, em matéria de concessão de serviço público. Concluiu-se que o processo decisório e as decisões proferidas propiciam o controle da atividade discricionária da administração pública, notadamente quanto às recomendações feitas às autoridades administrativas.

**Palavras-chave:** discricionariedade; controle externo; Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; concessão de serviços públicos; município

### **Abstract**

*Founded on the republican principle, Brazilian positive law envisioned a broad spectrum of control over administrative activity, exercised by different branches of government and specialized bodies, including the Courts of Auditors. This work investigated, from a theoretical and empirical perspective, the exercise of control over discretionary administrative activity by the Court of Auditors of the State of Minas Gerais. This activity is exclusively reserved for administrative authorities, with limits on the control exerted by various institutions. Currently, there is a discussion about whether the scope of discretion is diminishing, with the consequent*



*expansion of the powers of oversight bodies. In order to assess whether the theoretical-conceptual elements of administrative discretion are reflected in the effective exercise of external control over Public Administration, an analysis of decisions was developed, through the study of 80 cases judged by the Court of Auditors of the State of Minas Gerais from 2010 to 2020, in matters of public service concession. It was concluded that the decision-making process and the decisions issued provide control over the discretionary activity of public administration, especially with regard to the recommendations made to administrative authorities.*

**Key-words:** *discretion; external audit; Court of Auditors of the State of Minas Gerais (TCE-MG), Brazil; public utilities concession; local government*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Discrecionalidade administrativa: transformações do conceito na doutrina brasileira; 3 O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas: da legalidade à legitimidade e economicidade; 4 O controle da discrecionalidade pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em concessões de serviços públicos municipais (2010 a 2020); 5 Conclusões; Anexo I – Quadro 1- Decisões do TCE-MG em matéria de concessões de serviços públicos (2010 a 2020)

## 1. INTRODUÇÃO

A discussão da literatura especializada acerca dos limites do exercício das competências discricionárias- ou mais especificamente da atividade administrativa que se expressa nos elementos discricionários dos atos administrativos- caminha paralelamente ao do seu controle.

A questão costuma ser posta nos seguintes termos: diante da atividade discricionária - que confere certa margem de escolha para que o administrador público tome decisões - como deve ser exercido o seu respectivo controle?

A discussão do tema é recrudescida quando entram em cena, na contemporaneidade, a implantação de mecanismos de combate à corrupção.<sup>2</sup>

Em estudos sobre o controle jurisdicional da Administração Pública observa-se a formação de três principais correntes de pensamento sobre o conceito de discricionariedade: ampla, restrita e tendente à zero<sup>3</sup>. Tais conceitos repercutem no exercício das atividades de controle, conforme será tratado na seção 2 deste trabalho.

Em que pese haver peculiaridades da atividade de controle externo<sup>4</sup> da administração pública efetuada pelas cortes de contas, os achados e

---

2 Eduardo García de Enterría, neste contexto, alude ao imprescindível reforço dos controles, para que “[...] a coisa pública não deixe de ser como tal e possa vir a ser, ainda que parcialmente, patrimônio privado de qualquer pessoa ou grupo, ainda que aqueles que tenham sido instituídos no poder por meio de processos eleitorais, [busquem o exercício de] faculdades discricionárias, nas quais tão facilmente podem residir práticas corruptas” (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*. Reimp. Madrid: Civitas, 2005, p. 134, tradução livre do espanhol)

3 Cf. a discussão acerca da discricionariedade administrativa em Maria Tereza Fonseca DIAS; Luiza Teodoro MENDONÇA, “O controle judicial do ‘relevante valor cultural’ de bens tomados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural, *Revista Meritum*, v. 10, pp. 239 segs., 2015. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/3373>; Maria Tereza Fonseca DIAS, Diego Oliveira de Andrade SOARES, Raquel Portugal NUNES, Renato Arantes OLIVEIRA. O controle jurisdicional de políticas públicas na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 66, p. 53 segs., 2008; Maria Tereza Fonseca DIAS, Eliziane Maria de Sousa. OLIVEIRA; Karina Broze NAIMEG, Controle jurisdicional da Administração Pública: tendências jurisprudenciais em sede de mandado de segurança. *Fórum Administrativo*, v. 8, p. 212 segs, 2008.

4 Controle externo, nos termos da legislação brasileira, é aquele efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, tais como o controle realizado por instituições políticas, o controle efetuado por instituições técnicas e jurídicas, como o Tribunal de Contas. (Cf. Odete MEDAUAR. *Controle da administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45).



conceitos referentes ao controle jurisdicional da discricionariedade podem ser utilizados como parâmetros para a reflexão acerca dos demais mecanismos de controle da Administração Pública.

A rigor, a atividade discricionária é justamente aquela reservada exclusivamente às autoridades administrativas, o que gera restrições para o controle a ser exercido por instituições diversas da que a realiza, tais como impostas pelo ordenamento jurídico. Contudo, hodiernamente, ou o âmbito da discricionariedade está a se reduzir ou o controle está a ser ampliado, alcançando o campo de atuação precípua das autoridades pelos demais poderes ou órgãos de controle.

Fundado no princípio republicano, o direito positivo brasileiro prevê amplo espectro de controle da atividade administrativa, exercido por diferentes poderes de Estado e órgãos, entre eles os Tribunais de Contas, conforme será explicitado na seção 3 deste trabalho.

Quando se discute o exercício de competências discricionárias no âmbito da concessão de serviços públicos aos particulares- que implicam na transferência da execução de atividades anteriormente desempenhadas diretamente pelo Estado ou sequer realizadas – costuma-se propor o reforço dos mecanismos de controle existentes.

Acerca do papel das Cortes de Contas<sup>5</sup>, o art. 70 da Constituição de 1988 determina que cabe Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, a fiscalização da Administração Pública direta e indireta brasileira da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Muni-

---

5 Para uma visão geral sobre os Tribunais de Contas no Brasil, cf. Angela Cassia COSTALDELLO. “Tribunais de Contas no Brasil” in *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-1/tribunais-de-contas-no-brasil>

cípios, sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Este controle- também dispõe a Constituição – será exercido sob os prismas da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Com o advento tanto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e de novos modelos organizacionais da Administração Pública, tais como o modelo gerencial, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, impõe-se a rediscussão do controle da administração pública em face do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho, a partir do estudo de bibliografia sobre o assunto e da análise de decisões do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, propõe-se a revisitar a questão-problema da tensão existente entre o campo de liberdade de escolha das autoridades administrativas e seu respectivo controle<sup>6</sup>.

Com o escopo de avaliar se os elementos teórico-conceituais da discricionariedade se refletem no efetivo exercício do controle externo da atividade administrativa, foi desenvolvida análise de decisões<sup>7</sup>, por meio do estudo de 80 casos julgados pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de 2010 a 2020, em matéria de concessão de serviço público. A escolha desta abordagem empírica justifica-se diante do fato de que são escassos os estudos sobre a eficácia dos controles da administração pública sob o prisma jurídico, notadamente em relação à delegação de serviços

---

6 O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro). Cf. <https://portal.tcu.gov.br/impressao/noticias/tcu-comemora-126-dia-dos-tribunais-de-contas-do-brasil.htm>

7 Sobre os métodos e técnicas da análise de jurisprudência e decisões na pesquisa jurídica, cf. Miracy Barbosa de Sousa GUSTIN, Maria Tereza Fonseca DIAS; Camila Silva NICÁCIO, *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, v.1. p. 329.



públicos e aos mecanismos de controle da atividade estatal. A seleção do tema da concessão de serviços públicos se justifica em razão da complexa modelagem envolvida neste tipo de contratação, que confere amplo campo de discricionariedade das autoridades administrativas, responsáveis por realizar estudos técnicos, econômicos, modelagem jurídica, selecionar a espécie de contrato, critérios de julgamento das propostas, entre outros aspectos vinculados à delegação de serviços públicos.

Para o alcance de seus objetivos, o texto foi estruturado em quatro eixos temáticos: transformações do conceito de discricionariedade na doutrina brasileira; controle externo exercido pelos tribunais de contas; análise de acórdãos do TCE-MG e conclusões.

## **2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: TRANSFORMAÇÕES DO CONCEITO NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Na tentativa de elucidar a distinção clássica entre vinculação e discricionariedade feita pelos administrativistas nacionais e estrangeiros, Florivaldo Dutra de Araújo expõe que “[...] a discricção caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito.”<sup>8</sup>

Em recente revisão da literatura sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, Marcos Perez questiona como a discri-

---

8 Florivaldo Dutra de ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, 2ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.85.

cionariedade geralmente se manifesta. E conclui que, em oposição à vinculação, ela “[...] decorre da menor precisão ou do menor detalhamento da legislação, que atribui às autoridades administrativas certa margem de escolha para a tomada de decisões.”<sup>9</sup>

No Estado contemporâneo, o citado autor observa que houve a ampliação da discricionariedade administrativa. E esta ampliação foi motivada pelos seguintes fatores, tais como: “(1) o progressivo reconhecimento de direitos fundamentais; (2) a incessante atuação do Estado no chamado domínio econômico; (3) a postura mais ativa e reivindicadora da sociedade perante o Estado; (4) os problemas de representatividade ou de legitimidade política enfrentados pelo Legislativo associados à complexidade dos interesses sociais e econômicos que o pressionam; (5) a sobrecarga da Administração<sup>10</sup>; e (6) outros fatores, tais como crises econômicas, guerras, terrorismo, movimentos sociais, golpes de estado, progresso tecnológico ou a interdependência global.”<sup>11</sup>

Contudo, a discricionariedade administrativa também se transforma no sentido da redução do âmbito de livre atuação das autoridades administrativas. Di Pietro elenca alguns fatores desta redução, que estão relacionados à elaboração e ao desenvolvimento de novas teorias do ato administrativo, a saber: a) teoria do desvio de poder, que permitiu o controle da finalidade objetivada pela administração; b) teoria dos motivos deter-

---

9 Marcos Augusto PEREZ. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2018, p. 314.

10 Sobrecarga, segundo as palavras do autor, “[...] tanto no que se refere à capacidade econômica operacional de executar todas as funções a ela cometidas como pelo fardo de ter de realizar um sem número de escolhas discricionárias ao tempo e modo corretos, resolvendo disputas ou conflitos de interesse que, em muitos casos, a partir da racionalidade política inerente ao Estado de Direito em sua concepção iluminista, deveriam ter sido travados e decididos na arena do Legislativo”. (Marcos Augusto PEREZ, *O controle...*, cit., p. 314)

11 Marcos Augusto PEREZ, *O controle...*, cit., p. 314-315.



minantes, que possibilitou examinar a legalidade dos motivos, pela análise dos fatos, qualificação jurídica dos fatos e adequação da decisão aos fatos, para aplicação dos princípios da proporcionalidade dos meios aos fins; c) a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, que permitem levar a única ou melhor solução no caso concreto. Diante deste cenário, conclui a autora que: “A consequência dessa redução da discricionariedade administrativa foi a ampliação do controle externo sobre os atos da Administração Pública [...] que antes eram vistos como integrantes do mérito.”<sup>12</sup>

Além das novas teorias do ato administrativo que se apresentam como fatores de redução do mérito administrativo, a questão pode ser vista igualmente pela transformação do conceito de discricionariedade em relação ao exercício do seu controle, sob três principais perspectivas: ampla, restrita e tendente à zero.

Na noção de discricionariedade ampla, defende-se a insindicabilidade de alguns elementos dos atos administrativos. O controle do ato seria exercido apenas sobre a competência, a forma e a finalidade- sob a égide da legalidade- ao passo que o controle sobre o motivo e o objeto, não seriam passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, pois comporiam o mérito do ato administrativo<sup>13</sup>, esfera de livre apreciação do administrador.

---

12 Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?” *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 11, nº 42, jul. / set. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97453>.

13 Para Seabra Fagundes, o mérito compreende “[...] os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo [e se constituiria] [...] um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos.” (Miguel SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149).

O conceito de discricionariedade restrita refere-se à percepção de ampliação do controle da atividade administrativa, em razão dos seguintes fatores: mudança de perspectiva da legalidade administrativa para a juridicidade; análise da constitucionalidade dos atos administrativos, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988; e ainda da possibilidade de aplicação de outros métodos hermenêuticos na interpretação das normas jurídicas, que alargam a própria noção de ordenamento jurídico, incluindo nele também os princípios positivados. Como destaca Germana Moraes, o alargamento do controle sobre a atividade administrativa, por sua vez, deriva destes novos arsenais teóricos construídos nas últimas décadas, entre os quais se destacam, pela sua importância: o princípio da proporcionalidade, a teoria do balanço custo/benefício e a do erro manifesto de apreciação.<sup>14</sup> Neste contexto, a citada autora mantém a defesa da existência de área insindicável ao controle - o mérito administrativo – identificado como “[...] os processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados.”<sup>15</sup>

A discricionariedade tendente à zero, por sua vez, pressupõe que há área de livre escolha do administrador na norma, em termos abstratos. No caso concreto, porém, pode-se estar diante de única solução possível. Neste contexto, Bandeira de Mello afirma que “[...] a existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra”. E conclui

---

14 Germana MORAES, *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 38.

15 Germana MORAES, *Controle...*, cit. p. 44.



que “[...] a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente para que exista discricção no caso concreto.”<sup>16</sup>

A existência desta diversidade de teorias e conceitos demonstra que não existem fronteiras seguras a determinar onde se encontra a área de livre escolha ou determinação da autoridade administrativa no exercício de suas atividades – se é que subsiste o conceito de mérito administrativo- e quais os limites do controle da atividade administrativa.

A questão se mostra ainda mais complexa, no campo empírico, pois envolve aspectos não só jurídicos como políticos, sociais e econômicos que perpassam, entre outros aspectos, pela relação de equilíbrio entre os poderes de Estado. Constatou-se, ainda, na prática, a utilização da noção de “discricionariiedade” como conceito maleável, que serve tanto para a ampliação do controle da atividade administrativa, como para a negativa do seu exercício.<sup>17</sup>

---

16 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 20 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 907.

17 Esta constatação foi descrita na pesquisa empírica que analisou 23 decisões do Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) acerca do controle jurisdicional da definição do “relevante valor cultural” do bem tombado proferida pela autoridade administrativa. O estudo problematizou em que medida os tribunais estão autorizados a revisar a ação ou a omissão administrativa e a substituí-la por uma decisão própria, visando à proteção do patrimônio cultural. A conclusão obtida, no estudo dos casos, foi que “Tratando-se de atuação positiva do Poder Judiciário para sanar a omissão do Poder Executivo na concretização do tombamento de determinado bem, o Tribunal considera que, por ser discricionário, esse ato não pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Por outro lado, a mesma razão não é usada quando é provocado para decretar a nulidade de tombamento supostamente eivado de vício de legalidade. Nesses casos, o argumento prevalecente é o de que todos os elementos do ato administrativo de tombamento submetem-se ao controle judicial. No estudo, demonstrou-se a incoerência das decisões da Corte mineira quanto ao seu papel no controle dos atos de tombamento, uma vez que ora revelam excesso de invasão no exercício das atividades administrativas discricionárias, ora demonstram omissão no que concerne às diretrizes constitucionais de proteção do patrimônio cultural brasileiro. (Maria Tereza Fonseca DIAS; Luiza Teodoro MENDONÇA, “O controle...”, *cit.* p. 239)

### 3. O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: DA LEGALIDADE À LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE

O controle das ações da administração pública, conforme consignado em trabalho anterior, integra o próprio processo democrático de legitimação e regulação das atividades estatais.<sup>18</sup>

Houve nas últimas décadas importantes transformações sobre a temática do controle da administração pública:

- a. a mudança de um enfoque sobre a análise da legalidade das ações da administração pública para uma abordagem sobre a sua juridicidade<sup>19</sup>;
- b. a observância dos procedimentos e processos administrativos<sup>20</sup>, em vez de o foco do controle ser o ato administrativo;

---

18 Cf. Maria Tereza Fonseca DIAS, *Terceiro setor e Estado*- legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008, 535 p.

19 A passagem de uma visão de legalidade para juridicidade das ações da administração pública é tratada por Paulo Otero, para quem: “A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona [Bonn]” (Paulo OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação jurídica à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15.) Há que se destacar, contudo, que diversamente da posição do autor, normas extrajurídicas compõem a legalidade, nos domínios técnico-científico, moral, ético, deontológico ou lógico, e passam a assumir efeito vinculativo da atuação administrativa. Sobre o tema Cf. Maria Tereza Fonseca DIAS, *Direito Administrativo Pós-moderno*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

20 Quanto à mudança do enfoque do controle da atividade administrativa, é importante destacar que o seu centro de gravidade passou para os procedimentos e processos administrativos, segundo uma perspectiva procedimental do direito e da democracia. (Maria Tereza Fonseca DIAS, *Terceiro setor...*, cit.)



- c. do ponto de vista dos referidos processos, busca-se acen-  
tuar os resultados – denominados comumente controle  
de gestão ou controle de resultados<sup>21</sup> – em detrimento do  
controle de meios; e
- d. no âmbito da dogmática jurídico-constitucional brasilei-  
ra, a alteração promovida no art. 70, da Constituição da  
República, após o advento da Emenda Constitucional n.  
19, de 4 de junho de 1998, a ser discutida adiante por se  
tratar do controle exercido pelo Poder Legislativo com o  
auxílio das Cortes de Contas.

O fato de que a mudança da visão da legalidade<sup>22</sup> para a da juridici-  
dade não alcança, obviamente, apenas o controle dos atos administrati-  
vos pelo Poder Judiciário, mas toda a atividade de controle, seja ela exer-  
cida pelo próprio Poder Executivo (autotutela administrativa), pelo Poder  
Legislativo, com ou sem o auxílio do Tribunal de Contas, pelo Ministério  
Público e até mesmo pela própria sociedade.

Neste contexto, Odete Medauar defende que o controle, quanto a sua  
finalidade, pode ser: de legalidade (legalidade genérica e contábil-finan-  
ceira), de mérito, da “boa administração” (eficiência e gestão) e da ética.<sup>23</sup>

Assim, em que pese a constatação das transformações do conceito  
de discricionariedade discutidas na seção anterior, bem como da per-

---

21 “Os controles de gestão e de eficiência absorvem os de legalidade e o superam”  
(Odete MEDAUAR, *Controle...*, cit., p. 48-49).

22 Cf. sobre o tema: Marcos NOBREGA. “O controle do gasto público pelos tribu-  
nais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica.” *Revista Brasileira de Direito  
Público RBDP*, nº 23, out. / dez. 2008. Disponível em: [http://www.bidforum.com.br/bid/  
PDI0006.aspx?pdiCntd=56093](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56093).

23 Odete MEDAUAR, *Controle...*, cit., p. 46.

cepção do avanço do controle sobre a atividade administrativa discricionária, é fundamental, segundo Marcos Perez: “[...] a busca de novas repostas e a defesa da aplicação de novos métodos de análise da legalidade das decisões administrativas.”<sup>24</sup>

O autor propõe, então, os seguintes testes de legalidade, passando pelos critérios que denomina “mais corriqueiros”, tais como: “(1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto)”, passando por outros que exigem maior dedicação das autoridades administrativas e de seus controladores, cuja aplicação ainda não se dá integralmente ou usualmente, a saber: “(4) instauração efetiva do processo<sup>25</sup>; (5) instrução completa e isenta do processo; (6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder.”<sup>26</sup>

Na mesma linha, Luciano Ferraz destaca que o controle da administração pública deve focar não só a avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas governamentais, órgãos e entidades (sistema denominado auditorias operacionais), mas também detectar os fatores que estão prejudicando o desempenho da administração, com o intuito de formular propostas de aperfeiçoamento.<sup>27</sup>

Diante dessas profundas alterações contextuais, diversas têm sido

---

24 Marcos Augusto PEREZ. *O controle... cit.* p. 321.

25 Quanto a seus resultados, o procedimento administrativo, segundo Vasco Pereira da Silva, “[...] deixa de ser visto em função do acto final, para passar a ser considerado em si mesmo, enquanto manifestação mais genuína e específica da actividade administrativa. SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Lisboa: Almedina, 2003. p.307.

26 Marcos Augusto PEREZ, *O controle... cit.*, p. 325.

27 Esse modelo de auditorias de gestão, segundo o autor, abrangeria diversas modalidades de controle, tanto os internos à administração, quanto o próprio controle externo, exercido pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, alcançando ainda outras espécies de controle. (Luciano FERRAZ. “Modernização da administração pública e auditorias de gestão”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº. 93, p.7-17, jan./jun. 2006.)



as inovações no tema do controle da administração proferidas pelos Tribunais de Contas, entre as quais se destaca a mudança de postura em relação à análise estrita da legalidade das ações da administração pública, buscando-se novas metodologias para aferir os resultados da gestão, como as auditorias de desempenho, auditorias governamentais e implantação da qualidade da gestão interna dos tribunais.

Esta posição é defendida por agentes de controle, tal como ilustra o seguinte posicionamento do Conselheiro Sebastião Helvécio, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em processo referente à concessão para Construção, implantação, gestão, manutenção e operação do serviço público e correspondentes infraestruturas de embarque e desembarque de passageiros de transporte rodoviário no Município de Belo Horizonte. Nas palavras do Conselheiro, “Como se vê, o momento atual da Administração Pública brasileira conclama-nos, desafia-nos, a repensar nossos instrumentos de controle. São muitas as limitações, mas percebo que caminhamos para a efetivação de novas estruturas mais ágeis e eficientes para o controle a cargo dos Tribunais de Contas, voltado não apenas à apreciação da legalidade e à observação de formalidades, mas também e, principalmente, ao alcance da eficiência, eficácia e economicidade na gestão dos recursos públicos.”<sup>28</sup>

Diante da análise das competências constitucionais do TCU, André Rosilho afirma que “O Texto Constitucional, quanto genericamente previu no caput do art. 70 as fiscalizações operacionais e os parâmetros legitimidade e economicidade, o fez para alargar o campo de jurisdição indireta do TCU, ou seja, para ampliar suas possibilidades de controle quando do exercício das competências e atribuições nele inseridas.” Neste contexto

---

28 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo de Acompanhamento nº 851051. Relator Conselheiro Sebastião Helvécio. Tribunal Pleno - Sessão do dia 08/05/13. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 7

conclui que o Tribunal está legitimado, sim, a adentrar em matérias típicas da administração pública, a desenvolver análises de custo/benefício, a aferir a qualidade dos gastos da União, a avaliar a capacidade do Executivo para implemetnar objetivos de políticas públicas, a avaliar a qualidade da regulação editada por entes reguladores etc”. Contudo, ao agir nesse campo as cortes de contas não detêm o poder de constituir ou desconstituir direitos ou deveres a quem quer que seja. Conclui, em síntese, que “A Constituição de 1988 ampliou o escopo de atuação do TCU, mas não o transformou em instância de revisão geral da administração pública”.<sup>29</sup>

Acerca da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da administração pública, o art. 70 da Constituição de 1988 conferiu tais atribuições ao Poder Legislativo<sup>30</sup>, podendo o controle ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, *caput*<sup>31</sup>. Nos incisos deste mesmo artigo foram descritas competências próprias das Cortes de Contas, além de sua atividade auxiliar do parlamento.

No Brasil, a expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, constante do art. 71, da CR/1988, tem gerado certa confusão em relação aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo. Trata-se de instituição estatal independente, desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes, já que, além das funções de órgão auxiliar do Poder Legislativo, a CR/1988 conferiu-lhe atribuições próprias.

---

29 André Janjácomo ROSILHO, *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. São Paulo: 2016, p. 337.

30 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

31 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]



Outro aspecto do controle das cortes de contas diz respeito às finalidades descritas no caput do art. 70 da Constituição de 1988 (legalidade, legitimidade, economicidade). Antônio França da Costa afirma que o controle de legitimidade se situa em campo mais árido que o controle de legalidade, tendo em vista a dificuldade de se determinar objetivamente o que venha a ser ato de gestão ilegítimo.<sup>32</sup> O tema é ainda mais problemático, quando se passa a entender, assim como descreve Medauar, que “[...] a legitimidade, nesta acepção, mantém interface com o mérito, o interesse público, a moralidade administrativa.”<sup>33</sup>

Em estudo de julgados do TCU em matéria de regulação, Schirato sustenta que o controle externo dos Tribunais de Contas (TCs) deveria focar na verificação da legalidade formal, bem como deveria restringir sua análise subsidiária da legalidade material “[...] apenas sobre um controle de razoabilidade, proporcionalidade, alcance da finalidade legalmente prevista e motivação”<sup>34</sup>

Para Antonio Costa, a apreciação da discricionariedade no gasto público pode se dar, com base na Constituição de 1988 e na experiência do Tribunal de Contas da União (TCU), nas seguintes situações: ato antieconômico, verificação do motivo e adequação à finalidade pública, avaliação da razoabilidade das estratégias adotadas, análise da economicidade no con-

---

32 Antônio França da COSTA, *Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil*, São Paulo: Dialética, 2020, p. 14.

33 Odete MEDAUAR, *Controle...*, cit., p. 46.

34 Vitor Rhein SCHIRATO, “A deterioração do sistema regulatório brasileiro”. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, nº 1, jan/mar. 2003, p. 264. Eis o que afirma o autor acerca do controle da discricionariedade no campo regulatório: “O campo de incidência do controle exercido sobre a discricionariedade das autoridades reguladoras deve estender-se apenas sobre um controle de razoabilidade, proporcionalidade, alcance da finalidade legalmente prevista e motivação. Se a escolha adotada for, nessa toada, razoável, proporcional, prestante ao alcance das finalidades legalmente previstas e estiver devidamente motivada, não há espaço para que os órgãos de controle alterem a decisão tomada. Admiti-lo seria, sem dúvidas, uma considerável inversão de papéis.”

trole da discricionariedade técnica<sup>35</sup>, razoabilidade do gasto público, adensamento do princípio da eficiência, tendo em vista a eficiência do gasto e a finalidade pública, bem como a escassez de recursos.<sup>36</sup>

A mudança do controle de legalidade efetuado pelas Cortes de Contas para o de oportunidade e conveniência da atividade administrativa não é unânime na doutrina, pois pode implicar a transferência desta atividade para a instância de controle, alcançando, inclusive, o exercício de competências discricionárias.

As atribuições do Tribunal de Contas da União<sup>37</sup> - que se aplicam também aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios – estão descritas no art. 71, da Constituição da República<sup>38</sup>.

---

35 Para César Pereira, em termos gerais, a discricionariedade técnica consiste na “[...] suposta liberdade da Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei.” (César PEREIRA, “Discricionariedade e apreciações técnicas da administração”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 231, p. 217-267, Jan./Mar. 2003, p. 253.). O texto promove interessante revisão de literatura sobre o tema da discricionariedade administrativa.

36 Vitor Rhein SCHIRATO, “A deterioração...”, *cit.*, p. 265.

37 Odete Medauar assinala três correntes acerca da natureza das funções do Tribunal de Contas, tendo em vista o texto da Constituição da República de 1988: a primeira entende que esse órgão exerce função jurisdicional ou judicante, em virtude da expressão constante do inciso II, do art. 71, da CR/1988 – **julgar as contas**; uma segunda posição afirma que ele exerce funções jurisdicionais e administrativas; a terceira corrente, defendida pela citada autora, entende que se trata de função de natureza tão somente administrativa (Odete MEDAUAR, *Controle...*, *cit.*, p. 154-155).

38 Conforme o art. 71 da CR/88 compete ao Tribunal de Contas da União: a. dar parecer prévio, em 60 dias, sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (art. 71, inciso I, CR/1988); b. julgar/apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (art. 71, inciso II, CR/1988); c. apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (art. 71, inciso III, CR/1988); d. exercer auditoria financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial (art. 71, inciso IV, CR/1988); e. fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais (art. 71, inciso V, CR/1988); f. fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estados, Distrito Federal ou Municípios. (art. 71, inciso VI, CR/1988); g. tomar providências ante a verificação de ilegalidades (art. 71, inciso VIII, CR/1988). h. assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, inciso IX, CR/1988) i. sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; (art. 71, inciso X, CR/1988). j. representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (art. 71, inciso XI, CR/1988)



Além das previsões constitucionais e da legislação infraconstitucional correlata, foi introduzido novo critério para o exercício do controle da administração pública no art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), na redação que lhe conferiu a recente Lei nº 13.655/2018<sup>39</sup>, segundo o qual, “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.<sup>40</sup>

Haja vista o objeto do estudo empírico deste trabalho, importante assinalar as competências constitucionais das Cortes de Contas no âmbito das concessões de serviços públicos. Dada a sua natureza de contrato administrativo<sup>41</sup>, há possibilidade de controle sobre a licitação, que consiste em apontar irregularidades e assinalar prazo para que a autoridade administrativa tome as providências necessárias (art. 71, incisos VIII e IX).

No âmbito dos contratos administrativos, tendo em vista o disposto no art. 71, inciso X, e art. 71, § 1º e 2º, da Constituição de 1988, os tribunais de contas poderão identificar a ilegalidade e provocar o

---

39 Sobre o tema Cf. Maria Coeli Simões PIRES, Eurico BITENCOURT NETO, Dayana Alves GUIMARÃES, *Segurança jurídica e controle da administração: panorama geral e comentários sobre a Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

40 Segundo a análise de Francisco Alves: “O dispositivo introduz uma nova forma de controle dos atos praticados pela administração. Isso porque a atividade administrativa e, por conseguinte, o controle realizado sobre ela têm como balizas uma ordem normativa carregada de conceitos abertos e valores abstratos, como o interesse público.” (Francisco Sérgio Maia ALVES, “O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick.” *Revista de Direito Administrativo*, nº 278, p. 113-144, set./dez. 2019, p. 138.

41 Conforme disposto no art. 175 da Constituição de 1988, art. 2º da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/1995) e art. 2º da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004).

Poder Legislativo para sustá-lo em 90 dias, findo o qual o próprio TC poderá exercer esta competência.<sup>42</sup>

Luciano Ferraz defende que no âmbito das concessões de serviço público, “[...] o foco do controle deve ser a gestão e a juridicidade e não o ato administrativo e a legalidade em sentido estrito”<sup>43</sup> Continua o autor a informar que o objeto da fiscalização por parte dos Tribunais de contas, na execução do serviço recairá, nos órgãos ou entidades competentes para exercer a fiscalização da execução do contrato de concessão. Apoiado em caso concreto do TCU em face do serviço ferroviário, concluiu que a realização de auditoria de gestão, visando enviar recomendações para que o órgão ou entidade providencie a melhoria da prestação do serviço e atinja as metas estabelecidas em contrato, seria estratégia adequada para o acompanhamento os contratos de concessão de serviço público.<sup>44</sup>

Contudo, André Rosilho pondera que quando a Constituição autorizou genericamente ao TCU a realizar fiscalizações operacionais e a utilizar novos parâmetros de controle, tal fato deu ensejo a leituras ampliativas de suas competências e atribuições.

A partir de estudos de casos daquela corte de contas, o autor concluiu que houve três principais eixos desse movimento expansionista do

---

42 Art. 71 [...] § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

43 Luciano FERRAZ. “Tribunal de Contas- Controle de serviço concedido”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 239, p. 439–456, 2005. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43876>, p. 451

44 Luciano FERRAZ. “Tribunal de Contas...”, cit., p. 454.



Tribunal: “1) assumir para si atribuições que não lhe foram claramente conferidas pela legislação (sustar contratos); 2) alargar seu campo de jurisdição direta de modo que nele possa se manifestar sobre matérias não financeiras a partir de parâmetros de legitimidade e economicidade (controle de todos os aspectos das minutas de editais de licitação); e 3) atribuir efeitos jurídicos constitutivos ou desconstitutivos a produtos elaborados no âmbito de sua jurisdição indireta (emissão de recomendações cumulada com a emissão de determinações para a elaboração de planos de ação).”<sup>45</sup>

Conforme dados da Tabela 4, descritos na seção 4 deste trabalho, é bastante comum a expedição de recomendações aos gestores, pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, nas concessões de serviços públicos, o que provoca, igualmente, a discussão do controle da discricionariedade administrativa.<sup>46</sup>

Com relação aos órgãos, como os Tribunais de Contas, que executam funções análogas à jurisdição ou funções de controle, Marcos Perez conclui que “(1) devem se submeter, sem qualquer restrição, ao controle jurisdicional do Poder Judiciário – eles controlam, mas,

---

45 André Janjácómo ROSILHO, *Controle...*, p. 339-340.

46 Ilustra-se esta afirmação com o Caso nº 73 (Quadro 1, Anexo I), referente à Representação n. 1076966, cujo objeto era o Contrato de Concessão de Serviço Público de Transporte Coletivo de Barbacena nº 55/14): Neste julgado foi recomendado ao atual prefeito de Barbacena que “[...] sempre que possível, evite a postergação de reajustes tarifários, uma vez que essa prática pode acarretar a percepção dos usuários de que aumentos indevidos estejam ocorrendo, bem como influenciar diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato;” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1076966. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>. Acórdão Segunda Câmara, 23/7/2020, p. 1)

ao mesmo tempo, são controlados; e, além disso, (2) devem aplicar as mesmas técnicas jurídicas que a própria Administração (na autotutela) e o Judiciário utilizam para o controle da legalidade da atividade administrativa discricionária.”<sup>47</sup>

Por força de mandamento constitucional (art. 5º, LV, CR/1988), atenção especial deve ser dada à garantia do devido processo legal nas atividades de controle exercidas pelas cortes de contas. É, portanto, imperiosa a valorização do processo administrativo e da motivação para justificar o exercício do controle.

Nas palavras de Marcos Perez, é inadmissível que o exercício do controle sobre a Administração simplesmente represente a transferência de um poder arbitrário das mãos do administrador público para as mãos do órgão de controle.<sup>48</sup>

Observa-se, portanto, que há enormes desafios interpretativos da Constituição da República – que até o momento não parecem passíveis de consenso – acerca do âmbito de atuação e finalidade do exercício do controle pelas cortes de contas. O desafio é ainda maior quando se discute se o controle adentra a esfera do mérito do ato administrativo.

A análise deste fenômeno é tarefa de difícil execução e não está isenta de questionamentos, dadas as inúmeras divergências teóricas e empíricas encontradas, conforme será descrito a seguir.

---

47 Marcos Augusto PEREZ, *O controle...*, cit, p. 322.

48 Marcos Augusto PEREZ, *O controle...*, cit, p. 52.



#### **4. O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS (2010 A 2020)**

Entre 2010 a 2020<sup>49</sup> o TCE-MG analisou 80 casos em matéria de concessão de serviços público do Estado de Minas Gerais, de Consórcios Públicos<sup>50</sup> e de Municípios, envolvendo mais de 106 processos considerando incidentes processuais e apensos.

Os dados levantados foram catalogados com base nos seguintes parâmetros, conforme Quadro 1 (Anexo I): número de ordem, processo, natureza, órgão ou entidade fiscalizada, objeto do controle - que corresponde ao objeto das licitações e contratos de concessão de serviços públicos-, análise efetuada pela Corte de Contas – com a enumeração das principais discussões promovidas nos autos - e decisões proferidas como resultado da atividade de controle.

---

49 O recorte temporal foi efetuado para a análise dos casos que foram concluídos e arquivados naquele período e, portanto, que se encontram disponíveis à consulta pública no site do Tribunal ([www.tce-mg.gov.br](http://www.tce-mg.gov.br)). O recorte também procurou segmentar a última década de atuação da corte no controle da delegação de serviços públicos. Na página principal deste site pode ser efetuada a pesquisa pelo número do processo. E na página da pesquisa de jurisprudência (<https://tcjuris.tce-mg.gov.br/>) a pesquisa por palavras-chave, tais como as que foram utilizadas: serviço público, concessão, parcerias público-privadas, excluídos os casos que não tiveram relação com a temática pesquisada.

50 De acordo com o art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.017/2007, consórcio público foi definido como: “[...] pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.” O consórcio público pode realizar a gestão associada de serviços públicos (art. 241 da CR/88) e, neste contexto, é considerado poder concedente e seus atos referentes à licitação e contratos estão sujeitos a controle dos tribunais de contas.

Conforme dados da Tabela 1, os processos foram classificados conforme o registro feito pelo TCE e envolveram denúncias<sup>51</sup>, representações<sup>52</sup>, edital de licitação<sup>53</sup>, recursos<sup>54</sup>, acompanhamento<sup>55</sup>, auditoria<sup>56</sup> e consulta<sup>57</sup>.

---

51 De acordo com o art. 301 do Regimento Interno do TCE-MG: “Art. 301. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à sua fiscalização.”

52 De acordo com o art. 310 do Regimento Interno do TCE-MG: “Art. 310. Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos, comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento, em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

53 De acordo com o art. 262 do Regimento Interno do TCE-MG: “Art. 262. Os instrumentos convocatórios referentes aos procedimentos licitatórios instaurados pelos órgãos ou entidades estaduais e municipais sujeitam-se a exame pelo Tribunal. (Redação dada pelo art. 3º da Resolução nº 20/2013, de 11/12/2013)

54 De acordo com o art. 324 do Regimento Interno do TCE-MG: “Art. 324. Das decisões do Tribunal caberão os seguintes recursos: I- recurso ordinário; II- agravo; III- embargos de declaração; IV- pedido de reexame.”

55 De acordo com o art. 279 do Regimento Interno do TCE-MG: “Art. 279. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar, em um período predeterminado, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência, a legitimidade, a economicidade e a razoabilidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição.”

56 De acordo com o art. 282, inciso I, do Regimento Interno do TCE-MG considera-se auditoria, o procedimento de fiscalização com a finalidade de: a) avaliar a legalidade, legitimidade, economicidade, razoabilidade, eficiência, eficácia e efetividade da gestão de recursos públicos, bem como da execução e resultados alcançados pelas políticas e programas públicos; b) avaliar as operações, atividades, sistemas de gerenciamento e controle interno; c) conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes do Estado e do Município, ou do Ministério Público. Estadual, bem como dos fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais

57 De acordo com o art. 210-A, do Regimento Interno do TCE-MG “Art. 210-A O parecer emitido sobre consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento de tese. (Incluído pelo art. 2º da Resolução nº 05/2014, de 30/04/2014)



Tabela 1 - Espécies de processos de controle de concessões de serviços públicos pelo TCE-MG (2010 – 2020)

| Espécie de processo <sup>1</sup> | N  |
|----------------------------------|----|
| Denúncia                         | 56 |
| Representação                    | 15 |
| Edital de Licitação              | 5  |
| Recurso                          | 1  |
| Acompanhamento                   | 1  |
| Auditoria                        | 1  |
| Consulta                         | 1  |
| Total                            | 80 |

Fonte: Quadro 1 (Anexo I)

Se considerados os quantitativos de denúncia, representação, recurso e consulta, mais de 90% dos casos refere-se a atuação do TCE-MG por meio da provocação de atores externos (cidadão, partido político, associação ou agente público), sendo pouco frequente os casos de auditoria e acompanhamento.

Quanto ao órgão ou entidade fiscalizada, observam-se 6 casos do Governo do Estado de Minas Gerais (1 a 6, Quadro 1), 2 casos envolvendo consórcios públicos (7 e 8, Quadro 1) e 72 de concessão de serviços públicos municipais (9 a 80, Quadro 1). Não é demais lembrar que o Estado de Minas Gerais possui 853 municípios, o que justifica a maior incidência do controle exercido sobre o governo local.

Conforme dados da Tabela 2, os objetos de controle envolvem diversos tipos de concessão de serviços públicos e gestão de infraestrutura que podem ser delegados aos particulares por meio de contrato de concessão, tais como: transporte coletivo intermunicipal, municipal,

transporte de balsas, arena esportiva, estação rodoviária, concessão de rodovias, serviços funerários, saneamento básico etc.

Tabela 2 - Objeto do controle de concessões de serviços públicos  
pelo TCE-MG (2010 – 2020)

| Objeto                                                                                                                    | N  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Transporte coletivo rodoviário municipal de passageiros (urbano e rural)                                                  | 37 |
| Estacionamento rotativo pago.                                                                                             | 10 |
| Serviços funerários e crematório                                                                                          | 7  |
| Resíduos sólidos e aterro sanitário.                                                                                      | 6  |
| Abastecimento de água e de esgotamento sanitário                                                                          | 5  |
| Concessão de terminal rodoviário e infraestrutura de embarque e desembarque de passageiros                                | 3  |
| Transporte coletivo rodoviário intermunicipal                                                                             | 2  |
| Iluminação pública                                                                                                        | 2  |
| Arena esportiva                                                                                                           | 1  |
| Transporte intermunicipal por balsa                                                                                       | 1  |
| Concessão Aeroporto e tráfego aéreo                                                                                       | 1  |
| Rodovia                                                                                                                   | 1  |
| Serviços públicos de administração e exploração do terminal rodoviário municipal e serviços de transporte coletivo urbano | 1  |
| Permissão de serviço de transporte individual de passageiros.                                                             | 1  |
| Concessão Hospital Metropolitano de Belo Horizonte.                                                                       | 1  |
| Transporte aquaviário municipal (travessia).                                                                              | 1  |
| Total                                                                                                                     | 80 |

Fonte: Quadro 1 (Anexo I)



O assunto mais recorrente foi o transporte coletivo rodoviário municipal de passageiros, com quase metade dos casos estudados. Outro tema frequente foi o do estacionamento rotativo pago, que envolve, em diversos casos submetidos ao controle externo, ao objeto do Processo nº 1084367, do Município de Lavras (Caso n. 74, Quadro 1), qual seja: “concessão onerosa para exploração do serviço público de estacionamento rotativo de veículos denominado ‘zona azul’ e implantação e manutenção da sinalização horizontal e vertical nas vias e logradouros públicos.”<sup>58</sup> Os serviços locais funerários e de crematórios, seguidos dos de saneamento básico (resíduos sólidos e aterro sanitário e abastecimento de água e de esgotamento sanitário) também foram objeto de controle pelo TCE, entre 2010 a 2020, ainda que em menor frequência.

As demais informações coletadas e descritas no Quadro 1 (Anexo I)- conteúdo da análise efetuada pela Corte de Contas e decisões proferidas- serão examinadas conjuntamente para averiguar como o controle foi efetuado. Pretende-se aferir se houve controle de legalidade ou de outros aspectos da atividade administrativa que podem sinalizar para o exercício do controle de aspectos discricionários da contratação pública, em quaisquer de suas etapas.

Quanto às decisões proferidas nos casos estudados, os dados foram reunidos na Tabela 3:

---

58 Esta atividade é considerada “serviço público”, tal como mencionado na ementa do Acórdão do Processo nº 1084367, sob a relatoria do Conselheiro Durval Ângelo: “A exploração de estacionamento rotativo em via urbana constitui serviço público, de modo que a municipalidade tem a possibilidade de prestar esse serviço diretamente ou por delegação, sendo, nesse caso, mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da Constituição da República.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia nº 1084367. Relator Conselheiro Durval Ângelo. Disponível em [https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp))

**Tabela 3 – Decisão proferidas em processos de concessões  
de serviços públicos pelo TCE-MG (2010 – 2020)**

| <b>Decisões</b>                                                                                                                                                                                                  | <b>N</b>  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Extinção do processo sem resolução de mérito por perda do objeto.                                                                                                                                                | 35        |
| Extinção do processo com resolução do mérito por ausência irregularidades ou improcedência das alegações da denúncia ou representação.                                                                           | 15        |
| Extinção do processo com resolução do mérito, pelo provimento parcial ou total das alegações da representação ou denúncia ou arquivamento, após o acatamento da decisão do Tribunal, pela autoridade competente. | 18        |
| Extinção do processo com resolução do mérito por prescrição                                                                                                                                                      | 9         |
| Suspensão liminar do certame (Processos não concluídos)                                                                                                                                                          | 2         |
| Inadmissão de consulta                                                                                                                                                                                           | 1         |
| <b>Total</b>                                                                                                                                                                                                     | <b>80</b> |

Fonte: Quadro 1 (Anexo I)

Cerca de 44% das decisões proferidas resultaram na extinção do processo sem resolução de mérito, por perda de objeto. Nesses casos, durante a tramitação das denúncias, representações e outros, a autoridade administrativa competente anula ou revoga a licitação ou contrato administrativo, o que encerra a atividade de controle. Na análise do inteiro teor dos processos, há casos em que isso se dá logo após a autoridade administrativa tomar ciência da atuação do controle externo pelo Tribunal de Contas. Em diversos outros, o mesmo objeto licitado é reiniciado e extinto mais de uma vez, gerando novos processos e análise contínua do controle. Em vários casos, a Corte é provocada, exerce suas atribuições, com a realização de estudos e recomendações aos gestores, sem que o resultado de sua atuação venha a ser efetivamente implantado pela Administração Pública.

Não há que se falar, nessas hipóteses, na ineficácia da atuação do TCE, pois a extinção da concessão do serviço público pode ser a medida



mais adequada quando se está diante de projeto insustentável, mal planejado, que resulte em tarifas dispendiosas aos usuários, corrupção ou favorecimento de terceiros.

Quanto ao controle da atividade discricionária nas situações em que o gestor opta por extinguir a licitação ou o contrato administrativo, é algo que pode ser cogitado, na medida em que esta decisão pode decorrer da percepção do gestor de que está havendo ingerência do controle externo na modelagem de contratação adotada. Porém o exame desta situação demandaria o levantamento de outros dados e informações que não estão contidas nos acórdãos proferidos, vez que estes tão somente noticiam documentalmente a desnecessidade de dar continuidade ao controle externo, devido a perda de seu objeto.

Além dessa hipótese e conforme verifica-se na Tabela 2, a maioria dos casos (cerca de 54%) tem como decisão a extinção do processo com julgamento de mérito<sup>59</sup>, seja pela improcedência dos pedidos contidos nas denúncias ou representações, ausência de irregularidades ou acatamento parcial destes pedidos.

O reconhecimento da prescrição ocorreu em pouco mais de 10% dos casos analisados. A extinção do processo com julgamento de mérito, nesta hipótese, recrudescceu após a declaração de constitucionalidade da legislação estadual e o julgamento do tema da prescritibilidade do dano ao erário nos Tribunais de Contas, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>60</sup>

---

59 Os casos cuja decisão da Corte de Contas foi o “arquivamento com aplicação de multa”, determinação de monitoramento” ou “acatamento parcial ou total das alegações da representação ou denúncia foram incluídos na tipologia “extinção do processo com resolução do mérito.”

60 Sobre o tema Cf. o comentário da jurisprudência do STF e do TCE-MG em: Jarbas SOARES JÚNIOR. “Tema 899 da repercussão geral – RE 636.886-RG/AL: as repercussões nos tribunais de contas do reconhecimento pelo STF da prescritibilidade do ressarcimento ao erário”, *Controle em Foco: Revista do MPC-MG*, nº 5, p. 46-49, jan./jun. 2023.

Com exceção da prescrição, nos demais casos em que houve julgamento de mérito, é seguro afirmar que houve maior eficácia do controle externo e maior probabilidade de controle da atividade administrativa discricionária, notadamente nas hipóteses de reconhecimento de impropriedades em licitações e contratos, expedição de recomendações ou determinação de acompanhamento ou monitoramento pela área técnica.

Conforme dados da Tabela 4, nas decisões proferidas, em 45% dos casos foram também registradas medidas complementares às decisões, sejam antecedentes- como a suspensão liminar prévia do certame – concomitantes ou posteriores, como recomendações, acompanhamento ou monitoramento.

**Tabela 4 – Medidas complementares às decisões proferidas em processos de concessões de serviços públicos pelo TCE-MG (2010 – 2020)**

| <b>Medidas complementares</b>    | <b>N</b> |
|----------------------------------|----------|
| Recomendações                    | 17       |
| Suspensão liminar do certame.    | 15       |
| Acompanhamento ou monitoramento. | 4        |
| Total                            | 36       |

Fonte: Quadro 1 (Anexo I)

O acompanhamento resultante de processo de denúncia ou representação, em alguns casos estudados, torna-se processo administrativo de contas autônomo.

A suspensão do certame, por se tratar de medida decorrente de juízo prévio ao mérito, pode ensejar o controle da discricionariedade administrativa, por não ter havido análise completa das alegações ou sequer ter sido ouvida a autoridade administrativa, nos casos considerados urgen-



tes. Porém, ainda que seja relativamente elevado o número de suspensões liminares de licitações, observa-se também a cautela por parte dos Conselheiros, no deferimento dos pedidos, bem como a apresentação da fundamentação pertinente, diante dos requisitos estabelecidos em lei<sup>61</sup> e no regimento interno da Corte.

A partir dos dados quantitativos e qualitativos coletados, estima-se que cerca de 25% das decisões extintivas, pelo provimento parcial das denúncias ou representações e suspensão do certame proferidas nos casos estudados, possam ter adentrado nas escolhas administrativas. Serão consideradas, em alguma medida, controle de aspectos discricionários do processo de contratação pública. As análises ora efetuadas colocam-se mais no campo das suposições críticas do que propriamente de certeza positiva, vez que não é tarefa simples identificar empiricamente os limites do exercício da discricionariedade, que dirá do seu controle. Além disso, somente o aprofundamento e análise do inteiro teor dos processos traria mais dados e informações pertinentes para a formação definitiva deste juízo. Diante deste contexto e do limite deste estudo serão descritos alguns casos que podem ter ensejado o exercício de controle sobre a atividade administrativa.

---

61 Conforme previsto na Lei Complementar estadual nº 102/2008, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais: “Art. 95 – No início ou no curso de qualquer apuração, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares. § 1º – As medidas cautelares poderão ser adotadas sem prévia manifestação do responsável ou do interessado, quando a efetividade da medida proposta puder ser obstruída pelo conhecimento prévio. [...]” [...] Art. 96 – São medidas cautelares a que se refere o art. 95, além de outras medidas de caráter urgente: [...] III – sustação de ato ou de procedimento, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada.”

a) Concessão para exploração de lote da rodovia MG-424, pela Secretaria de Estado de Infraestrutura (SEINFRA), Estado de Minas Gerais

| Processo                      | Natureza                                    | Órgão ou entidade  | Objeto                                                              | Análise                                                                                                                                                                                                                                                                           | Decisões                                                                                                                         |
|-------------------------------|---------------------------------------------|--------------------|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1041586<br>1041576<br>1095453 | Representações<br>Embargos de<br>declaração | SETOP -<br>SEINFRA | Concessão<br>para<br>exploração<br>de lote da<br>rodovia<br>MG-424. | Definição do<br>critério de<br>Julgamento<br>adotado:<br>pagamento pela<br>outorgada<br>concessão.<br>Ausência de<br>demonstração<br>das despesas<br>operacionais da<br>concessionária<br>(OPEX).<br>Ausência de<br>previsão do<br>compartilhamento<br>de ganhos de<br>eficiência | Extinção do processo<br>com resolução do<br>mérito.<br>Julgamento parcial<br>das alegações da<br>representação.<br>Recomendações |
|                               |                                             |                    |                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Suspensão liminar<br>do certame.<br>Decisão monocrática<br>referendada.                                                          |
|                               |                                             |                    |                                                                     | Obscuridade,<br>omissão e<br>contradição.                                                                                                                                                                                                                                         | Conhecido os<br>embargos e negado<br>providimento.                                                                               |
|                               |                                             |                    |                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                  |

Fonte: Caso n. 6, Quadro 1 (Anexo I)

O caso diz respeito a Representações apresentadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e Prefeitos, que alegaram diversas irregularidades no instrumento convocatório da concessão internacional promovida pelo Estado de Minas Gerais para exploração de lote da rodovia MG-424. Os representantes requereram a suspensão liminar do certame devido à proximidade da data de abertura da licitação e julgamento



das propostas, que foi deferida monocraticamente pelo Conselheiro Relator e posteriormente referendada pelo Tribunal Pleno.

Diante das representações, uma das questões que foi objeto de análise do Tribunal de Contas, refere-se à discussão acerca da escolha do critério de julgamento das propostas adotado pela SEINFRA, qual seja: o pagamento pela outorga da concessão.<sup>62</sup> Conforme se depreende da legislação vigente, trata-se de típico exercício de competência discricionária, em que cabe ao gestor, diante das hipóteses possíveis, selecionar a mais adequada, por razões de oportunidade e conveniência e tendo em vista os estudos técnicos e econômicos empreendidos. A mudança do critério de julgamento da proposta, inclusive, altera integralmente a modelagem e os estudos apresentados, de forma que, tratando-se de concessão, tais estudos precisarão ser integralmente reformulados.

A liminar de suspensão do certame foi deferida, pelo Relator, Conselheiro Wanderley Ávila, sob o seguinte fundamento de que o critério do menor valor da tarifa seria mais condizente com os valores republicanos e os princípios norteadores do serviço público.<sup>63</sup>

---

62 O art. 15 da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões e Permissões de serviços Públicos), estabelece os diversos critérios que a autoridade administrativa pode selecionar para o julgamento das propostas no caso de concessão comum, a saber: “No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I- o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II- a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III- a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV- melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V- melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI- melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII- melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.”

63 É o que consta expressamente da fundamentação da decisão: “[...] a) critério de julgamento definido no edital: ‘Maior Valor de Outorga’ (item 8 do edital), em detrimento da possibilidade, mais condizente com os valores republicanos e os princípios norteadores do serviço público, qual seja, o de ‘Menor Valor da Tarifa’ (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1041586. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>. Acórdão, Tribunal Pleno, p. 5.)

O Conselheiro Licurgo Mourão foi voto vencido no deferimento deste pedido de suspensão da licitação, sob a justificativa de falta de fundamentação, bem como que, nestes tipos e licitação de alto valor, podem ser determinadas correções, sem suspender o processo licitatório.<sup>64</sup>

Após a tramitação do processo, a decisão final, consignada no Acórdão julgado pelo Tribunal Pleno, entendeu que deve prevalecer o princípio da modicidade tarifária.<sup>65</sup>

A questão do exercício da competência discricionária do gestor, contudo, foi objeto de debate entre os conselheiros, quando do julgamento final deste caso pelo Tribunal Pleno. Na ocasião, o Conselheiro Claudio Terrão afirmou que não cabe ao Tribunal determinar qual o critério a ser adotado, mas que diante do caso concreto, pela ausência de motivação

---

64 No voto vencido do Conselheiro Licurgo Mourão ficou consignado que: “[...] essas decisões, tanto do Poder Judiciário quanto de Sua Excelência, com a devida vênia, foram tomadas sem a ouvida do interessado. Ou seja, nós estamos, aqui, suspendendo um processo licitatório milionário, que imagino que, pela sua complexidade, tenha tomado horas e horas e horas de recursos humanos e materiais para que este edital pudesse sair, e, com base simplesmente, no meu entender, de uma ilação, quando se compara à concessão da MG 050 com a da MG 424, haveria em tese um excesso de pessoal.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1041586. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>. Acórdão, 15ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 06/06/2018, p. 6)

65 Conforme a seguinte passagem do julgado: “1. O princípio da modicidade tarifária deve sobrepujar quando da definição do critério de julgamento, devendo o poder concedente juntar aos autos motivação suficiente que demonstre a imprestabilidade do critério do menor valor da tarifa em cada caso concreto, ou os aspectos negativos que anulem suas vantagens, devendo o critério definido atender de forma eficiente a adequação do serviço ao destinatário que deve auferir o benefício da concessão, o usuário.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1041586. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>. Acórdão, Tribunal Pleno, 16/12/2020, p. 50).



e estudos, seria cabível.<sup>66</sup> Os estudos e notas técnicas apresentados, segundo o Conselheiro Gilberto Diniz foram bastante genéricos, não podendo subsidiar o critério de julgamento fixado no edital.<sup>67</sup>

Esta ponderação foi acompanhada pelo Conselheiro Durval Ângelo, que consignou a necessidade de maior discussão e debate do tema dos critérios de julgamento das propostas no TCE juntamente com o Poder Executivo estadual, que estaria em vias de licitar diversos projetos como este.

A questão que se coloca acerca do controle da atividade discricionária, neste caso concreto, é se não caberia à corte de contas tão somente determinar o aprimoramento dos estudos, sem efetivamente definir qual deve ser o critério a ser adotado pela autoridade administrativa.

---

66 “Não nos cabe aqui determinar, penso eu, que seja adotado um ou outro critério de julgamento, conforme a modelagem escolhida. Porquanto não pode o Tribunal de Contas pretender agir em substituição ao gestor em situações como essa.” Ressaltou, contudo, que diante do caso concreto, pela ausência de motivação e estudos que comprovassem ser o critério escolhido o mais apto, “[...] no caso concreto, tenho que a conclusão apresentada pelo relator é a que melhor resolve a questão, motivo pelo qual acompanho o voto condutor, com o acréscimo da fundamentação que apresento, nesta oportunidade, para que não se fixe um critério para a Administração, mas para que a Administração possa, a depender da modelagem, escolher um critério e motivar adequadamente.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1041586... cit., p. 51-52).

67 O Conselheiro Gilberto Diniz, por sua vez, ponderou que, no caso concreto, “[...] os estudos e as notas técnicas apresentados são bastante genéricos, retratando, na realidade, a situação das rodovias em geral. Não verifiquei dados e elementos específicos sobre a Rodovia MG-424 que pudessem justificar a escolha do critério de julgamento fixado no edital sob exame como o mais adequado.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1041586... cit., p. 51-52).

**b) Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Nanuque**

| Processo | Natureza      | Órgão ou entidade    | Objeto                                                                               | Análise                                                                                                                                         | Decisões                                                                                                                                                                                                                      |
|----------|---------------|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1088840  | Representação | Município de Nanuque | Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. | Discussão acerca da adequação do critério técnica e menor valor da tarifa (técnica e preço) definido como critério de julgamento das propostas. | Concessão medida liminar monocrática (08/05/2020), para suspensão da concorrência, confirmada pela Segunda Câmara. (23/07/2020) Julgar, por maioria, im-procedentes os apontamentos constantes na representação. (13/09/2022) |
|          |               |                      |                                                                                      |                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                               |

Fonte: Caso nº 73, Quadro 1 (Anexo I)

Este caso refere-se à representação apresentada pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa), em face do Procedimento Licitatório promovido pelo Município de Nanuque, para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Entre as diversas questões levantadas pela representante neste caso, assim como ocorreu com o anterior, está relacionado com a definição do critério de julgamento das propostas no certame, considerando as seguintes opções: a combinação de técnica e preço (como proposto no edital) ou o menor preço, conforme alegado pela representante.

A Unidade Técnica do TCE, na análise preliminar desta alegação, e para subsidiar o deferimento de medida cautelar de suspensão da licitação, entendeu que “[...] o critério ‘menor valor da tarifa’ é o mais adequado, porquanto privilegia a modicidade tarifária na prestação de um serviço extre-



mamente essencial, sem prejuízo de que a capacidade técnica seja aferida no momento da habilitação”<sup>68</sup> Ou seja, esta análise não só discutiu o suposto problema da falta de fundamentação dos estudos apresentados pela autoridade administrativa para a escolha do critério de julgamento da proposta, como indicou o mais adequado, do ponto de vista técnico.

Acerca desta questão, no voto submetido para apreciação do Tribunal Pleno, o relator do caso, o Conselheiro Gilberto Diniz, afirmou que a eleição do critério de julgamento das propostas consubstancia exercício de competência discricionária da Administração Pública.<sup>69</sup> Afirmou, ainda, que no caso concreto, como o Município de Nanuque tinha sido condenado judicialmente à prestar o serviço deficitário, a escolha do critério técnica e preço mostrou-se justificada.<sup>70</sup> Por esta razão, a decisão do Acórdão considerou “improcedente o apontamento de irregularidade em questão”.

Neste caso, contudo, em que pese o processo licitatório ter sido suspenso por mais de dois anos com base, entre outras, no apontamento da irregularidade do critério de julgamento da licitação, cuja decisão monocrática foi

---

68 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1088840. Conselheiro Relator Gilberto Diniz. Acórdão Segunda Câmara, 23/07/2020, p. 2. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>,

69 *In verbis*: “[...] a eleição do critério de julgamento das propostas, dentre outros aspectos, fica jungida à natureza do interesse a ser satisfeito, o que, em última análise, consubstancia exercício de competência discricionária da Administração Pública, que somente deve ser considerado irregular quando a escolha administrativa extrapola os limites legais, o que não ocorreu no caso em exame [...]” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1088840. Conselheiro Relator Gilberto Diniz. Acórdão Tribunal Pleno, 13/09/2022. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/> p. 18)

70 Nesse sentido, afirmou: “A meu ver, a evidente insuficiência dos serviços de esgotamento sanitário prestados pela Copasa no Município de Nanuque motivou, dentre outros fatores, a escolha do critério de julgamento “melhor técnica combinado com menor valor de tarifa”, na medida em que a Administração Municipal visava corrigir a conturbada experiência anterior que levou, até mesmo, a condenação do Município ao cumprimento de uma série de obrigações no âmbito da ação civil pública mencionada.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1088840. Conselheiro Relator Gilberto Diniz. Acórdão Tribunal Pleno, 13/09/2022. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 19)

validada pela Segunda Câmara, prevaleceu o entendimento de que cabe à Administração a escolha do critério de julgamento das propostas.<sup>71</sup>

### c) Concessão de serviço de transporte coletivo urbano do Município de Caeté

| Processo | Natureza                     | Órgão ou entidade  | Objeto                                       | Análise                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Decisões                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------|------------------------------|--------------------|----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 761690   | Denúncia e Recurso Ordinário | Município de Caeté | Concessão de serviços de transporte coletivo | Inadequação do critério de julgamento adotado para a licitação;<br>Inadequação da utilização da metodologia da planilha GEIPOT para a composição da tarifa;<br>Ilegalidade da cobrança de taxa de outorga;<br>Não apropriação de outras formas de receita como reductor da tarifa;<br>Isenções custeadas pelos demais usuários do sistema;<br>Inconstitucionalidade da cobrança da taxa de gerenciamento;<br>Inadequação da taxa de retorno do empreendimento;<br>Falta de projeto básico para a bilhetagem eletrônica;<br>Delegação do planejamento operacional do Sistema de Transporte Municipal ao concessionário. | Extinto o processo com julgamento de mérito e punição dos agentes políticos a multa e recomendações aos atuais gestores do Município para que iniciem procedimentos destinados à anulação do contrato, bem como para a realização de nova licitação. |
|          |                              |                    |                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                      |

Fonte: Caso nº 13, Quadro 1 (Anexo I)

<sup>71</sup> Conforme consta da ementa do julgado, a saber: “A adoção do critério de julgamento ‘menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica’ impõe à Administração o dever de eleger critérios objetivos para apreciação da técnica das licitantes, de modo a possibilitar o julgamento objetivo das propostas e a seleção daquela mais vantajosa para a consecução do interesse público.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Representação n. 1088840. Conselheiro Relator Gilberto Diniz. Acórdão Tribunal Pleno, 13/09/2022. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 3)



O caso refere-se a denúncia apresentada por cidadã, inicialmente em face do edital de licitação Concorrência Pública n. 001/2008, cujo objeto era a concessão de serviços de transporte coletivo. Esta denúncia referia-se a questões relacionadas ao processo de seleção da concessionária e, no decorrer de sua tramitação, como a licitação havia sido concluída e o contrato em execução, o Ministério Público de Contas aditou o pedido inicial para que o Tribunal determinasse a redução da tarifa decorrente da prestação de serviços. Na visão do órgão ministerial, diante de falhas nos fundamentos técnicos e jurídicos para a fixação da tarifa, remanesceram vícios no contrato que ensejariam sua nulidade, a ser determinada pela Corte de Contas.

Diante da situação do caso concreto, uma das discussões centrais do caso – e que tangencia a questão do controle da discricionariedade – referiu-se à incompetência do Tribunal de Contas do Estado para atuar como órgão regulador da concessão.<sup>72</sup>

O Acórdão prolatado pela Primeira Câmara, contudo, não só aplicou multa aos responsáveis, como expediu diversas recomendações, entre elas a de revisão da tarifa cobrada do usuário. Na ementa da decisão ficou consignado que “[...] é dever constitucional desta Casa verificar as irregularidades da licitação, do contrato e de sua própria

---

72 No voto vista do Conselheiro José Alves Viana ficou consignado que esta competência da Corte, no caso, seria “[...] assinar prazo para que o Poder Público concedente adote as providências necessárias ao cumprimento da lei ou do contrato, podendo tal providência implicar redução tarifária; readequação econômico-financeira do ajuste considerando o serviço efetivamente prestado, dentre outras medidas que visem a observância material do pacto firmado. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 761690. Acórdão – Primeira Câmara, 03/06/2014. Relator Conselheiro Sebastião Helvécio, p. 14)

execução, para determinar sua correção e não ‘apenas’ fiscalizar, como afirmado pela empresa concessionária, sob pena de esvaziamento de suas funções precípua.”<sup>73</sup>

Nas palavras do Conselheiro Relator, Sebastião Helvécio, no Acórdão proferido pela Primeira Câmara do Tribunal, a questão foi esclarecida nos seguintes termos: “[...] não obstante o fato de já se encontrar em vigor o contrato, nada impede que se especiem recomendações e determinações para o jurisdicionado, no intuito de se restaurar o cumprimento da lei quando verificada irregularidade no decorrer da ação fiscalizatória do Tribunal, também nos termos do art. 71, IX, da Constituição.”<sup>74</sup>

O recurso ordinário proposto pelas autoridades municipais interessadas reverteu as decisões do acórdão recorrido, em que foram determinadas a adoção de medidas para a anulação do contrato de concessão de transporte coletivo de Caeté. Houve, porém, determinação de acompanhamento para aferir se os serviços estão sendo prestados de maneira

---

73 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 761690. Acórdão – Primeira Câmara, 03/06/2014. Relator Conselheiro Sebastião Helvécio. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 1. A questão, foi confirmada na análise do recurso ordinário, com a seguinte ressalva: “Embora os Tribunais de Contas não tenham poder para anular ou sustar contratos administrativos, têm competência, conforme o art. 71, IX, da Constituição Federal/88, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 761690. Recurso Ordinário. Acórdão – Tribunal Pleno, 24/10/2018. Relator Conselheiro Mauri Torres. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 29).

74 O Conselheiro Relator afirmou a posição tomada, com base na seguinte argumentação: “Não se trata o caso de atuação originária deste Tribunal como regulador dos serviços de transporte urbano, mas, tão somente, de desempenho de sua função corretiva das irregularidades apuradas ao longo da instrução, inerente ao exercício da função fiscalizadora constitucional deste Tribunal. Não pretende este voto impor um valor para a tarifa de transporte coletivo do Município de Caeté, mas sim fiscalizar seus fundamentos contratuais e eventuais distorções na composição dos preços praticados, apuradas por meio de inspeção in loco por órgão técnico integrante deste Tribunal[...]” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 761690. Acórdão – Primeira Câmara, 03/06/2014. Relator Conselheiro Sebastião Helvécio. <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 11-12)



adequada, nos termos da legislação vigente. Assim, se no primeiro acórdão houve controle da competência discricionária do gestor municipal, a própria corte alterou os rumos desta decisão em sede recursal.

#### **d) Concessão de terminal rodoviário, Município de Muriaé**

| Processo | Natureza | Órgão ou entidade   | Objeto                           | Análise                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Decisões                                                                                                                                             |
|----------|----------|---------------------|----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 812377   | Denúncia | Município de Muriaé | Concessão de terminal rodoviário | 1 - Ausência de justificativa devidamente fundamentada dos índices contábeis;<br>2 - Pontuação determinada para comprovação de contratos de maior duração com o Poder Público e para certificação de qualidade não se mostrou razoável para aferir a proposta técnica das licitantes;<br>3 - Ausência de pareceres ou estudos técnico-científicos que justificassem a exigência de um único atestado como requisito para a habilitação técnica, quanto o quantitativo exigido no edital. | Aplicação de multa aos gestores e recomendações e determinação de acompanhamento da área técnica do Tribunal (04/02/2016). Arquivamento (11/02/2021) |
|          |          |                     |                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                      |

Fonte: Caso nº 15, Quadro 1 (Anexo I)

O caso refere-se a denúncia apresentada por empresa administradora de terminais rodoviários em face da Concorrência Pública n. 002/2009, deflagrada pela Prefeitura Municipal de Muriaé. O objeto da contratação dizia respeito à concessão onerosa, para detalhamento do projeto de adequação e execução de reforma, administração, operação, manutenção e exploração comercial do terminal rodoviário daquele Município. O julgamento da denúncia implicou na aplicação de multa aos gestores, expedição de recomendações e acompanhamento, que perdurou por cerca de cinco anos.

Entre as recomendações expedidas e que desafiam o tema do controle da discricionariedade administrativa encontram-se as determinações para que o gestor regulamente os serviços e elabore termo aditivo ao contrato<sup>75</sup>, segundo o que ficou consignado na discussão do caso anterior.

### e) Reajuste das tarifas de serviço de transporte coletivo urbano do Município de Juiz de Fora

| Processo         | Natureza                                   | Órgão ou entidade                                                  | Objeto                                                                          | Análise                                                                                          | Decisões                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 858974<br>944507 | Representação<br>Embargos de<br>Declaração | Município<br>de Juiz de<br>Fora<br>Município<br>de Juiz de<br>Fora | Reajuste<br>das tarifas<br>de serviço<br>de transpor-<br>te coletivo<br>urbano. | Irregularidades<br>nos parâmetros<br>de reajuste de<br>tarifa de transporte<br>público coletivo. | Determinação de<br>monitoramento com<br>determinações.<br>Arquivamento da<br>Tomada de Contas<br>Especial n. 848536,<br>tendo em vista que<br>seu objeto – política<br>das tarifas do serviço<br>de transporte de Juiz<br>de Fora – foi exausti-<br>vamente tratado nos<br>presentes autos<br><br>Embargos acolhidos.<br>Contradição sanada.<br>Determinação de<br>encaminhamento de<br>relatório. |

Fonte: Caro nº 19, Quadro 1 (Anexo I)

<sup>75</sup> Na decisão proferida pelo voto condutor do Conselheiro Relator, José Alves Viana foi determinado que a autoridade administrativa responsável: “[...] apresente as alterações necessárias no Regimento Interno do Terminal Rodoviário de modo a regulamentar a prestação do serviço e a taxa de utilização de plataforma de terminal, bem como que encaminhe esta Corte de Contas um estudo detalhado do que já foi gasto nas obras de reforma, as receitas e custos até o momento, bem como as projeções de investimentos, manutenção e operação conforme condições do contrato, no prazo de 30 (trinta) dias” Também foi determinado que o gestor elabore, caso ainda não tenha sido feito, “[...] um termo aditivo prevendo cláusula de revisão com as devidas condições para evitar que futuramente as partes se vejam em situação de impasse, devendo tal instrumento ser encaminhado ao este Tribunal no prazo de 15 dias a contar de sua elaboração.” (MINAS GE-RAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 812377. Acórdão – 1ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara-04/02/2016. Relator Conselheiro José Alves Viana. <https://www.tce.mg.gov.br/Processo/>, p. 22.)



O caso refere-se à representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, face ao reajuste das tarifas de serviço de transporte coletivo urbano do Município de Juiz de Fora. Conforme alegado na representação, o órgão técnico da Corte de Contas, em outro processo (Tomada de Contas n. 848536) havia emitido parecer informando que algumas parcelas que compuseram o cálculo tarifário do ano anterior estariam irregulares e que novo reajuste seria concedido.

A questão deste caso que desafia o controle de competência discricionária da administração diz respeito ao conteúdo das determinações proferidas pelo TCE no processo.

O Relator, Conselheiro José Alves Viana, propôs em seu voto que o Município deveria submeter as alterações de tarifa previamente ao Tribunal, sob pena de descumprimento de ordem.<sup>76</sup> Contudo, o Conselheiro Cláudio Terrão propôs na sessão de julgamento do Tribunal Pleno a alteração desta determinação, por entender que não se trata de juízo próprio do TCE, devendo o Município tão somente comunicar a alteração à Corte.<sup>77</sup> A proposta de alteração foi acatada pelos demais conselheiros.

---

76 “Voto, no mérito, pelo arquivamento da presente representação, com as seguintes determinações: [...] 2. Ciência ao Município de Juiz de Fora de que qualquer pretensão no sentido de alterar a tarifa que aqui se autoriza deverá ser previamente submetida à ciência e autorização desta Corte, sob pena de se configurar descumprimento de ordem, sujeito, do mesmo.”

77 O Conselheiro afirmou na sessão do Tribunal Pleno: “Senhora Presidente, eu vou propor uma alteração ao Relator com relação ao item 2, que diz respeito a Ciência ao Município de Juiz de Fora de que qualquer pretensão no sentido de alterar a tarifa.... [...] Eu acho que, neste caso, nós estamos chamando para o Tribunal um juízo que não é próprio do Tribunal. A minha sugestão é de que, havendo alteração da tarifa por parte do Município de Juiz de Fora, isso nos seja comunicado imediatamente, mantida a parte final do dispositivo, sob pena de configurar descumprimento de ordem, etc., etc., etc.”

## 5. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, considerando a doutrina e os casos estudados, apresentam-se as seguintes conclusões.

As divergências doutrinárias acerca do conceito de discricionariedade administrativa dificultam a realização de estudos empíricos sobre o fenômeno, notadamente nas decisões proferidas por órgãos de controle externo da Administração Pública. O maior grau de aproximação dos fatos e casos demandam o aprofundamento do levantamento dos dados, com análise dos efeitos das decisões proferidas na gestão administrativa. Os projetos de concessão de serviços públicos são projetos complexos, dispendiosos e que envolvem o acesso a comodidades materiais pelos usuários. A sua paralisação, abandono ou alteração de projetos e objetivos pode impactar a prestação dos serviços pelos seus titulares.

O processo decisório e as decisões proferidas em sede de controle externo pelos Tribunais de Contas propiciam o controle da atividade discricionária da administração pública, notadamente quanto às recomendações feitas às autoridades administrativas. Ainda que não se possa precisar com exatidão a sua frequência, foi possível verificar que é recorrente.

Em matéria de definição do critério de julgamento das propostas nas licitações de concessões de serviços públicos, o órgão de controle externo detém competência para apontar falhas nos estudos ou ausência de motivação apresentados pela autoridade administrativa tendo em vista o critério selecionado. Por violação da atividade administrativa discricioná-



ria, não lhe cabe, contudo, indicar o “critério ideal”, vez que isso implica na remodelagem integral do projeto concessório.

O exercício do controle externo que exorbita as competências das cortes de contas acerca da execução de contratos de concessão – como a suspensão dos contratos- deve seguir as previsões constitucionais que atribuem esta função ao parlamento, sob pena de ingerência do controle na atividade discricionária.

Não se deve descartar a possibilidade do recrudescimento do controle ter sido exercido em razão da matéria, qual seja: a concessão de serviços públicos aos particulares, por se tratar da transferência da execução de atividades anteriormente desempenhadas diretamente pelo Estado ou sequer realizadas, para o setor privado.

Na leitura dos acórdãos durante o estudo percebeu-se que as divergências apresentadas pelos conselheiros, nas sessões de julgamento, são importantes para o amadurecimento do papel das cortes de contes, inclusive para assinalar os limites de suas atribuições e em que searas podem reformular, transformar e apontar os rumos da gestão administrativa.

Dado o recorte e a delimitação do tema de estudo, o material levantado pode servir para diversas outras abordagens, que se almeja sejam levadas à cabo em futuras pesquisas sobre o tema.

## Anexo I

**Quadro 1 - Decisões do TCE-MG em matéria de concessões de serviços públicos (2010 a 2020)**

| N | Processo | Natureza            | Órgão ou entidade                                            | Objeto                                                                                                                                                                                            | Análise                                                                                                                                                                                                             | Decisões                                                                                                                                   |
|---|----------|---------------------|--------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | 862551   | Edital de licitação | Secretaria Geral da Governadoria do Estado                   | Concessão de uso da Arena Independência                                                                                                                                                           | Irregularidades do certame. A concessionária pleiteou a rescisão amigável antecipada                                                                                                                                | Extinção do processo com resolução do mérito. Prescrição.<br><br>Distribuição de processo de acompanhamento.                               |
| 2 | 977565   | Denúncia            | Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP | Concessão de linhas de transporte público coletivo rodoviário intermunicipal                                                                                                                      | O consórcio vencedor era formado por sociedades empresárias que não preencheriam os requisitos de habilitação. Outros aspectos da habilitação e vícios procedimentais                                               | Extinção do processo com resolução do mérito. Ausência irregularidades.<br><br>Recomendações para acompanhamento do gestor estadual.       |
| 3 | 980451   | Denúncia            | SETOP                                                        | Exploração e administração, sob regime de concessão, mediante cobrança de tarifa dos usuários para travessia do Rio São Francisco por meio de Balsa entre os municípios de Manga e Matias Cardoso | Ausência de previsão no edital acerca da publicação de demonstrações financeiras da concessionária;<br><br>Não previsão de participação de empresa em recuperação judicial com situação tributária e fiscal regular | Extinção do processo com resolução do mérito. Não aplicação de multa. Recomendações para promover essas correções nas próximas licitações. |



|   |                               |                        |               |                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                |
|---|-------------------------------|------------------------|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4 | 1007409                       | Denúncia               | SETOP         | Administração e exploração, sob o regime de concessão, de linha ou grupo de linhas do Sistema de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado de Minas Gerais                              | Irregularidades na execução do contrato decorrente da Concorrência Pública nº 21/2014. Operação da linha em horários além dos que lhe foram concedidos e em horários fracionados. Utilização de veículos com idade superior à máxima permitida pelo edital | Extinção do processo com resolução do mérito. Improcedência do pedido.                                         |
| 5 | 1031528                       | Denúncia               | SETOP         | Prestação de serviços de administração, operação, gerenciamento e manutenção do Aeroporto da USIMINAS (SBIP), conjugada com a operação da estação prestadora de serviços de telecomunicações e de tráfego aéreo EPTA | Restrição à competitividade, ao majorar significativamente o índice de endividamento geral.                                                                                                                                                                | Extinção do processo com resolução de mérito. Improcedência do pedido.                                         |
| 6 | 1041586<br>1041576<br>1095453 | Representações         | SETOP-SEINFRA | Concessão para exploração de lote da rodovia MG-424.                                                                                                                                                                 | Definição do critério de                                                                                                                                                                                                                                   | Extinção do processo com resolução do mérito. Julgamento parcial das alegações da representação. Recomendações |
|   |                               | Embargos de declaração |               |                                                                                                                                                                                                                      | Julgamento adotado: pagamento pela outorga da concessão. Ausência de demonstração das despesas operacionais da concessionária (OPEX). Ausência de previsão do compartilhamento de ganhos de eficiência                                                     | Suspensão liminar do certame. Decisão monocrática referendada.                                                 |
|   |                               |                        |               |                                                                                                                                                                                                                      | Obscuridade, omissão e contradição.                                                                                                                                                                                                                        | Conhecido os embargos e negado provimento.                                                                     |

|   |                                                |                                                |                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                         |
|---|------------------------------------------------|------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| 7 | 1054288<br><br>1054296<br>e<br>1054306         | Edital de Licitação<br><br>Denúncias (apensos) | Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Associação da Microrregião do Circuito das Águas (CIMAG) | Concessão do serviço público de gerenciamento de resíduos sólidos.                                                                                                                                                                   | Identificada a ausência ou inconsistência de: Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, estudo econômico-financeiro, que indique a melhor forma de conceder os serviços públicos, os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, estudos e projetos indispensáveis à formulação das propostas, submissão das minutas do edital e do contrato de concessão à audiência e à consulta públicas, hipóteses de reajuste e de revisão contratual, estabelecendo os procedimentos, critérios e prazos a serem observados pelas partes. | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto. Anulação da licitação |
| 8 | 1092400<br>1092505<br>e<br>1092447<br>(Apenso) | Denúncias                                      | Consórcio Público Para Gestão Integrada de Resíduos Sólidos                                           | Concessão administrativa (parceria público-privada), que incluía todas as atividades direta e indiretamente relacionadas com a iluminação pública, bem como a exploração de seu potencial econômico por meio de receitas acessórias. | Adoção do critério Técnica e Preço para a licitação<br><br>Existência de atestado com especificidade limitadora da ampla competição<br><br>Cumulatividade de garantias<br><br>Limitação da quantidade de empresas consorciadas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto (licitação revogada).  |



|    |         |                     |                             |                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                     |
|----|---------|---------------------|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 9  | 837521  | Recurso ordinário   | Município de Ipatinga       |                                                                                                                     | Irregularidades na elaboração do projeto básico, falta de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e a publicação intempestiva do extrato do contrato.                                | Extinção do processo com resolução do mérito (prescrição). Cancelamento da multa aplicada e arquivamento dos autos. |
| 10 | 696173  | Edital de licitação | Município de João Monlevade | Fornecimento de passes escolares pela mesma empresa concessionária do serviço de transporte coletivo de passageiros | Ausência da justificativa do preço –<br>Aplicação de multa e fixação de prazo para abertura de licitação.                                                                                                        | Extinção do processo com resolução do mérito (prescrição)                                                           |
| 11 | 748940  | Representação       | Município de Juiz de Fora   | Construção e operação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos                                                  | Realização de processos de dispensa com a Construtora Queiroz Galvão S/A (a partir de 2005), além de outras modalidades de licitação, tais como convite, tomada de preços e seus correspondentes termos aditivos | Extinção do processo com resolução do mérito. Prescrição                                                            |
| 12 | 754.066 | Representação       | Município de Montes Claros  | Concessão para a execução dos serviços relativos à Destinação e Tratamento dos Resíduos Sólidos Urbanos             | Irregularidades de natureza formal, além dos procedimentos licitatórios que foram revogados ou anulados.                                                                                                         | Extinção sem resolução de mérito.<br>Perda do interesse processual por anulação superveniente do certame.           |

|    |                               |                              |                     |                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----|-------------------------------|------------------------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 13 | 761690                        | Denúncia e Recurso Ordinário | Município de Caeté  | Concessão de serviços de transporte coletivo                                                                              | <p>Inadequação do critério de julgamento adotado para a licitação;</p> <p>Inadequação da utilização da metodologia da planilha GEIPOT para a composição da tarifa;</p> <p>Ilegalidade da cobrança de taxa de outorga;</p> <p>Não apropriação de outras formas de receita como redutor da tarifa;</p> <p>Isenções custeadas pelos demais usuários do sistema;</p> <p>Inconstitucionalidade da cobrança da taxa de gerenciamento;</p> <p>Inadequação da taxa de retorno do empreendimento;</p> <p>Falta de projeto básico para a bilhetagem eletrônica;</p> <p>Delegação do planejamento operacional do Sistema de Transporte Municipal ao concessionário.</p> | Extinto o processo com julgamento de mérito e punição dos agentes políticos a multa e recomendações aos atuais gestores do Município para que iniciem procedimentos destinados à anulação do contrato, bem como para a realização de nova licitação. |
| 14 | 812035<br>(736928 - e 737432) | Representação                | Município de Passos | Serviços públicos de administração e exploração do terminal rodoviário municipal e serviços de transporte coletivo urbano | <p>Sem informações</p> <p>“A Administração, em seu poder discricionário, pode rever seus atos, de ofício, mediante prerrogativa da autotutela, anulando-os, quando ilegais, ou revogando-os, em juízo de conveniência e oportunidade.”</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Extinção do processo sem julgamento de mérito. Perda de objeto (assunção do serviço de administração do terminal rodoviário pela Administração Pública)                                                                                              |



|    |                             |                           |                            |                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                             |
|----|-----------------------------|---------------------------|----------------------------|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 15 | 812377                      | Denúncia                  | Município de Muriaé        | Concessão terminal rodoviário    | 1- Ausência de justificativa devidamente fundamentada dos índices contábeis;<br>2- Pontuação determinada para comprovação de contratos de maior duração com o Poder Público e para certificação de qualidade não se mostrou razoável para aferir a proposta técnica das licitantes;<br>3- Ausência de pareceres ou estudos técnico-científicos que justificassem a exigência de um único atestado como requisito para a habilitação técnica, quanto o quantitativo exigido no edital. | Aplicação de multa aos gestores e recomendações e determinação de acompanhamento da área técnica do Tribunal (04/02/2016). Arquivamento (11/02/2021)        |
| 16 | 812540<br>(833238 – Apenso) | Representação<br>Denúncia | Município de Itajubá       | Serviços Funerários              | Ausência de exigência de comprovação de inscrição no cadastro de contribuintes (irregularidade formal passível de ser sanada)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Processo extinto com julgamento de mérito, julgando-se improcedentes a representação e a denúncia, com recomendações para aprimoramento de futuros editais. |
| 17 | 836941                      | Denúncia                  | Município de Montes Claros | Serviços Funerários e crematório | Sem informações                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Processo extinto com julgamento de mérito, tendo em vista a anulação da licitação                                                                           |

|    |                  |                                      |                                                                                            |                                                                                                                                                                                            |                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----|------------------|--------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 18 | 851051           | Acompanhamento                       | Município de Belo Horizonte e Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans) | Construção, implantação, gestão, manutenção e operação do serviço público e correspondentes infraestruturas de embarque e desembarque de passageiros de transporte rodoviário no Município | Inconsistências verificadas nos estudos de viabilidade econômico-financeiro, no edital e nos anexos. | Arquivamento, após o acatamento de modificações no processo licitatório, indicados pela área técnica.                                                                                                                                                                                                                                |
| 19 | 858974<br>944507 | Representação Embargos de Declaração | Município de Juiz de Fora<br>Município de Juiz de Fora                                     | Reajuste das tarifas de serviço de transporte coletivo urbano.                                                                                                                             | Irregularidades nos parâmetros de reajuste de tarifa de transporte público coletivo.                 | Determinação de monitoramento com determinações (adoção dos estudos e necessidade de comunicar eventual alteração de tarifa).<br>Arquivamento da Tomada de Contas Especial n. 848536, tendo em vista que seu objeto – política das tarifas do serviço de transporte de Juiz de Fora – foi exaustivamente tratado nos presentes autos |
|    |                  |                                      |                                                                                            |                                                                                                                                                                                            |                                                                                                      | Embargos acolhidos.<br>Contradição sanada.<br>Determinação de encaminhamento de relatório.                                                                                                                                                                                                                                           |
| 20 | 862661           | Denúncia                             | Município de Barbacena                                                                     | Concessão do serviço de transporte coletivo do município.                                                                                                                                  | Irregularidades no edital que poderiam comprometer a competitividade do certame                      | Extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da perda de objeto.                                                                                                                                                                                                                                                           |



|    |                                                                                    |                     |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                        |
|----|------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| 21 | 875396                                                                             | Edital de licitação | Município de Diamantina  | Delegação da prestação dos serviços de transporte coletivo público de passageiros mediante regime de concessão. | Irregularidades apontadas: ausência de audiência pública, em conformidade à disposição do art. 39 c/c art. 23, I, "c", ambos da Lei nº 8.666/93; falhas no Projeto Básico e outras.                                                                                                                    | Extinção com resolução de mérito seguida de arquivamento. Sem irregularidades.         |
| 22 | 876878                                                                             | Denúncia            | Município de Carandaí    | Concessão da exploração e prestação de serviços de transporte coletivo, na modalidade regular.                  | Ilegalidade do Projeto Básico, da tarifa, do regulamento do serviço de Transporte Escolar; frota e proposta Técnica;                                                                                                                                                                                   | Extinção sem julgamento do mérito.<br>Perda objeto.                                    |
| 23 | 880439<br>1007860<br>012046,<br>1015611<br>e<br>1015612<br>1066609<br>e<br>1066644 | Denúncia            | Município de Santa Luzia | Concessão de serviço de transporte coletivo.                                                                    | a) a restrição ao caráter competitivo do certame em razão dos critérios de avaliação e julgamento da proposta técnica; b) os critérios subjetivos e restritivos de pontuação no edital para julgamento das propostas; e c) o direcionamento da licitação, em violação ao princípio da competitividade. | Deferida liminar de suspensão da licitação. (22/8/12) Confirmada pelo Pleno (29/08/12) |
|    |                                                                                    | Emb. de declaração  |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Providos Emb. dec. para sanar omissão. Manutenção da multa. (30/05/2017)               |
|    |                                                                                    | Recursos ordinários |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Acolhimento da preliminar de ilegitimidade no recurso n. 1015612.                      |
|    |                                                                                    | Emb. de declaração  |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Provimento parcial aos recursos n. 1012046 e n. 1015611 para reduzir a multa.          |
|    |                                                                                    |                     |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Declarada a nulidade dos atos praticados na denúncia n. 880.439 (10/07/2019).          |
|    |                                                                                    |                     |                          |                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. (27/1/2021)<br>Recomendações.      |

|    |        |          |                         |                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                       |
|----|--------|----------|-------------------------|----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 24 | 880561 | Denúncia | Município de Esmeraldas | Concessão de serviços de transporte coletivo regular de passageiros. | Divergência entre o valor numérico (28.962) e o valor por extenso (trinta e quatro mil novecentos e quatro) do número de passageiros mensal econômico referente ao lote 01, entre outras irregularidades.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Extinção do processo com resolução de mérito. Prescrição da pretensão punitiva.<br><br>Recomendações. |
| 25 | 884749 | Denúncia | Município de Betim      | Prestação de serviços funerários.                                    | ausência de justificativa para o número de concessões que serão admitidas no edital;<br><br>restrição à livre concorrência pelos critérios de proposta técnica adotados para os serviços de tanatopraxia;<br><br>insuficiência de elementos necessários à formulação de propostas;<br><br>ausência de justificativa para os preços estabelecidos no edital;<br><br>ausência de justificativa técnica para o valor de outorga;<br><br>inadequação dos critérios de julgamento da proposta econômica;<br><br>afronta ao artigo 21, §4º, da Lei Federal 8666/93. | Suspensão liminar do certame.<br><br>Extinto o processo sem resolução de mérito. Perda do objeto.     |



|    |        |               |                         |                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                         |
|----|--------|---------------|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| 26 | 885923 | Denúncia      | Município de Cataguases | Concessão do serviço de transporte coletivo de passageiros.                | Não foi apresentada pela Administração a fundamentação para adoção dos critérios de julgamento das propostas, vez que não se apresentam os cálculos pelos quais são definidos valores de tarifa e outorga. Ausência de embasamento técnico para a fixação de elementos essenciais à concessão.                                                                                | Suspensão liminar do certame.                                                           |
|    |        |               |                         |                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Extinção sem resolução de mérito. Perda do objeto.<br><br>Recomendações.                |
| 27 | 886046 | Representação | Município de Carandaí   | Execução do serviço público de transporte coletivo regular de passageiros. | A exigência de apresentação de título de propriedade da garagem em nome da licitante afronta o § 6º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93;<br><br>Pontuação da experiência da empresa em relação ao tempo de serviço regular de passageiros, há critério de valoração quanto à experiência no transporte rodoviário e no de fretamento, que não são objeto da presente concorrência, | Suspensão liminar do certame.                                                           |
|    |        |               |                         |                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Cancelamento da concorrência.<br><br>Extinção sem resolução de mérito. Perda do objeto. |

|    |        |          |                                       |                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                 |
|----|--------|----------|---------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 28 | 886178 | Denúncia | Município de Conceição do Mato Dentro | Concessão do serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros | a) falta de ato de justificação da concessão, em afronta ao art. 5º da Lei 8.987/1995; b) falta de lei autorizativa ou disciplinadora da concessão: violação a dispositivos da CF/1988, da Lei nº 9.074/1995, da Lei Orgânica do Município e da Constituição Mineira; c) ausência do projeto básico e da política tarifária a ser adotada; d) ausência de justificação prévia dos índices econômicos exigidos no edital; e) Inexistência de planilha que defina a tarifa de equilíbrio; f) disposição editalícia restritiva ao direito de recorrer; g) exigência de capital social igual ou superior a R\$1.000.000,00; e h) exigência cumulativa de capital social/patrimônio líquido, índices econômicos e da garantia. | Suspensão liminar do certame.<br><br>Edital revogado.<br><br>Extinção sem resolução do mérito. Perda de objeto. |
|----|--------|----------|---------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



|    |        |               |                             |                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                             |
|----|--------|---------------|-----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 29 | 898619 | Representação | Município de Belo Horizonte | Delegação da construção, implantação, gestão, manutenção e operação do serviço público e correspondentes infraestruturas de embarque e desembarque de passageiros de transporte rodoviário no Município. | <p>Ausência de realização de procedimento licitatório para a participação de particulares na estruturação de projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas.</p> <p>(1) ausência de tratamento isonômico na fixação do prazo para apresentação dos estudos, investigações e levantamentos relacionados ao projeto de construção e operacionalização no terminal rodoviário belo-horizontino; (2) ausência de detalhamento quanto aos custos previstos para elaboração do estudo pertinente à construção do terminal, acesso viário, e cada empreendimento associado.</p> | Extinção com resolução do mérito. Prescrição intercorrente. |
|----|--------|---------------|-----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|

|    |        |          |                        |                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                          |
|----|--------|----------|------------------------|--------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| 30 | 911757 | Denúncia | Município de Barbacena | Concessão para exploração e prestação do serviço de transporte coletivo. | <p>1) impossibilidade de licitação imediata para a concessão do serviço de transporte coletivo de Barbacena, uma vez que o contrato de algumas concessionárias, a exemplo da denunciante, ainda estaria em vigor;</p> <p>2) ausência de subdivisão do objeto licitado em mais de um lote, o que iria conferir à empresa a ser contratada exclusividade na prestação de serviços de transporte coletivo municipal;</p> <p>3) exigência de patrimônio líquido mínimo em patamar abusivo;</p> <p>4) ilegalidade do critério de julgamento adotado, a saber: "combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica";</p> <p>5) pontuação técnica indevida da experiência no transporte de pessoas com mobilidade reduzida.</p> | Extinção do processo com julgamento de mérito, improcedência da denúncia. Recomendações. |
|----|--------|----------|------------------------|--------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|



|    |                                   |                                          |                              |                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                        |
|----|-----------------------------------|------------------------------------------|------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 31 | 924134                            | Denúncia                                 | Município de Belo Horizonte  | Criação, confecção, instalação e manutenção de abrigos em ponto de parada de ônibus, com a possibilidade de exploração publicitária, bem como a criação, confecção, instalação e manutenção de marcos de ponto sem exploração publicitária.                | Irregularidades no termo de referência.                                                                                                                             | Extinção sem resolução do mérito.<br><br>Perda do objeto.                                                                              |
| 32 | 932504<br>932828                  | Representação<br>Agravado                | Município de Pará de Minas   | Exploração de serviços públicos de fornecimento de água e coleta de esgoto.                                                                                                                                                                                | Exigência de tributo sem lei que o imponha, nos termos do art. 150, inciso I, da CRFB/88.<br><br>Irregularidade da cobrança do custo da regulação/fiscalização.     | Extinção com resolução de mérito, pela improcedência da representação. Determinação.                                                   |
|    |                                   |                                          |                              |                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                     | Negado provimento ao agravado.                                                                                                         |
| 33 | 924012<br>1031745<br>e<br>1031756 | Representação<br><br>Recursos ordinários | Município de Coronel Pacheco | Concessão dos serviços de transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos domiciliares urbanos e compactáveis domiciliares (exceto podas, terras, entulhos e outros semelhantes), comerciais e industriais com características domiciliares. | Irregularidades no projeto básico de licitação cuja descrição do objeto é genérica<br><br>e não apresenta os elementos necessários para a formulação das propostas. | Extinção com resolução de mérito, contrato julgado irregular e dano ao erário consubstanciado.<br><br>Provimento parcial dos recursos. |

|    |        |          |                        |                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                             |
|----|--------|----------|------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 34 | 944815 | Denúncia | Município de Mariana   | Serviços públicos de transporte coletivo municipal.                                                     | <p>Falhas que restringem a competitividade, favorecendo a atual concessionária do serviço;</p> <p>O edital apresenta aspectos restritivos e não objetivos no julgamento das propostas, os quais ferem os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.</p>                   | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                                                           |
| 35 | 951318 | Denúncia | Município de Itabirito | Implantação, administração, manutenção e operação das áreas destinadas ao estacionamento rotativo pago. | <p>Exigência irregular de atestados de capacidade técnica.</p> <p>O edital não contemplava adequadamente o nível de prestação de serviço necessário.</p>                                                                                                                                                            | Extinção com resolução de mérito, pela improcedência da denúncia, vez que o Município promoveu as correções apontadas pela Unidade Técnica. |
| 36 | 951348 | Denúncia | Município de Betim     | Concessão de serviços funerários.                                                                       | <p>Inadequação da metodologia de julgamento;</p> <p>Ausência de estudos e levantamentos necessários para justificar a viabilidade do certame.</p> <p>Exigência de fornecimento, pela empresa concessionária, de lençóis aos falecidos, desacompanhada de informações sobre a estimativa de óbitos no Município.</p> | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                                                           |



|    |        |          |                         |                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                           |
|----|--------|----------|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 37 | 951349 | Denúncia | Município de Araguari   | Implantação, operação, manutenção e do gerenciamento do serviço de estacionamento público rotativo. | Restrição da forma de apresentação de impugnação. impedimento à participação de empresa que não possua objetivo social compatível com o da licitação. Inexistência de justificativas para a vedação de participação de empresas em consórcio. Exigência de comprovação de ME ou EPP mediante certidão simplificada da junta. Exigência de índices contábeis restritivos. exigência de qualificação técnica restritiva. | Extinção do processo com julgamento de mérito pela procedência parcial da denúncia.                                                       |
| 38 | 952013 | Denúncia | Município de Campo Belo | Serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros.                                       | Violação da isonomia entre os licitantes, da vantajosidade para a Administração e prejuízo ao meio ambiente.                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Extinção do processo sem resolução de mérito. Perda do objeto                                                                             |
| 39 | 965718 | Denúncia | Município de Matozinhos | Concessão de serviço de transporte público coletivo de passageiros por ônibus.                      | A exigência, no edital de licitação, de capacitação técnico-profissional com restrição da competitividade do certame e oneração indevida do contrato.                                                                                                                                                                                                                                                                  | Revoga a suspensão + determina providências.<br><br>Extinção com resolução de mérito por terem sido cumpridas as orientações do Tribunal. |

|    |        |                    |                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                         |
|----|--------|--------------------|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| 40 | 969362 | Repre-<br>sentação | Município<br>de Montes<br>Claros | Exploração dos<br>serviços públicos de<br>captação, adução,<br>tratamento e forne-<br>cimento de água, a<br>reservação e distri-<br>buição até as ligações<br>prediais e seus res-<br>pectivos instrumentos<br>de medição e, ainda, a<br>coleta e afastamento<br>de esgoto e/ou a<br>coleta, afastamento,<br>tratamento e dispo-<br>sição final do esgota-<br>mento sanitário | <p>Incongruências entre<br/>o Plano Municipal de<br/>Saneamento Básico e o</p> <p>Edital em razão da<br/>superestimação dos<br/>investimentos;</p> <p>Restrição à com-<br/>petitividade, face à<br/>exigência de volume</p> <p>inadequado de<br/>investimentos;</p> <p>Desconsideração, no<br/>edital, dos investi-<br/>mentos e obras em<br/>andamento;</p> <p>Divergências de<br/>valores e percentuais<br/>a serem considera-<br/>dos no PMSB e no<br/>edital;</p> <p>Ausência de previ-<br/>são de compra de<br/>água bruta para o<br/>abastecimento da<br/>população;</p> <p>Condições restritivas<br/>para habilitação, em<br/>desconformidade<br/>com</p> <p>a jurisprudência do<br/>TCU e TCEMG;</p> | Extinto sem resolução<br>de mérito. Perda do<br>objeto. |
|----|--------|--------------------|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|



|    |        |          |                             |                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                       |
|----|--------|----------|-----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 41 | 969541 | Denúncia | Município de Divinópolis    | Implantação, operação, manutenção e gerenciamento do serviço de estacionamento público rotativo. | <p>exigências de qualificação técnica sem amparo legal;</p> <p>- vedação à participação de empresas em consórcio;</p> <p>- proibição de entrega de documentos por via postal;</p> <p>- ausência de justificativa circunstanciada para adoção dos índices contábeis;</p> <p>- exigência de regularidade com o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA; e</p> <p>- prazo de vigência contratual com previsão de prorrogação compulsória.</p> | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                     |
| 42 | 977664 | Denúncia | Município de Patos de Minas | Concessão para prestação de serviço de transporte rodoviário rural de passageiros.               | <p>- incompatibilidade das cláusulas editalícias com o Termo de Referência;</p> <p>- inabilitação de licitante;</p> <p>- ausência de seccionamento das linhas.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Extinção do processo com julgamento de mérito pela improcedência parcial da denúncia. |

|    |                       |                        |                   |                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                             |
|----|-----------------------|------------------------|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 43 | 980376<br><br>1066640 | Denúncia               | BHTRANS           | Delegação onerosa de 300 (trezentas) permissões para operação de 4 (quatro) Redes de Serviço (RS) do Serviço Público de Transporte Coletivo Suplementar de Passageiros do Município de Belo Horizonte. | A BHTRANS vem convocando os adjudicatários a realizarem as escolhas de linha de ônibus antes da apresentação dos veículos constantes da proposta, em ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Além dos 300 (trezentos) adjudicatários, foram convocados 69 (sessenta e nove) pessoas beneficiárias da Lei Municipal nº 11.046/2017 | Suspensão liminar da concorrência.                                                                          |
|    |                       | Agravo                 |                   |                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Revogada a suspensão da concorrência.                                                                       |
|    |                       |                        |                   |                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Processo não concluído (vista). Proposta de voto: Extinção do processo com resolução de mérito (prescrição) |
| 44 | 1015441<br><br>980578 | Embargos de declaração | Município de Ibiá | Concessão da prestação do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros.                                                                                                                | <p>1. Falta de ato de justificação da concessão;</p> <p>2. Falta do projeto básico – indefinição da demanda e outros elementos que comprometem a descrição clara do objeto da concorrência;</p> <p>3. Inexistência de planilha que defina a tarifa de equilíbrio.</p>                                                                                    | Negado provimento ao recurso.                                                                               |
|    |                       | Denúncia               |                   |                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Extinção sem resolução de mérito. Perda de Objeto                                                           |



|    |        |          |                                 |                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                          |
|----|--------|----------|---------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 45 | 986506 | Denúncia | Município de Barbacena          | Registro de preços para execução dos serviços contínuos de operação e controle de vagas do Estacionamento Rotativo. | Ilegalidade na utilização do sistema de registro de preços; exigência de qualificação técnica excessiva; vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, sem a devida motivação no instrumento convocatório, restringe a competição.                                | Extinção do processo com julgamento de mérito Procedência parcial e multa aos gestores.                  |
| 46 | 986625 | Denúncia | Município de Monte Sião         | Concessão de serviços funerários.                                                                                   | Obra de reforma; levantamento dos sepultamentos ocorridos no Município, para fins de cálculo das receitas estimadas e do valor contratual; Uniformização da nomenclatura adotada no edital, adequar limite do prazo máximo permitido a Lei Municipal 2.107/2014 entre outras. | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                        |
| 47 | 986719 | Denúncia | Município de Ribeirão das Neves | Serviços de transporte coletivo regular de passageiros.                                                             | 1- Inclusão dos itens férias, feriados e auxílio enfermidade nos encargos sociais da planilha tarifária;<br>2- Exigência de garantia no Município;<br>3. Pontuação técnica por tempo de experiência<br>4. Ausência de publicidade                                             | Extinto sem resolução de mérito. Procedência parcial da denúncia + recomendações. Sem aplicação de multa |

|    |                  |                      |                                                      |                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                       |
|----|------------------|----------------------|------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 48 | 986720           | Denúncia             | Município de Caratinga<br><br>Município de Caratinga | Concessão da operação, com exclusividade, de todo o Sistema de Transporte Coletivo Urbano. | <p>1. Necessidade de aquisição de programa específico para elaboração de metodologia de execução do objeto licitado;</p> <p>2. Ausência de informação referente às matrizes Origem-Destino referentes aos picos de horário da manhã, almoço e tarde;</p> <p>3. Divergência de dados das matrizes 24:00 horas disponibilizadas no edital da licitação;</p> <p>4. Descumprimento de prazo para publicação do edital de licitação;</p> <p>5. Ausência de disponibilização do edital da licitação na rede mundial de computadores</p> | Suspensão do certame.                                                                                                                                                 |
|    |                  |                      |                                                      |                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Parcial procedência.</p> <p>Determinação para anulação da concorrência em razão das irregularidades. Licitação anulada pelo gestor e arquivamento do processo.</p> |
| 49 | 986781<br>987383 | Denúncia<br>Agravado | Município de Mariana                                 | Concessão dos serviços públicos de transporte coletivo regular municipal.                  | Inadequação da fórmula da tarifa média. Exigência indevida de metodologia de execução. Habilitação de licitante sem cumprimento do Edital. Inclusão indevida de investimento não orçado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Extinção do processo com resolução de mérito. recomendações.                                                                                                          |
|    |                  |                      |                                                      |                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Procedência parcial.</p> <p>Agravado provido.</p> <p>Concorrência liminarmente suspensa.</p>                                                                       |
| 50 | 987360           | Denúncia             | Município de Ouro Preto                              | Concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros.                        | Sem informações                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Extinto sem resolução de mérito.</p> <p>Perda do objeto.</p>                                                                                                       |
| 51 | 997554           | Denúncia             | Município de Minas Novas                             | Concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiro.                         | Sem informações                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Extinto sem resolução de mérito.</p> <p>Perda do objeto.</p>                                                                                                       |



|    |         |          |                             |                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                      |
|----|---------|----------|-----------------------------|--------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| 52 | 997726  | Denúncia | Município de Itabira        | Concessão onerosa de serviços de gestão de estacionamento rotativo pago. | a) aglutinação de objetos distintos em único procedimento; b) inexistência de previsão legal que autorizasse a exigência de registro junto ao INPI; c) vedação à participação de empresas em recuperação judicial na licitação.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.    |
| 53 | 1007533 | Denúncia | Município de Antônio Carlos | Operação dos serviços de transporte coletivo do Município.               | a) ausência de lei autorizativa; b) imprecisão e nulidade do projeto básico; c) ofensa ao princípio da publicidade; d) subjetividade no critério de julgamento; e) inexistência de planilha com a definição da tarifa de equilíbrio; f) justificativa equivocada da concessão; g) necessidade de justificativa prévia dos índices econômicos estipulados no edital; h) irregularidade relativa ao prazo de vigência do contrato; i) inclusão de requisitos estranhos à legislação de regência, sobretudo a obrigatoriedade de visita técnica; j) ausência de atendimento de conteúdo mínimo exigido pelas Leis nºs 8.666, de 1993, e 8.987, de 1995; e k) impropriedades na minuta do contrato. | Extinto sem resolução de mérito.<br>Perda do objeto. |

|    |         |          |                           |                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                    |
|----|---------|----------|---------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| 54 | 1007636 | Denúncia | Município de Lagoa Santa  | Implantação, operação e manutenção do aterro para recebimento e disposição final de resíduos de construção civil. | Ausência de menção à legislação aplicável. Ausência de licenciamento para o objeto licitado e ou condicionantes do licenciamento; ausência de projeto básico. Ilegalidade da obrigatoriedade da visita técnica. Irregularidade de menção a pregão. Impedimento para as empresas participarem sob a forma de consórcio. Ausência de audiências e consultas públicas; O edital não previu plano de negócios. | Extinto sem resolução de mérito.<br><br>Perda do objeto.           |
| 55 | 1007782 | Denúncia | Município de Itajubá      | Implantação, exploração e administração de estacionamento rotativo.                                               | Sem informações                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Extinto sem resolução de mérito.<br><br>Perda do objeto.           |
| 56 | 1040641 | Denúncia | Município de Nova Serrana | Permissão de serviço de transporte individual de passageiros.                                                     | a) falta de transparência do valor da tarifa do serviço a ser explorado;<br><br>b) inexistência de critérios de reajuste e revisão das tarifas;<br><br>c) falta de estudos para definição do valor de outorga (preço da permissão), em prejuízo aos princípios da economicidade e da vantajosidade da contratação previstos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993.                                               | Extinção do processo com resolução de mérito. Procedência parcial. |



|    |                    |                      |                                  |                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                           |
|----|--------------------|----------------------|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| 57 | 1040728            | Denúncia             | Município de Pouso Alegre        | Concessão destinada à prestação de serviço público de transporte coletivo.                                                                | Falhas na descrição do objeto licitado e da não disponibilização de informações necessárias à caracterização do serviço, nos seguintes aspectos: a) inconsistências na planilha que comprova o equilíbrio do sistema proposto no início da operação e na implantação do sistema integrado e das novas tecnologias, e na fixação da tarifa rural; e b) falta de informações para elaboração da proposta e para análise do impacto do subsídio destinado a pessoas com deficiência e necessidades especiais no valor da tarifa. | Extinção do processo com resolução de mérito. Parcial procedência e recomendações.        |
| 58 | 1041535<br>1054043 | Denúncia<br>Agravado | Município de Contagem            | Concessão administrativa para a modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública | a) utilização indevida do Sistema de Registro de Preços;<br>b) projeto básico incompleto e ausência de orçamento detalhado com composição dos custos unitários.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Suspensão liminar do certame.                                                             |
|    |                    |                      |                                  |                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Negado provimento ao recurso.                                                             |
|    |                    |                      |                                  |                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Extinção do processo com resolução de mérito. Procedência do pedido e aplicação de multa. |
| 59 | 1041579            | Denúncia             | Transcon e Município de Contagem | Serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus.                                                                         | Irregularidades indicadas pelos denunciantes que poderiam comprometer a legalidade, o caráter competitivo da licitação e a modicidade da tarifa,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Extinto sem resolução de mérito.<br>Perda do objeto.                                      |

|    |         |           |                             |                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                       |
|----|---------|-----------|-----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 60 | 1047823 | Denúncia  | Município de Patrocínio     | Prestação de serviços de implantação, operação, gestão, controle e manutenção de sistema eletrônico informatizado e automatizado para controle e aferição do uso remunerado de vagas de estacionamento rotativo. | Vícios na elaboração do projeto de concessão e de deficiências na publicidade do certame                                                                                                      | Improcedência do pedido com recomendações.                                                                                                            |
| 61 | 1048024 | Auditoria | Município de Belo Horizonte | Concessão Administrativa para realização de serviços e obras de engenharia e serviços de apoio ao funcionamento do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte.                                                     | Impactos gerados em decorrência de atrasos e descumprimento de contratos firmados para execução da Fase I.<br><br>ilícitos administrativos ocorridos no período de 29/04/2010 a 19/08/2016    | Extinção do processo com julgamento de mérito. Prescrição.                                                                                            |
| 62 | 1053878 | Denúncia  | Município de Formiga        | Serviço de transporte coletivo urbano.                                                                                                                                                                           | Critério de pontuação técnica com restrição à ampla concorrência                                                                                                                              | Extinção do processo com resolução de mérito, com o consequente arquivamento dos autos, em razão da adequada retificação do instrumento convocatório. |
| 63 | 1058506 | Denúncia  | Município de Mariana        | Implantação e gestão de sistema de estacionamento rotativo.                                                                                                                                                      | Alegada irregularidade da modalidade pregão.<br><br>O certame versa sobre prestação de um serviço comum legalmente regido pela Lei 8.666/93 não se tratando de concessão de serviço público”. | Extinto sem resolução de mérito.<br><br>Perda do objeto.                                                                                              |
| 64 | 1058544 | Denúncia  | Município de Ibiá           | Concessão da prestação do serviço público de transporte coletivo urbano.                                                                                                                                         | Irregularidade referente à equação econômico-financeira da concessão,                                                                                                                         | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                                                                     |



|    |         |               |                                      |                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                      |
|----|---------|---------------|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 65 | 1058749 | Representação | Município de Santo Antônio do Amparo | Serviços públicos municipais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.                                                                          | a) ausência de justificativa para restrição à participação de consórcios de empresas;<br>b) exigência habilitatória simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia contratual;<br>c) impossibilidade de apresentação de certidões tributárias positivas com efeitos de negativas, com fundamento no arts. 3º, 29 e 31, § 2º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 206 do Código Tributário Nacional; | Extinção do processo com resolução de mérito, procedência parcial e recomendações.                                                                                   |
| 66 | 1058816 | Denúncia      | Município de Ouro Preto              | Serviços públicos de captação, adução, fornecimento e distribuição de água, bem como saneamento básico.                                                    | A exigência de taxa de outorga deve estar condicionada à existência de prova efetiva de que o valor oriundo de sua cobrança será revertido em incremento do próprio sistema.                                                                                                                                                                                                                        | Suspensão liminar do certame.<br>Procedência parcial da denúncia. Arquivamento do processo.                                                                          |
| 67 | 1058853 | Denúncia      | Município de Montes Claros           | Concessão de serviço de transporte público urbano.                                                                                                         | Provável inexistência de modelo de concessão, pois a oferta se deu em valor bem inferior ao utilizado no estudo de viabilidade.                                                                                                                                                                                                                                                                     | Improcedência. Recomendações. (monitoramento renovação da frota e plano de investimento na infraestrutura de transporte com os recursos oriundos da outorga onerosa) |
| 68 | 1066555 | Representação | Município de São Francisco           | Exploração e administração do serviço público para a travessia fluvial do Rio São Francisco e de uso de bens móveis de propriedade da PM de São Francisco. | a) falta de identificação das fontes de receitas acessórias;<br>b) indefinições e inconsistências concernentes aos dados da demanda e da estrutura tarifária;<br>c) fixação de critério de julgamento, que não favorecia a modicidade das tarifas;<br>e d) divergência em relação ao edital e à minuta do contrato a respeito da metodologia adotada para o reajuste da tarifa.                     | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                                                                                    |

|    |                               |                                               |                            |                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                       |
|----|-------------------------------|-----------------------------------------------|----------------------------|------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| 69 | 1066600<br>1066802            | Edital de licitação                           | Município de Contagem      | Concessão dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros. | As irregularidades constantes no Processo nº 1041579 foram sanadas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Improcedência da denúncia.                                            |
| 70 | 1066848<br>1077154<br>1092263 | Denúncia<br>Agravos<br>Embargos de declaração | Município de Pará de Minas | Operação do serviço de transporte coletivo de passageiros.             | <p>Irregularidades apontadas no Plano de Execução dos serviços, notadamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- atribuição do município de Pará de Minas de disponibilizar o plano de execução</li> <li>- impertinência da elaboração do plano de execução com a atividade de transporte coletivo urbano de passageiros</li> <li>- possibilidade de existência de variações na análise do plano de execução</li> <li>- possível vantagem da concessionária atual dos serviços de transporte coletivo urbano do município de Pará de Minas na elaboração de seu plano de execução vis-à-vis demais interessadas em participar do certame licitatório</li> <li>- impossibilidade de exigência do plano de execução</li> </ul> | Suspensão liminar do certame.                                         |
|    |                               |                                               |                            |                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Recurso provido para revogar a suspensão da concorrência.             |
|    |                               |                                               |                            |                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p>Negado provimento aos embargos.</p> <p>Processo não concluído.</p> |



|    |         |          |                          |                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                   |
|----|---------|----------|--------------------------|------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|
| 71 | 1071525 | Denúncia | Município de Elói Mendes | Serviço público de transporte coletivo urbano. | a) ausência de projeto básico, em violação ao inciso I do §2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993; b) ausência de planilha de cálculo tarifário, com a previsão dos custos necessários à execução dos serviços delegados; c) exigência de que o licitante fosse cadastrado e habilitado no cadastro do município de Elói Mendes; d) exigência de apresentação de declaração de que os estudantes pagariam 50% do passe; e) ausência de fundamentação legal para a previsão editalícia de prévia manifestação ou de registro em ata anterior da intenção de recorrer; f) previsão de aplicação de sanção em desconformidade com a Lei nº 8.666, de 1993; g) indicação de responsabilidade para a concessionária com aplicação de multa no caso de o Município não ser comunicado do termo final do prazo contratual; h) inadequação das cláusulas editalícias em relação ao emprego dos termos “revisão” e “reajuste”; e i) falta de clareza em relação à vistoria prévia dos veículos. | Extinto sem resolução de mérito. Perda de objeto. |
|----|---------|----------|--------------------------|------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|

|    |         |               |                        |                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                             |
|----|---------|---------------|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 72 | 1071562 | Denúncia      | Município de Contagem  | Concessão da prestação de serviços funerários e da revitalização, manutenção, operação, exploração e gestão de velórios públicos. | Foram apontadas pelas denunciantes 30 irregularidades no certame                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Extinto sem resolução de mérito.                                                                            |
| 73 | 1076966 | Representação | Município de Barbacena | Contrato de Concessão de Serviço Público de Transporte Coletivo de Barbacena nº 55/14.                                            | Irregularidades nos reajustes tarifários das passagens                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Improcedência + Recomendação.                                                                               |
| 74 | 1084367 | Denúncia      | Município de Lavras    | Serviço de estacionamento público rotativo de veículos.                                                                           | <p>(1) ausência de previsão da área sobre a qual deverão ser prestados os serviços; (2) existência de contradição nas cláusulas do edital a respeito do procedimento de fiscalização dos veículos estacionados; (3) menção, no item 17.8, ao Município de Orlândia ao invés do Município de Lavras;</p> <p>(4) menção, no preâmbulo, à Lei Complementar municipal nº 374/2018, na qual está disciplinada matéria distinta da do objeto licitado; (5) previsão de repasse mínimo ao Município de Lavras de 25% sobre o valor do faturamento bruto mensal, sem justificativa técnica; (6) as tarifas previstas no edital não foram fixadas por decreto, em descumprimento à Lei municipal nº 3.785/2011; e (7) vedação à contratação de menores de 18 anos para exercerem a função de monitor, em descumprimento à Lei municipal nº 2.482/1999.</p> | <p>Suspensão liminar do certame.</p> <p>Extinção do processo sem julgamento do mérito. Perda de objeto.</p> |



|    |         |               |                         |                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                       |
|----|---------|---------------|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 75 | 1088773 | Denúncia      | Município de Cataguases | Serviços de transporte coletivo urbano.                                                                                                                                       |                                                                                                                                                 | Suspensão liminar do certame.                                                                                                                                                                                         |
|    | 1088840 | Representação | Município de Nanuque    | Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.                                                                                          | Discussão acerca da adequação do critério técnico e menor valor da tarifa (técnica e preço) definido como critério de julgamento das propostas. | Concessão medida liminar monocrática (08/05/2020), para suspensão da concorrência, confirmada pela Segunda Câmara. (23/07/2020)<br><br>Julgar, por maioria, improcedentes os apontamentos constantes na representação |
| 77 | 1092256 | Denúncia      | Município de Frutal     | Prestação dos serviços de operação, manutenção, controle e manejo dos resíduos no aterro sanitário no município.                                                              | A denunciante apontou diversos vícios no edital de licitação, notadamente não se tratar de objeto para Parceria Público Privada.                | Extinto sem resolução de mérito. Perda do objeto.                                                                                                                                                                     |
| 78 | 1092458 | Denúncia      | Município de Piumhi     | Execução indireta no regime de empreitada por preço global e delegação da implantação, operação, manutenção e do gerenciamento do serviço de estacionamento público rotativo. | Na "qualificação técnica operacional",                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                       |

|    |         |          |                                                         |                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                           |
|----|---------|----------|---------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 79 | 1095535 | Denúncia | Município de Itaúna                                     | Concessão de serviços funerários.                   | <p>1) Critério de Julgamento:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Inadequação da utilização do tipo melhor técnica como integrante do critério de julgamento da licitação;</li> <li>- Quesitos elencados no edital não são pertinentes para avaliar a qualidade técnica da proposta;</li> </ul> <p>1.3. Desproporcionalidade no peso atribuído às notas das propostas técnica e comercial</p> <p>2) Impossibilidade de obtenção da nota de preços;</p> <p>3) Insuficiência de informações, levantamentos e dados necessários para subsidiar a formulação de propostas pelos interessados;</p> <p>4) Licitação para apenas uma Concessionária: ausência de demonstração técnica e econômica que justifique o caráter de exclusividade da licitação;</p> <p>5) Necessidade da análise da Dimensão econômica financeira da concessão.</p> | <p>Suspensão liminar do certame. (30/11/2020)</p> <p>Extinção do processo, sem resolução de mérito, por perda de objeto. (25/05/2021)</p> |
| 80 | 1095594 | Consulta | Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG | Transporte coletivo urbano municipal de passageiros | <p>“A pandemia é evento de força maior, justificando o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público de transporte de passageiros?”</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Inadmissão da consulta.</p>                                                                                                            |

Fonte: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/>



# Discrecionariedade administrativa e controlo pelo Tribunal de Contas

SOFIA DAVID <sup>1</sup>

## Resumo

No presente texto reflete-se sobre a discrecionariedade administrativa e os poderes de controlo do Tribunal de Contas (TdC), considerando a natureza híbrida deste Tribunal e os especiais conhecimentos dos seus juízes e do corpo especial que os apoia. Aprecia-se, identicamente, a efetividade do controlo pelo TdC do princípio da boa administração, na vertente da boa gestão financeira e dos princípios da economia na vertente da boa gestão financeira e dos princípios da economia, da eficiência e da eficácia.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas; discrecionariedade administrativa; controlo judicial; princípio da boa gestão financeira; princípios da economia, da eficiência e da eficácia.

---

<sup>1</sup> Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo em comissão permanente de serviço no TdC.

**Abstract**

*This text reflects on the administrative discretion and control powers of the Court of Accounts, considering the hybrid nature of this Court and the special knowledge of its judges and the special body that supports them. The effectiveness of the Court of Accounts' control of the principle of good administration, in terms of good financial management and economic principles, is equally appreciated; efficiency and effectiveness.*

**Keywords:** *Court of Auditors; administrative discretion; judicial control; principle of good financial management; principles of economy, efficiency, and effectiveness*

**Índice:** 1. O TdC e o seu controlo integrado; 2. A submissão da Administração Pública (AP) ao bloco de legalidade e a um controlo de juridicidade – generalidades; 3. Vinculação e discricionariedade administrativa; 4. Os aspetos vinculados do agir administrativo; 5. Discricionariedade administrativa e controlo judicial; 6. A intensidade, a abertura e a plasticidade do controlo do TdC; 7. O controlo da discricionariedade administrativa pelo TdC; 8. Em especial, o controlo pelo TdC do princípio da boa administração, na vertente da boa gestão financeira e dos princípios da economia, da eficiência e da eficácia; 9. Conclusões.

**1. O TRIBUNAL DE CONTAS E O SEU CONTROLO INTEGRADO**

Por opção constitucional, em Portugal vigora o princípio da pluralidade das jurisdições. Assim, a nossa Constituição prevê, a par da jurisdição comum, uma jurisdição administrativa e fiscal, uma jurisdição constitucional e uma jurisdição financeira. As primeiras duas jurisdições estruturam-se por diferentes hierarquias de Tribunais, ao passo que as duas últimas comportam uma só hierarquia, correspondente a um supremo tribunal, respe-



tivamente. A Constituição da República Portuguesa (CRP) admite, ainda, a existência de tribunais marítimos, arbitrais e de julgados de paz.<sup>2</sup>

No que concerne ao Tribunal de Contas (TdC), está constitucionalmente consagrado em termos orgânico-funcionais como um órgão de soberania, é um tribunal, formado por juízes, que com independência desenvolvem uma função própria, de fiscalização económico-financeira do Estado. O legislador constituinte criou uma reserva de jurisdição, entendida como uma reserva de competência, para o exercício dessa função de fiscalização, em exclusivo, pelos juízes do TdC. Em termos jurídico-materiais e formais o TdC é, no entanto, um órgão híbrido, que tanto desenvolve funções jurisdicionais, próprias do ato de julgar, como funções estruturalmente administrativas, ainda que estas últimas estejam jurisdicionalizadas por via da intervenção de um juiz. Compete ao TdC dar parecer sobre as contas públicas e fiscalizar o Estado Administração, no que se refere à legalidade e regularidade das receitas, das despesas e das contas públicas. Compete-lhe, ainda, apreciar a boa gestão financeira e efetivar responsabilidades por infrações financeiras – cf. art.ºs 107.º, 110.º, 202.º, n.º 1, 203.º, 209.º, n.º 1, al. c), 214.º da CRP, 1.º e 2.º a 5.º da Lei n.º 98/97, de 26/08- a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).<sup>3</sup>

---

2 Cf. a este propósito, entre outros, José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª. ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 645-648.

3 Para mais desenvolvimentos, vide, entre outros, José TAVARES, *O Tribunal de Contas. Do visto, em especial*. Coimbra: Almedina, 1998, especialmente pp. 31-55. José TAVARES, “O Tribunal de Contas na ordem jurídica portuguesa”. *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, 2, Número Especial, 2021, pp. 3-20. Paulo NOGUEIRA DA COSTA, *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*, 2.ª ed., Coimbra: Petrony Editora, 2014. Nazaré da COSTA CABRAL; Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro. Noções Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 411-430. Pedro COSTA GONÇALVES, “O Tribunal de Contas e o princípio da separação de poderes”, *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, 2, Número Especial, 2021, pp. 55–61.

Atendendo ao controlo que se quer efetivar, no recrutamento dos juízes que compõem o TdC vigora um princípio de pluralidade de fontes de recrutamento e de formações. Assim, podem ser recrutados para o TdC, quer juízes (magistrados judiciais) e magistrados do Ministério Público (MP), colocados em tribunais superiores, necessariamente com formação em Direito, quer quem seja detentor do grau de doutor em Direito, Economia, Finanças, Organização e Gestão de Empresas, ou em outras áreas adequadas ao exercício das funções, quer, ainda, quem seja trabalhador do Estado e detenha licenciatura ou mestrado naquelas áreas e tenha exercido funções dirigentes ao nível do cargo de diretor-geral ou equiparado, ou de docência no ensino superior em disciplinas afins das matérias do TdC, ou de subdiretor-geral, ou de auditor-coordenador, ou equiparado, no TdC. Igualmente, pode ser recrutado para o TdC quem tenha exercido cargos de direção de empresas ou tenha sido membro de conselhos de administração, ou de gestão, ou de conselhos fiscais, ou de comissões de fiscalização e detenha uma formação superior nas supra referidas áreas de conhecimento- cf. art.º 19.º da LOPTC.

O TdC tem três secções especializadas na sede e uma secção genérica na Madeira e nos Açores, respetivamente. As secções especializadas na sede são a 1.ª secção, que atualmente integra 4 juízes e procede à fiscalização prévia e concomitante; a 2.ª secção que atualmente é composta por 9 juízes e procede à fiscalização sucessiva; e a 3.ª secção, que atualmente é composta por 3 juízes, em princípio oriundos das magistraturas, e procede à efetivação da responsabilidade financeira. Cada secção genérica nos Açores e na Madeira é dirigida e integra 1 juiz, em princípio oriundo das magistraturas – cf. art.ºs 14.º e 15.º da LOPTC.

As várias secções devem, todavia, fazer controlo integrado, que considere a fiscalização prévia, concomitante e sucessiva- cf. art.º 46.º, n.º 4, da LOPTC.

Estas três formas de fiscalização diferem entre si, desde logo, pelo momento em que se efetivam. Assim, o controlo feito no âmbito da fisca-



lização prévia é, tal como o nome indica, um controlo *ex ante* à realização da despesa ou à assunção da responsabilidade financeira. O controlo feito na fiscalização concomitante é um controlo intermédio, que ocorre já na fase da execução da despesa. O controlo feito em sede de fiscalização sucessiva ocorre após o termo do exercício ou da gerência e depois de elaboradas as contas anuais.

O objeto destas três formas de controlo e o seu regime é também diverso. A fiscalização prévia incide sobre atos e contratos, ou outros instrumentos geradores de despesa, ou representativos de responsabilidade financeira, tipificados legalmente, e materializa-se pela concessão ou recusa de visto, ou pela concessão de visto com recomendações- cf. art.ºs 5.º, n.º 1, als. c) e 44.º da LOPTC. A fiscalização concomitante abrange aqueles mesmos atos e contratos quando não estejam sujeitos à fiscalização prévia e estende-se ao próprio procedimento e aos atos de execução. Esta fiscalização materializa-se em relatórios de auditoria- cf. art.ºs 5.º, n.º 1, als. f), g) e 49.º da LOPTC. Por último, a fiscalização sucessiva é o controlo mais abrangente. Aqui já não se visam procedimentos, atos ou contratos específicos, concretos, mas quer-se um controlo mais planeado, abrangente e sistémico, que abrange tanto a conformidade legal da despesa ou dos encargos, como uma apreciação acerca das contas, ou acerca da fiabilidade dos sistemas de controlo interno, da economia, da eficiência e da eficácia dos sistemas de decisão. No âmbito desta fiscalização apreciam-se as próprias escolhas feitas pela Administração, que são avaliadas à luz de um princípio jus-económico-financeiro de boa administração, na vertente da boa gestão financeira. Esta fiscalização materializa-se através de ações de verificação de contas e de auditorias – cf. art.ºs 5.º, n.º 1, als. b), d), f) a h) e 50.º a 56.º da LOPTC. Por conseguinte, as auditorias levadas a cabo em sede de fiscalização sucessiva podem ter âmbitos muito diversos, dependendo do objeto que se pretende auditar.

Podem efetuar-se auditorias orientadas, isto é, dirigidas à apreciação de uma dada matéria, ou auditorias mais genéricas, por exemplo, de resultados, financeiras, integradas ou de sistemas.

No âmbito das competências essenciais do TdC encontra-se, também, a obrigação de dar parecer sobre a Conta Geral do Estado e das Regiões Autónomas – cf. art.ºs. 214.º, n.º 1, als. a) e b) da CRP, 5.º, n.º 1, als. a) e b), 36º, 39.º, 41.º, 42.º e 75.º, al. a), da LOPTC.

Evidenciando-se nos diferentes tipos de controlo ou fiscalização a ocorrência de factos geradores de responsabilidade financeira, sancionatória ou reintegratória, pode o MP junto do TdC desencadear o correspondente processo de responsabilidade. No âmbito da responsabilidade financeira o TdC pode sancionar as entidades sujeitas à sua fiscalização, designadamente com penas de multa, assim como, pode condenar os titulares dos órgãos dessas entidades a repor dinheiros públicos, quando estes tenham sido ilicitamente gastos. Tratando-se de responsabilidade reintegratória, o processo tramita na 3.ª secção – cf. art.ºs. 214.º, n.º 1, al. c), da CRP, 5.º, n.º 1, al. e) e 57.º a 70.º da LOPTC.

Não pretendemos entrar aqui em discussões ou tomar uma posição definitiva sobre a natureza da atividade desenvolvida pelo TdC quando apreciada em termos jurídico-materiais e jurídico-formais.<sup>4</sup> Em termos orgânicos-funcionais é incontestável que o TdC é um órgão jurisdicional.

---

4 Sobre os critérios para a caracterização da função jurisdicional, vide, entre outros, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra: Almedina, 2010, p. 29. José Joaquim GOMES CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 23-26. Paulo CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial*, Porto: Publicações da Universidade Católica, 2001, pp. 259-301. Carlos BLANCO MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 48-50.



Igualmente, é pacificamente aceite que a atividade desenvolvida nas diferentes três secções do TdC não é material, nem formalmente igual.<sup>5</sup>

---

5 Defendendo a natureza materialmente técnica das atividades de fiscalização e controlo relativas aos pareceres sobre as contas e à actividade de auditoria e a natureza verdadeiramente jurisdicional da fiscalização prévia- ainda que em fase anterior à de recurso da decisão de recusa de visto- e do julgamento da responsabilidade financeira, vide, Francisco SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 461. Nazaré DA COSTA CABRAL; Guilherme Waldemar D'OLIVEIRA MARTINS, *Finanças...*, *op. cit.*, pp. 443-450. Carlos DE ALMEIDA SAMPAIO, "O tribunal de contas e a natureza dualista do controlo financeiro externo", in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 677 e 681-687. Eduardo PAZ FERREIRA, "O visto prévio do Tribunal de Contas. Uma figura a caminho da extinção?", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 846-852. José F. F. TAVARES, "Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas", in *Estudos de Contratação Pública - I*, Pedro Gonçalves (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 976-980. José TAVARES, O Tribunal..., *op. cit.*, pp. 46-54 e 168-176. Paulo NOGUEIRA DA COSTA, O Tribunal..., *op. cit.*, pp. 306-313. José MOURAZ LOPES, "Processo de responsabilidade financeira diante do Tribunal de Contas", in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), 1.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, v. II, p. 1244. Fernando OLIVEIRA SILVA, "O papel do Tribunal de Contas no controlo da legalidade financeira pública. O caso particular da fiscalização prévia", *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, 2, Número Especial, 2021, pp. 25-26. Licínio LOPES MARTINS; Pedro MATIAS PEREIRA, "Reflexões sobre a Jurisdição do Tribunal de Contas", in *A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 134-136.

Suscitando dúvidas sobre essa natureza jurisdicional, vide, Paulo PEREIRA GOUVEIA, "Tribunal de Contas, Jurisdições e Constituição, Cadernos de Justiça Administrativa, 97, 2013, pp. 7-10. Rui MEDEIROS, "A protecção processual do adjudicatário em face da recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas", *Revista dos Contratos Públicos*, 1, 2011, pp. 54-55. Joaquim FREITAS DA ROCHA, "Tipologia e Natureza Jurídica dos Atos Praticados pelo Tribunal de Contas", in *A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 112-117.

No sentido da natureza não jurisdicional da fiscalização prévia, mormente antes da fase de recurso, vide, José Joaquim GOMES CANOTILHO; Vítor MOREIRA – Constituição..., *op. cit.*, pp. 574-579. João CAUPERS, "A Administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu.", *Cadernos de Justiça Administrativa*, 33, 2002, p. 8. Amável RAPOSO, "O Tribunal de Contas de Portugal.", *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, 42, 2004, pp. 53 e 61. Tiago DUARTE, "Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!", *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 71, 2008, pp. 33-34. Diogo Duarte CAMPOS, Pedro MELO, "Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas", *Revista de Direito Público e Regulação*, Cedipre, 5, 2010, pp.31- 33. Paulo LINHARES DIAS, "Reflexão para a delimitação da fronteira entre o controlo da legalidade administrativa e financeira", *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 119, 2016, pp. 22-25. Paulo LINHARES DIAS, "Ainda a propósito da natureza jurídica do visto prévio do Tribunal de Contas- A perspectiva (correta) da jurisprudência do TJUE", in *Estudos em homenagem a Rui Pena*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 939-947. Mário AROSO DE ALMEIDA, "Sobre os poderes do Tribunal de Contas", *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, 2, Número Especial, 2021, pp. 51-53. Margarida OLAZABAL CABRAL, "Controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas", *Revista dos Contratos Públicos*, Coimbra, 30, 2022, pp. 82-83. Pedro COSTA GONÇALVES, "O Tribunal...", *op. cit.*, pp. 55-61.

No caso da atividade desenvolvida pela 3.ª secção do TdC, de apuramento de responsabilidade financeira, é, sem dúvida, uma tarefa própria do ato de julgar, sujeita à reserva de juiz e de jurisdição. Existe um litígio que é resolvido mediante a aplicação de critérios jurídicos pré-determinados, que se materializa através de um processo estruturalmente jurisdicional e através de atos judiciais.

Por seu turno, no âmbito da 2.ª secção, o TdC atua como um auditor do Estado, um auditor externo e independente, que dá parecer sobre as contas, que verifica e audita as atividades e opções financeiras do Estado. Estas tarefas, apesar de parcialmente jurisdicionalizadas face à exigida intervenção de um juiz nas correspondentes atividades e ações, não visam a composição de litígios, nem se submetem a um processo estruturalmente jurisdicional. Diferentemente, são materialmente caracterizáveis como tarefas administrativas. Existirá aqui uma reserva de juiz, por via do critério orgânico que decorre da consagração constitucional do TdC, mas não existe uma verdadeira reserva de jurisdição.

Situação de todo semelhante é a que ocorre na fiscalização concomitante, a cargo da 1.ª secção.

Por fim, no que concerne às tarefas de fiscalização prévia, também a cargo da 1.ª secção, a sua caracterização como tarefas próprias do ato de julgar, como tarefas material e formalmente jurisdicionais, é alvo de grande controvérsia, designadamente doutrinal.

Sem embargo, tende a ser aceite que quando a 1.ª secção atua como um tribunal de recurso julga, logo, exerce uma função própria de um órgão jurisdicional. É também certo que nesta fase de recurso existe um litígio, que se visa dirimir, para cuja resolução se reclama a aplicação de critérios jurídicos pré-determinados e que esse litígio é conduzido e decidido através de um procedimento totalmente jurisdicionalizado e por juízes.



Assim, as dúvidas subsistentes restringem-se à 1.ª fase do processo de visto, ou à fase anterior à do recurso. Quanto a esta 1.ª fase, há quem defenda que se trata de uma tarefa estruturalmente jurisdicional, que se exterioriza através de atos judiciais, que correspondem à função de julgar e há quem a aponte como material e formalmente administrativa.

Reconhecemos a favor do primeiro entendimento a consagração constitucional e legal do TdC como um órgão de soberania, como um tribunal, composto por juízes, que detém competências reservadas no que diz respeito à fiscalização económico-financeira do Estado. Em termos orgânico-funcionais o TdC é, pois, um tribunal independente e os seus juízes exercem, com independência e imparcialidade, uma função própria, que lhes está reservada, na situação em análise, de fiscalização prévia dos atos e contratos, ou de outros instrumentos geradores de despesa, ou representativos de responsabilidade financeira. No mesmo sentido, reconhecemos a existência - ainda que não plena - de um processo de visto estruturalmente jurisdicionalizado. Essa estrutura jurisdicional do processo ocorre, pelo menos, a partir da 1.ª apresentação do processo ao juiz relator ou aos juízes do turno diário do visto. Após essa apresentação, é um juiz que conduz e decide o processo e fá-lo, por força de lei, com observância das garantias de independência e de contraditório, nomeadamente com relação à Entidade fiscalizada. Nessa medida, sendo a competência da decisão do processo reservada a um juiz, verifica-se, também, a garantia de reserva respectiva. Mais se observa, que as decisões tomadas em processo de visto tem força de caso julgado - cf. art.ºs 1.º, 7.º, n.º 1, 8.º, n.ºs 1 e 2, da LOPTC. Todos estes aspectos militam a favor da natureza jurisdicional do processo de visto.

Porém, a favor do segundo entendimento, relativo à natureza materialmente administrativa da decisão do processo de visto, milita a cir-

cunstância do correspondente processo não ter por escopo dirimir um conflito de interesses num caso concreto, mas, diferentemente, visar prosseguir um interesse público relativo à boa e correta aplicação dos dinheiros públicos. Consequentemente, a intervenção fiscalizadora e controladora do TdC no âmbito do processo de visto parece confundir-se com o próprio interesse do Estado-coletividade relativo à boa e correta aplicação dos dinheiros públicos. Mas, se assim é, então, o TdC não atuará no processo como um terceiro imparcial e totalmente neutro face aos interesses do Estado, que ajuíza, e face aos próprios interesses da Entidade fiscalizada (*à parte*, ainda que não haja um processo de partes, por inexistir um conflito ou litígio sobre um direito ou uma posição jurídica). Ademais, o processo de visto não se apresenta estruturado com a garantia de participação- com igualdade de armas – de todas as partes interessadas, *v.g.* das pessoas e entidades que possam ficar lesadas com uma decisão de recusa de visto. Tal como se estrutura atualmente o processo de visto, o direito de contraditório e de recurso só é garantido com relação à Entidade fiscalizada. Ficam de fora dessa garantia as contrapartes visadas no ato ou que celebraram o contrato, que podem beneficiar com a concessão do visto e ficarão lesadas com a sua recusa. Igualmente, a favor da natureza material e formalmente administrativa do processo de visto aponta-se a circunstância de, em caso de visto tácito, não estar garantida a reserva de juízo.

Há, pois, argumentos fortes em favor de ambas as posições.

Independentemente da posição que se adote quanto à discussão sobre a natureza material das tarefas desenvolvidas no processo de visto, o certo é, no entanto, que em termos materiais e formais o TdC, no seu todo, apresenta-se como um órgão híbrido, que desempenha funções jurisdicionais, próprias do ato de julgar e, também funções administrativas.



Por seu turno, na estrutura do aparelho judicial o TdC apresenta-se um órgão *ad hoc*, um tribunal *diferente* face aos restantes, que assim foi concebido e querido pelo legislador constitucional, em face da missão peculiar e que lhe é muito própria, de órgão supremo e independente, detentor de um conhecimento altamente especializado, que orienta, verifica, audita e julga, de forma abrangente, a boa aplicação e gestão dos dinheiros públicos.

Apresentado em traços largos o TdC e o seu controlo, esclarecemos que a partir daqui vamos desprezar a atividade do TdC no âmbito do parecer às contas e da responsabilidade financeira, por se tratarem de regimes específicos, menos relevantes para o tema da discricionariedade administrativa. Ou seja, de seguida vamos centrar-nos na atividade de fiscalização do TdC, que engloba a fiscalização prévia, concomitante e sucessiva.

Mais esclarecemos, que consideramos que a atividade fiscalizadora do TdC, seja qual for a área de atuação, está sempre sujeita aos limites estabelecidos pelos art.ºs 214.º da CRP, 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, als. c), f), h), 4, 41.º, 49.º, n.º 2, 50.º, n.ºs 1, 2 e 54.º, n.ºs 1, 3, als. f), h), i), da LOPTC e a um controlo de juridicidade.

Conforme as citadas normas, o controlo do TdC deve ater-se à verificação da “*legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas*”, dos encargos e responsabilidades, à apreciação da “*boa gestão financeira*” e da “*economia, eficácia e eficiência*”, que têm de ser (necessariamente) aferidas “*segundo critérios técnicos, da gestão financeira (...) incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno*” – cf. art.º 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, als. c), f), 41.º, n.º 2, 44.º, 49.º, n.º 2, 50.º, n.ºs 1, 2 e 54.º, n.ºs 1, 3, als. f), h) e i) da LOPTC.

No que diga respeito a competências que sejam próprias e únicas da Administração Pública (AP), que só a ela pertençam, que façam parte da sua discricionariedade *pura ou verdadeira*, não pode o TdC apreciar ou julgar, pois cairão fora do domínio da juridicidade. Tal limitação é um corolário intransponível do princípio da separação de poderes, que, por sua vez, é uma trave mestra de um Estado de Direito democrático.

No entanto, como a seguir iremos analisar, dentro do domínio da juridicidade cabe a avaliação pelo TdC das condutas da AP à luz dos princípios e das regras jurídicas, quer ainda de regras extrajurídicas que tenham sido trazidas ao Direito e, por essa mesma razão, constituam parâmetros para a aferição de deveres da AP, designadamente, dos deveres de boa administração ou de boa gestão (económico-financeira). Estas regras extrajurídicas incluem toda uma panóplia de regras técnico-científicas, de critérios jus-económico-financeiros e de gestão, de regras ou princípios gerais de lógica, nomeadamente dedutiva, e, até, de regras éticas e deontológicas.

Também como a seguir iremos assinalar, nas áreas económico-financeiras e de gestão tende a existir uma normatividade acrescida, seja por via da densificação dos princípios e normas legais, seja por via da incorporação e remissão daquelas normas para as invocadas regras extrajurídicas. Esta normatividade acrescida aumenta o campo da juridicidade e, consequentemente, alarga a justiciabilidade do controlo do TdC.

Neste enquadramento, damos por certo que o TdC está constitucional e legalmente configurado como uma jurisdição financeira suprema, que orgânica e funcionalmente se apresenta como um tribunal, que tem por missão efetuar um controlo integrado, abrangente e efetivo das despesas, das receitas, dos encargos e das contas públicas. Atendendo à sua missão específica e aos seus conhecimentos especializados, o legislador



atribuiu-lhe competências para apreciar da legalidade e regularidade das despesas, das receitas, dos encargos e, também, para emitir juízos sobre as ponderações e as escolhas feitas pela AP e os correspondentes resultados alcançados. Estes juízos terão de ser feitos à luz de um princípio jus-económico-financeiro de boa gestão e estão necessariamente delimitados pelo âmbito da juridicidade. Estes mesmos juízos podem ocorrer em todas as áreas de fiscalização do TdC, seja na fiscalização prévia, concomitante ou sucessiva.

## **2. A SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO BLOCO DE LEGALIDADE E A UM CONTROLE DE JURIDICIDADE – GENERALIDADES**

A submissão da AP ao bloco de legalidade ou a um princípio de juridicidade e o correlativo controlo judicial da sua atuação com essa mesma abrangência, é uma imposição do atual Estado de Direito Democrático e o reverso da legitimação da própria existência da AP. É, ainda, uma imposição dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e da separação e interdependência dos poderes do Estado.

Conforme o art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, a *“Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”* e seus órgãos e agentes *“estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”*

Portanto, é hoje ponto assente que a AP está sujeita não apenas ao princípio da legalidade, mas a um princípio da juridicidade, que abrange a apreciação da sua atuação atendendo a todo o sistema jurídico. Como corolário, todas as atuações da AP podem ser judicialmente apreciadas

nos seus aspectos vinculados, à luz do Direito e do sistema jurídico como um todo uno e coerente. De fora dessa apreciação ficam apenas os aspetos do agir administrativo que por determinação legal comportem juízos valorativos e subjetivos- de oportunidade e conveniência- que sejam próprios e exclusivos da AP. Nas palavras do legislador, a propósito dos poderes de conhecimento do juiz dos tribunais administrativos e fiscais, na nossa perspetiva aplicáveis ao juiz financeiro, de fora dessa apreciação ficam apenas os aspectos relacionados com a “*conveniência ou oportunidade*” da atuação administrativa – cf. art.º 3.º, n.º 1, do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA).

Esta exclusão é uma imposição do princípio da separação de poderes, designadamente, da separação entre o poder administrativo e judicial.

Na mesma lógica, as atuações discricionárias da Administração são sempre sindicáveis nos seus aspetos vinculados, pois devem ser entendidas como um “*espaço jurídico autorizado por lei*”<sup>6</sup>, como um poder-dever jurídico concedido pelo legislador à Administração, mas parametrizado pela própria lei que concede esse poder-dever, ou parametrizado pelo princípio da juridicidade.<sup>7</sup>

---

6 Cf. a expressão em Pedro COSTA GONÇALVES, Manual de Direito Administrativo, 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 205.

7 Para mais desenvolvimentos sobre os princípios da legalidade e da juridicidade, vide, entre outros, Rogério EHRHARDT SOARES, “Princípio da legalidade e administração constitutiva”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 57, 1981, pp. 169–191. José Manuel SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Públicos, 1.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pp. 309–340. Nuno PIÇARRA, “A reserva de administração”, *O Direito*, Viseu, Ano 122, n.º 2, 1990, pp. 325–346. Bernardo DINIZ AYALA, O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa, Lisboa: Lex, 1995, pp. 66–81. David DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, pp. 459–530. Marcelo REBELO DE SOUSA; André SALGADO DE MATOS, Direito Administrativo Geral, 5.ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2014, pp. 159–182.



### 3. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Quando os órgãos da AP atuam, fazem-no no âmbito de uma atribuição legal de competência, ou de poderes para agir, e de uma vontade funcional dirigida à realização do interesse público – cf. art.ºs 266.º, 269.º, n.º 1, da CRP e 4.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA). Em alguns casos, é a própria lei que determina o concreto interesse público a prosseguir e os seus termos e fá-lo com densidade normativa. Noutros, o legislador delega à AP a incumbência de definir o concreto interesse público a prosseguir e de o realizar pelos modos que se lhe afigurem os mais adequados, chamando-a a participar em termos complementares e concretizadores do interesse público mais vasto e primordialmente definido pelo poder político-legislativo.<sup>8</sup>

Nos casos em que a lei determina de forma taxativa, completa, fechada, os pressupostos, os concretos termos e o momento do agir da Administração, ocorre uma situação de vinculação da AP à lei, o chamado ato administrativo estritamente vinculado.

Por seu turno, quando a lei remete para a AP a definição do concreto interesse público a prosseguir e os modos da sua realização, passa a conce-

---

<sup>8</sup> Cf. com mais desenvolvimentos sobre a reserva da administração, Rogério EHRHARDT SOARES, Interesse público, legalidade e mérito, Coimbra: Petrony Editora, 1955, pp.139-152 e 187-198. Bernardo DINIZ AYALA, O (défice de)..., *op. cit.*, pp. 31-66. António Francisco DE SOUSA, “O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose”, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Vol I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios), 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 401–420. Marcelo REBELO DE SOUSA; André SALGADO DE MATOS, Direito..., *op. cit.*, pp. 183-204. Luís Filipe COLAÇO ANTUNES, A Ciência Jurídica Administrativa, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 283-328. Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, “A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa”, *O Direito*, Lisboa, 144, III, 2012, 599–651. Luiz S. CABRAL DE MONCADA, Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 532-666. Pedro COSTA GONÇALVES, Manual..., *op. cit.*, pp. 45-55 e 105-106.

der-lhe um espaço de escolha própria ou uma certa margem de autonomia decisória, isto é, concede-lhe uma alguma discricionariedade de atuação.

A atribuição de poderes discricionários à Administração corresponde sempre a uma abertura da norma jurídica ou a uma definição incompleta da norma.

No âmbito do sistema jurídico-administrativo português, verificamos, também, que tais aberturas ou incompletudes apresentam-se com amplitudes ou intencionalidades muito diversas. Por vezes, estão por definir os pressupostos para o agir da Administração, incluindo do próprio dever de atuação. Outras vezes, está por definir o conteúdo da medida a avaliar, ou a ponderar, ou a adotar, ou a escolher pela AP. Ocorrem situações de discricionariedade de ação, em que comete à AP a apreciação deste momento; ou de discricionariedade de escolha, no âmbito das quais compete à AP, em exclusivo, proceder a ponderações e escolher entre as várias soluções possíveis aquela que considera a mais adequada<sup>9</sup>; ou situações de discricionariedade de apreciação, ou de discricionariedade criativa, em que compete à AP ajuizar ou valorar sobre situações e qualidades. Basicamente, ocorrerá uma atribuição de poderes discricionários à AP sempre que estejam em causa “*valorações próprias do exercício da função administrativa*” - cf. art.º 8.º, *in fine*, do CPA.

Assim, caem no campo da discricionariedade administrativa as situações em que o legislador utiliza conceitos vagos e indeterminados e remete o seu preenchimento ou concretização para a Administração, apelando

---

9 Cf. definindo a discricionariedade administrativa- de escolha- como “*um poder-dever jurídico concedido pelo legislador à Administração, a fim de que esta, dentro dos limites legalmente estabelecidos, escolha, de entre várias soluções possíveis, aquela que lhe parecer a melhor ou a mais adequada ao interesse público*”, os Acórdão do TCAS de 09/11/2017, n.º 04332/08, de 23/11/2017, n.º 3557/08, ou de 09/05/2013, n.º 6100/10, de que fomos relatora.



para que esta faça uma valoração autónoma ou complementar dos conceitos legais e proceda a um preenchimento *criativo* dos mesmos. Igualmente, caem no campo da discricionariedade administrativa os juízos inerentes à apelidada discricionariedade técnica, que reclamam uma apreciação não jurídica, essencialmente técnica e também subjetiva, ou que reclama juízos subjetivos, relacionados com os especiais conhecimentos e a experiência do órgão da Administração que emite aqueles mesmos juízos.<sup>10</sup>

Noutra perspetiva, a atribuição de poderes discricionários à Administração corresponde ao reconhecimento pelo legislador - *máxime* pelo legislador constitucional - do papel e da autonomia do poder administrativo face aos restantes poderes do Estado – legislativo e judicial – e é uma emanação da própria ideia do Estado de Direito Democrático.

---

10 Cf. para mais desenvolvimentos sobre a discricionariedade administrativa, Afonso RODRIGUES QUEIRÓ, “Os limites de poder discricionário das autoridades administrativas”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 41, 1965, pp. 83–96. Maria Luísa DUARTE, “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 370, 1987, pp. 35–71. Miguel NOGUEIRA DE BRITO, “Sobre a discricionariedade técnica”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lousã. IX, 1994, pp. 33–100. Bernardo DINIZ AYALA, O (défice de)..., *op. cit.*, pp. 90-93 e 106-163. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 893-915. Luís Filipe COLAÇO ANTUNES, “O mérito, esse objecto jurídico não identificado”, *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 128, 2011, pp. 83–116. Mário AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 33-71. Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 450-464. Pedro COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pp. 200-296. Maria Francisca PORTOCARRERO, “Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido distinção?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 10, 2007, pp. 26–46. Maria Francisca PORTOCARRERO, “Aferição judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário-posição de princípio?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 66, 2007 46-52. José Manuel SÉRVULO CORREIA, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 70, 2008, pp. 32–57. António Francisco DE SOUSA, O controlo..., *op. cit.*, pp. 414-420.

co, assente num princípio de separação e interdependência de poderes - cf. art.ºs 266.º e 269.º, n.º 1, da CRP. Assim, o legislador considera que a Administração, atendendo aos especiais conhecimentos dos seus órgãos, ou dos titulares dos seus órgãos, é entre os três poderes do Estado aquele que está melhor apetrechado para, em face de cada situação concreta, aferir a forma mais adequada para a boa realização do interesse público. Nesta lógica, face à impossibilidade ou ao absurdo da lei prever todas as formas de realização concreta daquele interesse e de definir todos os pressupostos e efeitos para o agir administrativo, o legislador atribui à AP competências que lhe são próprias ou exclusivas, para completar e realizar aquele interesse público, atendendo à multiplicidade das concretas situações e à sua específica individualidade. Considera o legislador que a AP é o poder que melhor pode materializar ou maximizar o interesse público e é o único que garante a adoção da solução ótima, ou da melhor escolha, da escolha mais adequada frente ao caso concreto e individual relativamente ao qual há que apreciar, valorar ou tomar uma decisão. O fim relativo à prossecução do interesse público enquanto um fim do Estado de Direito, é, pois, deixado a cargo da AP. Daí, que a norma que autoriza a AP a decidir naquele caso concreto também lhe conceda alguma autonomia de atuação ou uma certa margem de discricionariedade.

Sem embargo, como já se indicou, atualmente, é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência que não existem decisões administrativas totalmente discricionárias. O que se verifica é a existência de momentos ou de aspetos discricionários no agir administrativo, que coexistem com outros aspetos vinculados.



#### 4. OS ASPETOS VINCULADOS DO AGIR ADMINISTRATIVO

Todos os poderes discricionários da Administração derivam de uma atribuição legal de competências. Derivam da pré-existência de uma norma legal que determina que em certas situações, pré-estabelecidas na norma de competência, a Administração, guiando-se por critérios e avaliações que detém e lhe são próprios, deve escolher de entre várias soluções possíveis, aquela que lhe parecer a melhor ou a mais adequada ao interesse público. Nessa medida, a competência é sempre um aspecto vinculado.

Igualmente, o fim ou a finalidade última pela qual é dada a competência legal à Administração para agir, o fim da prossecução do interesse público que está necessariamente subjacente à norma de competência, é também, sempre, um aspecto vinculado. Mais do que um poder, é atribuído à AP um poder-dever jurídico para escolher aquela que seja a melhor solução para o caso concreto, ou a única solução que se afigure a certa, a mais correta aos olhos do agente administrativo que a adote, atendendo aos seus especiais conhecimentos e experiência.

Para além disso, estando a AP sujeita a um princípio de juridicidade, todas as suas condutas devem enquadrar-se e obedecer aos princípios gerais do direito, designadamente, aos princípios gerais do direito administrativo, *máxime*, aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos dos cidadão, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, da boa-fé, da boa administração, da adequação e da razoabilidade – 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e 3.º a 19.º do CPA.

Consequentemente, os princípios jurídicos que enformam toda e qualquer conduta administrativa são também elementos vinculados do agir administrativo.

Para além das normas-princípio, as restantes regras legais são também limites à atuação discricionária da AP.

Entre as regras que limitam a discricionariedade, salientamos aqui as procedimentais, *v.g.*, as que determinam a obrigação legal da AP seguir um dado procedimento, com um certo rito, ou a proceder a uma fase de instrução, assim como, as regras que impõem um momento de audiência prévia, ou a obrigação de ponderação pela AP dos argumentos aí esgrimidos, ou de ponderação dos interesses conflitantes e juridicamente relevantes, ou as relativas ao dever de fundamentação.

O exercício da discricionariedade pode ainda ser autolimitado pela própria AP, designadamente por via da emissão de normas e diretrizes internas que pré-definam os pressupostos e as formas do seu agir para certas situações. Nestes casos, haverá uma redução da discricionariedade administrativa definida pela própria AP.

Essa redução da discricionariedade administrativa pode, igualmente, resultar de circunstâncias fácticas ou procedimentais, associadas à obrigação de respeito pelos princípios da igualdade e da boa fé. Ou seja, ainda que numa dada situação a lei conceda à AP poderes discricionários, uma vez tomada uma primeira decisão pela AP, esta fica vinculada a decidir identicamente nos demais casos iguais. Por seu turno, ainda que a AP não fique totalmente inibida de alterar o sentido da sua decisão em casos futuros e iguais, para o fazer terá de fundamentar de forma acrescida essa mesma decisão, explicando a alteração das razões- de interesse público- que exigem uma decisão diferente para um caso igual. Da mesma forma, se a AP já desenvolveu um procedimento administrativo e tomou opções num certo sentido, pode ficar obrigada por força dos princípios da boa fé e da confiança a ter de escolher ou decidir num único sentido.



Estes casos de auto-redução da discricionariedade podem ter amplitudes diversas. No limite, se daí resultar uma só solução jurídica como legítima ou possível, ocorrerá uma situação de redução da discricionariedade a zero. Neste caso, a conduta que à partida foi configurada pelo legislador como encerrando momentos discricionários, pode tornar-se uma conduta totalmente vinculada.

## 5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLO JUDICIAL

Em todas as decisões administrativas há aspetos discricionários que coexistem com outros aspetos vinculados. Assim, quanto maior for amplitude dos aspetos discricionários que envolvem uma decisão administrativa, menor será a juridicidade e a sindicabilidade da correspondente conduta. À *contrário*, quanto mais aspetos vinculados tiverem de ser respeitados pela AP, maior será a juridicidade e sindicabilidade da sua conduta. Ou seja, a intensidade do controlo judicial ou a justiciabilidade da conduta da AP dependem diretamente do maior ou menor grau de vinculação da Administração à lei, isto é, do nível de juridicidade que o legislador impôs àquela conduta administrativa, ou da autovinculação ou redução de discricionariedade que ocorre em cada caso.

Por conseguinte, a justiciabilidade do controlo da conduta da AP pelos tribunais é total nos casos de prolação de atos administrativos estritamente vinculados. Nestas situações, havendo um incumprimento da norma, os seus destinatários podem exigir à Administração a prática do ato devido, designadamente pela via judicial, através dos tribunais administrativos e fiscais, requerendo a condenação judicial da Administração à emissão do correspondente ato ou requerendo a emissão de uma sentença judicial substitutiva da Administração – cf. art.ºs 2.º, n.º 2, als. b), c), 66.º a 71.º, 95.º, n.ºs. 5 e 6 e 109.º, n.º 3, do CPTA.

Igualmente, ocorre uma situação de justiciabilidade total nos casos redução de discricionariedade administrativa a zero.

Fora destas situações, o controlo judicial pode ser sempre efetivado relativamente aos aspetos vinculados do agir administrativo, mas nunca será total.

No que concerne ao controlo externo da atividade administrativa, são sempre aspetos vinculados do agir administrativo e necessariamente sindicáveis, os pressupostos legais do ato, como a competência, o procedimento, a forma e as formalidades.

No que se refere ao controlo interno da decisão administrativa discricionária, é pacífico na jurisprudência e doutrina que são sempre sindicáveis as situações que redundem em erro grosseiro ou manifesto, seja na qualificação dos factos, seja na apreciação de direito, ou na ponderação (concreta) dos interesses públicos em jogo, ainda que se esteja frente a casos de máxima discricionariedade.

Igualmente, o respeito pelo fim último pelo qual é conferida a competência à AP, isto é, o respeito pelo princípio da prossecução pela AP do fim de interesse público, ou pelos demais princípios que enquadram a atividade da AP, é sempre sindicável. Também aqui, o controlo judicial faz-se em situações de evidência ou ostensivas, de não prosseguimento do interesse público típico ou em abstrato conferido pelas normas de competência, ou quando haja clara violação dos citados princípios.

Sem embargo, frente a condutas discricionárias, o controlo judicial da correspondente atividade administrativa acaba por ser essencialmente um controlo externo e pela negativa. Controlam-se os aspectos necessariamente vinculados do agir administrativo e que parametrizam a



conduta externamente, ou controla-se, pela negativa e através de um juízo de evidência, os aspectos internos do agir administrativo.

No restante, tudo o que caia no âmbito da discricionariedade administrativa *pura* (ou *verdadeira*), não é passível de ser sindicado judicialmente.<sup>11</sup>

## 6. A INTENSIDADE, A ABERTURA E A PLASTICIDADE DO CONTROLO DO TDC

Como já indicamos, por imposição constitucional o TdC tem por incumbência efetivar um amplo controlo jurídico-económico-financeiro das despesas, das receitas e das contas públicas.<sup>12</sup>

Para o efeito, o TdC faz uso quer de regras jurídicas, quer de outras regras extrajurídicas cuja origem primária radica fora do Direito, mas que foram por este incorporadas ou assimiladas. Estas regras extrajurídicas relacionam-se, *v.g.*, com a boa gestão financeira, com a organização, o funcionamento e a fiabilidade das contas e dos sistemas de controlo in-

---

11 Cf. para mais desenvolvimentos sobre o controlo judicial da discricionariedade administrativa, entre muitos, Rogério EHRHARDT SOARES, “Interesse...”, *op. cit.*, pp. 207-258. Pedro COSTA GONÇALVES, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 271-272 Com uma resenha das posições jurisprudenciais sobre o controlo da discricionariedade, vide, Fernanda Paula OLIVEIRA; José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 113-115. José Manuel SÈRVULO CORREIA, “Conceitos...”, *op. cit.*, pp. 32-57. António Francisco DE SOUSA, “O controlo...”, *op. cit.*, pp. 405-414. Mariana MELO EGÍDIO, “Discricionariedade judicial e interesse público no Contencioso Administrativo português”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, pp. 645-677. Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, “A discricionariedade...”, *op. cit.*, pp. 629-630. Sofia DAVID, “Objecto e limites da decisão (o art. 95.º, n.ºs 3 e 5, do CPTA)”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 134, 2019, pp. 18-19.

12 Apreciando as incumbências constitucionais do TdC, exigidas e exigíveis, vide, José Joaquim GOMES CANOTILHO, “Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano”, *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, 49, 2008, pp. 23-39.

terno, com a economia, a eficiência e a eficácia dos sistemas de decisão, com os métodos adotados e inerentes às escolhas feitas pela AP, ou com resultado financeiro alcançado pela atuação da AP. Estas regras extrajurídicas abrangem regras técnico-científicas, regras e princípios gerais de lógica (dedutiva) e regras éticas ou deontológicas.<sup>13</sup>

Ao conjunto de regras aplicadas pelo TdC, associa-se, ainda, a normatividade que resulta dos correspondentes princípios da boa administração, na vertente da boa gestão financeira, da economia, da eficiência, da eficácia e da racionalidade- económica e financeira- cf. art.ºs 267.º, n.º 5, da CRP, 5.º, 8.º do CPA e 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).<sup>14</sup>

No que se refere às regras jurídicas relacionadas com as matérias económico-financeiras, diríamos, que no geral tendem a apresentar alguma densificação normativa. Nestas áreas, a prática legislativa não é adotar normas legais totalmente em branco ou com grande indeterminação e abertura, mas, ao invés, o legislador tende a emitir normas bastante precisas e completas.

Aqui ganham primazia os princípios da legalidade financeira, da transparência na utilização e gestão de valores públicos, do controlo orçamental, da discriminação das receitas e despesas do Estado, da esta-

---

13 Sobre a juridificação administrativa e a aplicação de normas extrajurídicas, vide, Paulo OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 763-775. Vide também a propósito da juridificação dos critérios da economia, eficácia e eficiência, Mário AROSO DE ALMEIDA – “Sobre os...”, *op. cit.*, pp. 46-53. Francisca URBANO CALVÃO, “Princípio da eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, 7, 2010, pp. 329-330.

14 Criticando o conceito de boa administração consagrado no art.º 41.º da CDFUE, por ser uma “*ideia totalmente falha de unidade e operacionalidade*”, vide, Miguel ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. Carla Amado Gomes; Ana Neves; Tiago Serrão (Coord.). 2.ª ed.. Lisboa: AAFDL, 2015. pp. 167-175.



bilidade, do equilíbrio, da unidade, da universalidade, da anualidade e da plurianualidade orçamental, aos quais se aliam, entre outros, os princípios da especificação, da não compensação, da não consignação e da solidariedade recíproca – cf. art.ºs 105.º, 106.º, 167.º, n.ºs 2, 3 e 200.º, n.º 1, al. f), da CRP. Todas as despesas- incluindo os encargos e a assunção de responsabilidades financeiras- têm de ser orçamentadas, discriminadas, especificadas, autorizadas e pagas nos estritos termos legais, por norma, minuciosamente definidos.<sup>15</sup>

Assim, a densificação normativa das referidas regras económico-financeiras permite, logo à partida, que o controlo do TdC seja um controlo intenso.

Mas, para além disso, no exercício da sua atividade o TdC também faz um uso alargado de outras regras técnico-científicas, *máxime* de regras económico-financeiras, de contabilidade e de gestão, que tem origem primária fora do Direito e que foram, entretanto, incorporadas no Direito e numa ideia de juridicidade. A força ou a relevância jurídica destas regras extrajurídicas pode decorrer da sua incorporação ou assimilação por verdadeiras regras jurídicas<sup>16</sup>, ou da remissão legal expressa para o

---

15 Cf., neste sentido, a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO), aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11/09, ou o Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais (RFALEI), aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 03/09, ou o Regime Financeiro dos Serviços e Organismos da Administração Pública - RFSOAP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 155/92, de 28/07, ou a Lei n.º 8/2012, de 21/02 – Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (LCPA), ou o Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/06, que regula os Procedimentos Necessários à Aplicação da LCPA.

16 Vg. tal como ocorre com os art.ºs 3.º, 6.º, ou 22º do RFSOAP, quando se referem à prática dos *“actos necessários à autorização de despesas e seu pagamento no âmbito da gestão corrente”*, ou à obrigação de adequação da estrutura dos serviços e organismos *“à realização, contabilização e pagamento das suas despesas e ao controlo eficaz da respectiva gestão”*, ou quando se sujeita a autorização da despesa a requisitos de *“economia, eficiência e eficácia”*; Ou, em geral, as regras do Decreto-Lei n.º 192/2015, de 11/09, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística para a Administrações Públicas – SNCAP.

seu conteúdo, ou da indicação legal para que a AP as use como critério e fundamento para a sua atuação <sup>17</sup>.

Igualmente, o TdC faz uso de regras ou princípios gerais de lógica, nomeadamente dedutiva e de regras éticas ou deontológicas.<sup>18</sup> Na medida em que se integram no sistema jurídico, as referidas regras extrajurídicas vinculam a AP e, logicamente, podem ser diretamente invocadas e aplicadas pelo TdC.

Como a seguir melhor explicaremos, no que concerne à interpretação e aplicação destas regras extrajurídicas com relevância jurídica ou à sua força vinculante, deve considerar-se que o TdC está especialmente habilitado para este controlo, não apenas por decorrência das suas específicas competências, mas ainda pelo facto de integrar juízes com diferentes formações e experiências, para além da área do Direito, designadamente pelo facto de incluir juízes com formação nas áreas de Economia, Finanças, Organização e Gestão de Empresas, ou “*outras áreas adequadas ao exercício das funções*”.

---

17 V.g. o art.º 16.º do RFSOAP quando se refere à obrigação de organização de “*uma contabilidade analítica como instrumento de gestão*”; ou o art.º 11, n.º 12, al. c), do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 09/06, quando remete para a “*demonstração da justificação e enquadramento do tipo e capacidade da infraestrutura aos níveis da procura, estimados segundo parâmetros de referência internacional*”; ou o art.º 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2023, de 08/02, quando remete para “*os requisitos especificados nas normas técnicas elaboradas pela Unidade de Implementação da Lei de Enquadramento Orçamental (UniLEO)*”; ou os pontos 145 e 165 do SNCAP, quando aduzem que “*o valor de mercado seja apurado recorrendo a técnicas de valorização*” ou que “*a determinação do valor de uso implica o recurso a técnicas assentes na estimativa do valor proveniente de fluxos de caixa futuros*.” Igualmente, as regras indicadas na Portaria n.º 474/2010, de 15/06/2020, que aprovou a Orientação Genérica n.º 1/2010, que exigem que as contas públicas se orientem e cumpram os princípios - oriundos da contabilidade e gestão - da relevância e materialidade, da fiabilidade, da neutralidade, da plenitude, da comparabilidade espacial e temporal e da representação fidedigna da informação nelas contida.

18 Encontramos estas regras éticas e deontológicas, por exemplo, nos art.ºs 1.º-A, n.ºs 2 a 4 e 55 do Código de Contratos Públicos- CCP.



De referir, ainda, que tal como ocorre com as regras jurídicas relacionadas com as matérias económico-financeiras, no que se refere às regras técnico-científicas nas sobreditas áreas, muitas delas, apresentam-se com bastante densificação.

Neste sentido, referindo-se ao atual sistema de finanças públicas, João Ricardo Catarino assinala, entre outros aspectos, a coexistência de regras jurídicas e extrajurídicas bastante robustecidas, com sistemas de controlo (contínuo) interno e externo, nacional e internacional, associados ao conceito de responsabilização e a penalizações financeiras, aos organismos e seus agentes que não cumpram essas regras.

Nas palavras do Autor, o sistema de finanças públicas caracteriza-se por um *“claro avigoramento do sentido de equilíbrio orçamental, mais estrito, pela necessidade de limitar práticas e modos e gestão pública visando esconder défices excessivos e bem assim cumprir critérios e metas numa clara valorização de resultados, sob pena de incumprimento de normas e acordos, com fortes penalizações financeiras.”*

Caracterizam o sistema, identicamente: *“A contenção da despesa como desígnio das contas públicas através do reforço dos instrumentos de controlo, do acréscimo de rigor na execução do orçamento e da valorização dos resultados dessas contas, com maior responsabilização dos agentes, dos organismos públicos e dos Estados perante mercados financeiros e instâncias internacionais onde importa mais a eficiência, a eficácia e a boa gestão financeira do que a estrita legalidade dos atos e das contas públicas.*

*(...) - O reforço das práticas e lógicas próprias da administração pública e do conceito e governação financeira onde as ideias sobre governança pública, eficiência gestonária e orçamentos funcionais impõem diretrizes e lógicas de funcionamento de cima para baixo, limitando até mesmo a autonomia dos organismos públicos dos subsetores financeiros.*

*ros;- Uma aproximação dos modelos de gestão pública aos modelos e lógicas de gestão privada, maior racionalização da despesa pública e mais ênfase na justiça;- Novas práticas financeiras, incluindo novas e mais exigentes regras de contabilização sobre demonstrações financeiras visando o reforço do controlo da despesa pública;- Maior harmonização internacional das regras sobre contabilidade e sujeição expressa a modelos padronizados de relevação das operações financeiras, em ordem a reforçar a comparabilidade internacional das contas públicas, a reduzir práticas de contabilização financeira de valor duvidoso para esconder défices e dívida das administrações públicas e outras práticas contabilísticas inaceitáveis;- Leis internas gerais, orgânicas ou de enquadramento da atividade financeira melhor articuladas, mais desenvolvidas e exigentes, e em estreita articulação com regras europeias, que estabeleceram modelos ou regimes de governação económica e regimes mais estritos de controlo dos défices e das dívidas públicas, em resultado do maior enfoque na sustentabilidade a longo prazo das finanças públicas dos Estados-membros, como é manifesto nos artºs 2º, 3º, 6º, 8º, da atual LEO (Lei no 151/2015, de 11.9);*

*- Maior responsabilização financeira efetiva dos agentes públicos, incluindo agentes políticos, onde a boa utilização dos recursos comuns é re-assumida como uma contrapartida natural do dever de contribuir dos cidadãos;- (...) Reforço dos mecanismos e instrumentos de execução e do controlo orçamental e financeiro visando a estabilidade, a sustentabilidade, a eficácia, a eficiência e a orientação para os resultados e a criação de novos instrumentos financeiros, como a ECE – entidade contabilística Estado, o QPDP – Quadro Plurianual das Despesas Públicas o a Lei das Grandes Opções;- Deslocalização dos centros de produção normativa financeira para*



*instâncias supra nacionais e comunitárias e a adoção de práticas de execução, controlo e contabilização financeira crescentemente uniformes”.*<sup>19</sup>

Existe, pois, uma normatização aumentada em matéria económico-financeira, decorrente de um quadro alargado de regras, que incluem regras jurídicas e extrajurídicas, *maxime*, técnico-científicas, de cariz público, ou importadas dos modelos privados, e de âmbito nacional e internacional <sup>20</sup>.

No que concerne ao controlo do TdC, a referida normatização aumentada, aliada à especial competência técnica dos respetivos juízes (e do corpo especial de técnicos que os apoiam), redundará numa maior justiciabilidade, ou na possibilidade de efectuar um controlo mais intenso das condutas da AP (quando comparado com o controlo que ocorre com os demais tribunais, designadamente, com o controlo efetuado pelos tribunais administrativos e fiscais).

De notar, que estas regras extrajurídicas tendem a ser normativos mais voláteis que as regras jurídicas, pois tendem a adaptar-se de forma mais célere à realidade, a evoluir mais rapidamente, são normas mais plásticas.

A tudo acresce, que a obrigação de controlo do TdC também se faz com apelo expresso a princípios jurídicos relacionados, em geral, com o dever de boa administração, na vertente da boa gestão financeira e com os princípios da economia, da eficiência, da eficácia e da racionalidade-económica e financeira.

---

<sup>19</sup> Em, João Ricardo CATARINO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 66-68.

<sup>20</sup> Cf. neste sentido, o SNCAP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 192/2015, de 11/09, especificamente o seu preâmbulo e o art.º 4.º, n.º 3, ou a Portaria n.º 474/2010, de 15/06/2020, que aprovou a Orientação Genérica n.º 1/2010, relativa à consolidação de contas no âmbito do sector público administrativo, que fazem expressa referência à incorporação no direito nacional das normas internacionais de contabilidade pública, as IPSAS.

Saliente-se, que em sede de legislação económico-financeira são muitas as normas que fazem apelo expresso ao dever de obediência da AP aos princípios da economia, da eficiência, da eficácia e da racionalidade.<sup>21</sup>

Identicamente, o dever de boa gestão aparece expressamente consagrado nesta sede como um princípio vinculante do agir administrativo.<sup>22</sup>

Tal significa, que no âmbito da legislação económico-financeira a AP está submetida a uma especial vinculação a normas-princípio, para além da sua submissão a um apertado sistema de regras, que incluem regras jurídicas e extrajurídicas.

Como corolário, o legislador exige que o controlo pelo TdC não se atenha a um controlo de mera legalidade e se oriente, em grande medida, por uma normatividade principialista.

---

21 Cf. no RFSOAP o art.º 22.º, n.º 1, al. c), que refere a obrigação da autorização da despesa ficar sujeita à verificação do requisito de “Economia, eficiência e eficácia”; o art.º 50.º, n.º 2, do mesmo regime, quando obriga a que o relatório de atividades espelhe “a eficiência na utilização dos meios afectos à prossecução das suas actividade e a eficácia na realização dos objectivos propostos”. Idem, cf. o art.º 64.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local e das Participações Locais (RJAEPL), aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31/08, que determina que “As empresas locais estão sujeitas a controlo financeiro destinado a averiguar da legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão”. Idem, cf. os art.ºs. Cf. também os art.ºs 32.º, n.º 1, 39.º, n.º 1, 45.º, 47.º, n.º 2 e 48.º, n.º 1, deste Regime. Cf., ainda, os art.ºs. 4.º, n.º 1, e 12.º, n.º 2, al. a), do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23/05/2012, que disciplina a intervenção do Estado na definição, concessão, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos; Idem, o art.º 48.º RFALEI; os art.ºs 3.º, n.º 2, 112.º, do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07/08; os art.ºs 6.º, al. e), 9.º, n.º 3, al. f), do Decreto-Lei n.º 192/2015, de 11/09 e Anexo I, pontos 33, 39, 73, a), NPC27, do SNCAP; ou os arts.º 28.º, n.º 13, 29.º, n.º 5, al. b), 32.º, n.º 1, al. c), 93.º, n.º 3, 114.º, n.º 6, al. a), do Decreto-Lei n.º 10/2023, de 08/02, que estabeleceu as normas de execução do Orçamento para 2023.

22 Cf. neste sentido o art.º 74.º, n.º 2, do RFALEI, ou o art.º 13.º, al. a), do Regime Jurídico da Recuperação Financeira Municipal (RJRFM), aprovado pela Lei n.º 53/2014, de 25/08.



Nesse sentido, atente-se nas determinações constantes dos art.ºs 1.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, al. f), da LOPTC, que exigem que o TdC, a par de um controlo de legalidade, proceda à apreciação da *“boa gestão financeira”* e dos princípios da *“economia, eficácia e eficiência”*, aferidos *“segundo critérios técnicos, da gestão financeira (...) incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno”*.

Os princípios, pela sua própria natureza, enquanto comandos de otimização e harmonização, apresentam uma especial capacidade expansiva, alargam os parâmetros de controlo dos tribunais.

Consequentemente, a obrigação legal do TdC efetuar um controlo aliçado em regras jurídicas e extrajurídicas, às quais se associa, obrigatoriamente, um controlo principialista, redundará num assinalável alargamento do campo de atuação do TdC, ou numa intensificação desse controlo.

Em resultado, poder-se-á caracterizar o controlo do TdC como um controlo intenso, amplo e com uma significativa plasticidade.

## **7. O CONTROLO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PELO TDC**

O controlo judicial das condutas da AP só pode ser feito pelos seus aspetos vinculados, não pelos aspetos discricionários. Ou seja, o que corresponder a aspetos totalmente discricionários do agir administrativo, a competências que sejam próprias ou exclusivas da AP, cai fora do campo da justiciabilidade e da sindicabilidade judicial.

Assim, o TdC, como os demais tribunais, não pode sindicá-los os aspectos puramente discricionários do agir administrativo. Qualquer controlo que seja feito pelo TdC tem de ater-se aos aspetos vinculados daquele agir.

Igualmente, tal como se verifica relativamente aos demais tribunais, o controlo do TdC tem de limitar-se a um controlo de juridicidade.

No âmbito desse controlo de juridicidade, é frequente o TdC invocar os princípios jurídicos, mormente os da contratação pública, para apreciar as condutas das Entidades fiscalizadas. Os referidos princípios têm sido interpretados pelo TdC como mandados de otimização, a cumprir pela AP. Assim, os indicados princípios tanto são invocados e aplicados diretamente, como são convocados para se interpretarem e conformarem as regras jurídicas que se aplicam ao caso.<sup>23</sup>

Para além disso, o controlo da discricionariedade administrativa pelo TdC é também efetuado pela verificação da eventual existência de situações de autovinculação administrativa.<sup>24</sup>

Já referimos que as regras jurídicas nas áreas económico-financeiras e de gestão abrangem campos de atuação amplos e tendem a ser bastante densificadas. A essas regras, alia-se toda uma panóplia de regras

---

23 Cf. neste sentido o Ac. do TdC de 17/01/2023, n.º 2/2023, 1.º S-PL, (de que fomos relatora), que afastou a invocada margem de livre apreciação da Entidade fiscalizada com a invocação dos princípios que regem a contratação pública – cf. pontos 48 a 50 deste Acórdão. Cf. também o Ac. do TdC de 08/11/2022, n.º 29/2022, 1.º S-SS, em que se invoca os diversos princípios da contratação pública para se concluir pela obrigação da Entidade fiscalizada de procedimentalizar, publicitar e submeter ao mercado a intenção de cooperação com outra entidade pública. Por seu turno, no Ac. do TdC de 04/01/2022, n.º 1/2022, 1.ª S/PL, em que se discutia a aplicação de conceitos indeterminados pela AP, refere-se, que a interpretação desses conceitos pela AP, no âmbito da correspondente norma – o art.º 42.º, n.º 2, do CCP – não pode *“afastar os princípios da legalidade e o cumprimento das vinculações financeiras e orçamentais que decorrem da legislação da contratação e de finanças públicas”* – cf. pontos 51 a 56 do referido Acórdão.

24 Cf. neste sentido o Ac. do TdC de 17/11/2009, n.º 164/2009, 1.º S/SS, que refere a autovinculação da AP decorrente da aprovação das regras do concurso – ponto 6.1. Cf. identicamente o Ac. do TdC de 16/04/2013, n.º 9/2013, 1.ª S/SS – cf. ponto 3.1.1. Cf. também o voto de vencido no Ac. do TdC de 08/11/2022, n.º 29/2022, 1.º S-SS, já referido. Neste voto refere-se a existência de uma situação autovinculação administrativa com a conseqüente *“redução da discricionariedade da ação administrativa e procedimental”*.



técnico-científicas, que se encontram incorporadas no Direito e, em muitos casos, apresentam também uma acentuada densificação. Assim, o alargamento normativo desta área de saber e a densificação ou determinabilidade destas normas económico-financeiras aponta para uma maior vinculação e um menor espaço à discricionariedade administrativa.

Igualmente, a circunstância dos juízes do TdC e do corpo especial que os apoia apresentarem especiais competências ou aptidões técnicas para a interpretação e aplicação de regras técnico-científicas nas áreas económico-financeiras e de gestão, permite uma redução – ou no limite, um afastamento tendencial- da usualmente apelidada discricionariedade técnica.

A discricionariedade técnica é hoje uma expressão criticada ou afastada por parte significativa da doutrina, que considera que nestes casos, verdadeiramente, não há o exercício de poderes discricionários. Um juízo que reclama especiais competências técnico-científicas ou competências técnico científicas especializadas, não é necessariamente um juízo que só pode ser feito pela Administração ou que só esta pode estar em condições de o emitir. Se na base da emissão de tal juízo estão elementos ou critérios objetivos – ainda que extrajurídicos – nestes casos, a AP não tem um verdadeiro poder de escolha, mas terá de emitir o único juízo correto à luz daqueles elementos ou critérios objetivos. Consequentemente, esse juízo da AP é sindicável por terceiros e controlável judicialmente, *maxime*, através da intervenção de peritos ou por prova pericial.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Cf., esboçando críticas ao conceito, entre outros, Miguel NOGUEIRA DE BRITO, “Sobre a...”, *op. cit.*, pp. 893-915. Paulo OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp.767-777. Maria Francisca PORTOCARRERO, “Aferição...”, *op. cit.*, pp. 46-52. José Manuel SÉRVULO CORREIA, “Conceitos...”, *op. cit.*, pp. 32–57. António Francisco DE SOUSA, “O controlo...”, *op. cit.*, pp. 414-420. Rui CARDONA FERREIRA, “Contratação pública, discricionariedade técnica e controlo jurisdicional”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 135, 2019, pp. 9–24. Pedro COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito...*, *op. cit.*, pp. 217 e 218; Luiz S. CABRAL DE MONCADA, *Autoridade...*, *op. cit.*, pp. 625-646.

Concordamos e acompanhamos a indicada posição doutrinária.

Como corolário, consideramos que pode ocorrer um controlo tendencialmente total do TdC relativamente aos juízos e às escolhas da AP que se alicerçam na aplicação de regras jurídicas e técnico-científicas nas áreas económico-financeiras e de gestão, quando na base dessa aplicação estiverem elementos ou critérios objetivos. Basicamente, de fora do controlo do TdC ficarão, apenas, as situações que reclamem juízos subjetivos ou uma especial experiência do órgão que emite esses juízos. No que diz respeito a especiais competências técnicas nas áreas económico-financeiras e de gestão, o TdC estará apto a escutiná-las.

Realce-se, que para além dos especiais conhecimentos dos juízes do TdC, decorrentes da diversidade de formações e fontes de recrutamento, o TdC dispõe de serviços de apoio técnico e administrativo que incluem “*um corpo especial de fiscalização e controlo*”, com formações diversas em áreas adequadas às funções desempenhadas pelo tribunal, que facultam aos seus juízes as competências técnico científicas especializadas nas áreas económico-financeiras, de gestão, de contabilidade, de direito e outras - cf. art.º 30.º da LOPTC e Decreto-Lei n.º 440/99, de 02/11.

Por conseguinte, em situações em que se reclame conhecimentos técnico-científicos especializadas nas áreas da competência do Tribunal, que tenham por base elementos objetivos e verificáveis, este Tribunal, à partida, terá capacidade para sindicar e controlar judicialmente os correspondentes juízos emitidos pela AP.



No que concerne às regras de lógica, podem decorrer de remissão expressa da lei – das regras jurídicas e extrajurídicas <sup>26</sup>- ou de um “*princípio geral de logicidade vinculativo da actuação da Administração Pública*”<sup>27</sup> / <sup>28</sup>

Não estando estas regras completamente densificadas ou não sendo objetiváveis, o controlo do TdC tende a efetivar-se pela negativa ou tende a circunscrever-se a um controlo de evidência.

Portanto, de fora do controlo do TdC, porque verdadeiramente dentro do campo dos poderes discricionários, ficarão apenas os juízos ou as valorações

---

26 Por exemplo, estas regras de lógica estão subjacentes a todas as referências legais à obrigação da AP se reger por uma “*lógica de resultados*” – v.g. o art.º 5.º, n.º 1, da Lei n.º 151/2015, de 11/09 (LEO) ou art.º 6.º, n.º 1, als. f) e g) do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23/05/2012.

27 Cf. a afirmação em Paulo OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.* p. 775.

28 Fazendo uso das regras da experiência e da lógica dedutiva, vide o Ac. do TdC de 07/09/2016, n.º 15/2016 – 3.ª S/PL, , que desvalorizou um depoimento considerando que “*é da experiência comum que a urgência na conclusão de trabalhos sejam eles quais forem, é, frequentemente, “inimiga” das boas e sãs práticas*”. Vide, identicamente, o Ac. do TdC de 29/05/2018, n.º 10/2018, 1.ª S/PL, que fez apelo a estas regras de lógica ao interpretar o art.º 5.º, n.º 3, al. a), da Lei de Compromissos e Pagamentos em Atraso, e ao apreciar a questão da transição de fundos disponíveis – negativos – para o ano seguinte – vide ponto 33. do citado acórdão. Vide, também, o Ac. do TdC de 12/12/2019, n.º 18/2019, 3.ª S/PL, onde se apelou para as regras da experiência- e a uma lógica dedutiva- para se aferir da ausência do cuidado devido pelos membros do Conselho de Administração de um hospital. Com apelo às regras de ética, vide o Ac. do TdC de 07/06/2022, n.º 20/2022, 1.ª S- SSS, onde se contradita uma alegação da Entidade fiscalizada considerando o motivo invocado para um dado comportamento como não “*justificativo*” desse comportamento e “*(muito menos ético)*” – cf. ponto 47. do acórdão. Cf. também o Relatório da Secção Regional da Madeira do TdC de Auditoria de Fiscalização Concomitante à Contratação de Serviços Jurídicos pelo Município de Santa Cruz à Santos Pereira & Associados Sociedade de Advogados, SP, RL, P. 02/2019-AUD/FC, onde, para se aferir da responsabilidade financeira da “*estação competente*” se refere o seguinte: “*A “estação competente” deve dispor de capacidade autónoma de análise e de pronúncia; esta capacidade da “estação competente” face ao decisor ou codecisor pode decorrer da lei, de regulamento, de regras deontológicas, dos usos, da natureza própria das funções, da natureza própria das questões ou, eventualmente, da realidade do caso concreto*” – cf. pontos 1.5.2 e 2.2.2.2 do referido Relatório.

da AP que reclamem competências que lhe sejam próprias ou que lhe pertençam unicamente, isto é, aquelas que reclamem juízos subjetivos da AP.

No campo da discricionariedade administrativa *pura* (ou *verdadeira*) também ficarão todas as situações em que haja uma indeterminação ou abertura da norma relativamente aos critérios a utilizar, quando não se consiga identificar os concretos critérios que podem ser utilizados pela AP e haja a possibilidade desta escolher entre mais que um – ainda que estes se possam, depois, reconduzir-se a critérios objectivos (cuja aplicação poderá ser sindicada pelo TdC, apesar deste Tribunal não poder sindicá-la a escolha dos próprios critérios).

## **8. EM ESPECIAL, O CONTROLO PELO TDC DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO, NA VERTENTE DA BOA GESTÃO FINANCEIRA E DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, DA EFICIÊNCIA E DA EFICÁCIA**

Por fim, façamos uma breve referência ao dever de boa administração, na sua vertente da boa gestão financeira e aos princípios da economia, da eficiência e da eficácia, no âmbito da legislação económico-financeira e na perspetiva do controlo do TdC.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Cf. para mais desenvolvimentos sobre estes princípios e o seu controlo judicial, entre outros, Mário AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, *op. cit.* pp. 49-71. Miguel ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios...”, *op. cit.*, pp. 165-188. Rute SARAIVA, “O princípio da eficiência económica e financeira”, in *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos*, Carla Amado Gomes; Ana Neves; Tiago Serrão (Coord.), Lisboa: AAFDL, 2018, p. 223-248. Especificamente sobre o controlo destes princípios pelo TdC, vide, José Joaquim GOMES CANOTILHO, “Tribunal...”, *op. cit.*, pp. 34-37.



Como nota prévia, refira-se, que a autonomia dos indicados princípios da economia, da eficiência e da eficácia, face ao princípio da boa administração, não é totalmente consensual na doutrina. Da nossa parte, como a seguir explanaremos, consideramos que no âmbito do direito económico-financeiro e do controlo do TdC todos estes princípios apresentam autonomia, entre si e face aos restantes princípios que regem a actividade administrativa, *v.g.*, face aos princípios da proporcionalidade e da racionalidade. Tal deriva da sua especial densificação nestas áreas, em grande parte decorrente da importação para o jurídico de regras extra-jurídicas, do foro económico-financeiro e de gestão e da correspondente completude normativa.

É indubitável que estes princípios da boa administração, da boa gestão financeira, da economia, da eficiência e da eficácia adquirem uma relevância acrescida em matéria económico-financeira e de gestão. Daí, que sejam inúmeras as normas financeiras que apelam ou se referem a estes princípios.

Face à sua natureza principiológica, logo à partida, as referidas normas orientam e condicionam o exercício da discricionariedade da AP, pois a AP deve orientar-se no sentido da efetivação máxima daqueles princípios. Para além disso, as indicadas normas-princípio ajudam a revelar o sentido das restantes regras jurídico-económico-financeiras que regulem a matéria concreta. Por último, a consagração destes princípios abre campo, necessariamente, a um controlo pela negativa ou de evidências, permitindo efetuar um controlo da correção e da sustentabilidade técnico-científica, ou da viabilidade,

adequação e razoabilidade económico-financeira da medida adotada pela AP.<sup>30/31</sup>

O princípio da boa administração está consagrado no art.º 5.º do CPA como uma obrigação da AP, como um dever jurídico desta *pautar* a sua atividade “*por critérios da eficiência, economicidade e eficácia*”.

Por seu turno, em matéria económico-financeira, o princípio da boa administração aparece essencialmente afirmado na sua vertente da boa gestão – cf. art.º 68.º da LOE.

---

30 Cf. defendendo o controlo jurisdicional destes princípios, mormente pelos tribunais administrativos e fiscais, Miguel ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios...”, *op. cit.*, pp. 180-188. Susana TAVARES DA SILVA, “O princípio...”, *op. cit.*, pp. 529-544. Referindo e admitindo esse controlo pelo TdC, vide, Maria D’OLIVEIRA MARTINS, A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça da despesa pública, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 281-286. COSTA, Paulo NOGUEIRA DA COSTA, O Tribunal..., *op. cit.*, pp. 151-152, 170-181 e 192-198. Já Pedro COSTA GONÇALVES defende que o dever de boa administração consagrado no art.º 5.º do CPA é “*uma norma de condicionamento da Administração, mas não uma norma de controlo (pois não define um padrão ou critério de controlo a efetuar por tribunais)*” – Pedro COSTA GONÇALVES, Manual de Direito..., *op. cit.*, p. 199. Cf. também as pp- 400-405. Cf., igualmente, Pedro COSTA GONÇALVES, Direito dos Contratos Públicos. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 1004-1005. Apresentando reservas a este controlo jurisdicional, Mário AROSO DE ALMEIDA, “Sobre os...”, *op. cit.*, pp. 49-53. Indicando a boa administração como um critério insindicável judicialmente, salvo em casos de manifesto incumprimento do dever, vide MONCADA, Luiz S. CABRAL DE MONCADA, Código..., *op. cit.*, pp. 84-85. Referindo o controlo destes princípios pelo TdC como um controlo de juridicidade, vide, José F. F.TAVARES, “Os contratos...”, *op. cit.*, pp. 980-981. Cf., ainda, Joaquim FREITAS DA ROCHA, Direito Financeiro Local. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 130-134.

31 Neste sentido, vide, o Relatório de Auditoria n.º 10/12, P. n.º 35/10-AUDIT, da 2.ª Secção, aos exercícios de 2008 e 2009 à Reitoria da Universidade de Aveiro, em que se afasta a alegação de discricionariedade da AP na concessão de apoios financeiros, com a invocação da vinculação ao fim pelo qual a competência foi legalmente concedida, aos princípios e “*à ausência de evidência das ações de acompanhamento e controlo destes apoios*”, indicando-se que para respeito dos invocados princípios a Universidade deveria ter-se autovinculado nas regras a instituir para a atribuição dos dito subsídios – cf. entre outros os pontos 184 a 190, 218 e 284 deste Relatório- disponível em <https://www.tcontas.pt> [consultado em 01/08/2023].



Assim, em sede de legislação económico-financeira este mesmo princípio aparece definido no art.º 3.º da RJPIP, da seguinte forma: “1 - A gestão, a utilização e a alienação dos bens imóveis referidos no artigo 1.º devem ser realizadas de acordo com a ponderação dos custos e benefícios. 2 - As despesas com a aquisição, administração e utilização dos bens imóveis devem satisfazer os requisitos da economia, eficiência e eficácia, especialmente quando envolvam um dispêndio significativo de dinheiros públicos” – cf. também os art.ºs 52.º, n.º 1 e 77.º, n.º 3, desde diploma.

Por seu turno, o art.º 18.º, n.º 2, da LEO, define e delimita os princípios da economia, da eficiência e da eficácia da seguinte forma: “A economia, a eficiência e a eficácia consistem na:

a) Utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público;

b) Promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa;

c) Utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar” - cf. também o n.º 1 deste preceito e art.º 46.º, n.º 3.

Igualmente, o art.º 52.º, n.º 3, al. c), da LEO, determina que “nenhuma despesa pode ser autorizada sem que (...) Satisfaça os requisitos de economia, eficiência e eficácia.”

Significa isto, que em sede de legislação económico-financeira densificou-se o princípio da boa administração, introduzindo-se no âmbito do mesmo uma métrica- quantitativa e qualitativa- relativa à ponderação dos custos e dos benefícios.

Da mesma forma, em sede de legislação económico-financeira densificou-se o princípio da economia, exigindo-se para o seu respeito que

se evidencie uma utilização “*do mínimo de recursos*” para (o fim) de assegurar “*os adequados padrões de qualidade do serviço público*”.

No que se refere ao princípio da eficiência, na determinação do art.º 18.º, n.º 2, da LEO, exige-se para o seu respeito que se evidencie uma “*promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa*”.

Por último, o princípio da eficácia é densificado pela fórmula relativa à “*utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar*”.

Assim, com relação a estes princípios, a legislação económico-financeira introduziu as supra referidas métricas, que apelam ao uso de critérios quantitativos, tendencialmente objetivos ou objetiváveis, associados a demonstrações qualitativas de objetivos e resultados.

Em suma, os citados preceitos legais constantes da legislação económico-financeira, quando remetem para uma obrigação de ponderação entre custos e benefícios, ou entre os recursos e o fim a prosseguir, ou entre acréscimo de produtividade e os resultados ou a despesa, ou entre os recursos utilizados e a adequação aos fins a prosseguir, introduzem na delimitação e alcance dos indicados princípios específicos valores de medida, ou parâmetros comparativos, que acabam por operacionalizar aqueles mesmos princípios, tornando-os em verdadeiros deveres jurídicos para AP, controláveis jurisdicionalmente, designadamente pelo TdC.

São introduzidos pela legislação económico-financeira valores ou parâmetros comparativos e de resultados, que ainda que sejam um tanto indefinidos, redundam em aspetos objetivos ou objetiváveis, ou, pelo menos, demonstráveis, evidenciáveis, quer quantitativamente, quer qualitativamente. Na verdade, estando-se no campo da legislação eco-



nómico-financeira e de controlo de despesas e encargos, é pressuposto que estas ponderações, comparações e resultados, se apresentem ou evidenciem, tendencialmente, através de fórmulas quantitativas ou matemáticas, ou, no mínimo, sejam alicerçadas em critérios e métodos económico-financeiros demonstráveis.

A estas circunstâncias aliam-se os deveres (gerais) de ponderação e de fundamentação das decisões da AP, que a obrigam a exteriorizar as razões que subjazem às decisões de toma, designadamente, quando envolvam despesas e encargos.

Há que concluir, portanto, que em sede de legislação económico-financeira e para efeitos do controlo do TdC, os indicados princípios têm uma densificação acrescida, quer por via das próprias regras jurídicas que os consagram e delimitam, quer, sobretudo, por via da aplicação de regras extrajurídicas e nomeadamente de regras técnico-científicas que, em particular, os densificam.

Igualmente, esses princípios apresentam-se com um campo próprio de aplicação, distinto e que vai para além do que corresponde aos restantes princípios que regem a actividade da AP.

O princípio da boa administração apresenta-se como o mais abrangente destes princípios e engloba em si mesmo “*critérios de eficiência, economicidade e celeridade*”. Também tem um campo de atuação mais vasto que os princípios da economia, da eficiência e da eficácia, pois norteia a AP nas suas escolhas, na tramitação procedimental adotada, na organização interna e na própria estrutura orgânica e organizacional – cf. art.ºs 5.º do CPA e 3.º da RJPIP. Apresenta-se, sobretudo, como um dever da AP.

Já os princípios da economia, da eficiência e da eficácia, como acima referimos, são afirmados essencialmente como *standards* ou métricas,

que tem de servir de base às atuações da AP- art.º 18.º, n.ºs 1, 2, art.º 46.º, n.º 3 e 52.º, n.º 3, al. c), da LOE.

De salientar, ainda, que as indicadas normas apelam, também, para uma obrigação da AP de exteriorizar – por via da devida fundamentação – o juízo ponderativo que esteve na base da sua escolha final. Nesta medida, a AP terá de exteriorizar as várias soluções que configurou como possíveis naquela situação concreta para alcançar o fim que se preconizava. A AP terá de exteriorizar como avaliou as várias soluções e as razões concretas que justificaram a opção pela solução que tenha sido adotada.

A referida exteriorização, tendencialmente, estará suportada por estudos técnico-científicos, ou relacionados com a viabilidade, adequação, racionalidade e razoabilidade económico-financeira da medida adotada.

Consequentemente, por via da obrigação de exteriorização dos critérios e métodos adotados e dos juízos e ponderações efetuados, que subjazem às opções e soluções adotadas, reduz-se a discricionariedade da AP, pois passará a ser permitido ao TdC escrutinar o percurso seguido pela AP até à escolha final e sindicá-lo à luz das regras técnico-científicas ou de lógica que se apliquem na matéria.

Logo, a densificação acrescida destes princípios em sede de legislação económico-financeira, aliada às especiais competências e poderes de fiscalização do TdC, abre campo a uma maior judiciabilidade das condutas da AP. Isto é, em matéria económico-financeira e para efeitos de fiscalização pelo TdC, o controlo dos princípios da boa administração, na sua vertente da boa gestão financeira e dos princípios da economia, da eficiência e da eficácia, é um controlo mais apertado, mais intenso, que aquele que pode ser feito, em geral, pelos demais tribunais.



Na verdade, nas sobreditas áreas o legislador densificou aqueles princípios e definiu melhor, para cada um, os padrões ou os critérios por que se deviam reger ou medir. Para além disso, o legislador conferiu ao TdC, face à sua *especialidade*, adveniente dos seus especiais conhecimentos técnicos, poderes para aplicar os “*métodos e técnicas de auditoria*” necessários e adequados à apreciação- ou medição – das escolhas feitas pela AP e dos resultados que obteve, à luz dos invocados princípios.<sup>32</sup>

---

32 Cf., neste sentido, os art.ºs 54.º, n.º 2 e 87.º, n.º 2, da LOPTC, quando conferem ao TdC a possibilidade de aplicar no seu controlo os “*métodos e técnicas de auditoria decididas, em cada caso, pelo Tribunal*” ou quando remetem para os “*manuals de auditoria e procedimentos de verificação aprovados pela 2.ª secção*” – cf. também os art.ºs 54.º, n.º 3, al. d), da LOPTC, 21.º, 22.º, 23.º, n.º 5, 24.º e 25.º do Regulamento do TdC n.º 112/2018 – PG, de 24/01; o Manual de Auditoria e Procedimentos, aprovado pelo Plenário da 2.ª secção do TdC em 05/02/1998; o Manual de Auditoria – Princípios Fundamentais, aprovado pelo Plenário da 2.ª secção do TdC de 29/09/2016; o Manual de Auditoria de Resultados, aprovado pelo Plenário da 2.ª secção do TdC em 29/09/2016 e a Norma de Auditoria Financeira do TdC, aprovada pelo Plenário da 2.ª secção do TdC de 19/10/2022. Estes Manuais e a indicada Norma estão disponíveis em <https://www.tcontas.pt> [consultados em 01/08/2023]. De notar, ainda, que a referência à boa gestão, enquanto incorporando uma das vertentes da boa administração financeira aparece referida como o resultado do princípio da economia e do “*evitar de desperdícios*” no Manual de Auditoria e Procedimentos e é identicamente frequentemente invocada no Manual de Auditoria – Princípios Fundamentais, aí se referindo que a sua preterição tem relevo para se aferir a responsabilidade financeira. Neste último Manual associa-se a boa gestão ao “*âmbito organizacional*”, refere-se o seu relevo na “*cobrança de receitas e à realização de despesas de Estado e à gestão do património*” e associa-se a boa gestão à ISSAI 100:27, uma norma internacional da INTOSAI. A boa gestão é igualmente referida no Manual de Auditoria de Resultados, em sede de riscos a avaliar. O Manual de Auditoria de Resultados faz também expressa referência aos princípios da ética e do ambiente e densifica o princípio da economia da seguinte forma: corresponde a uma “*minimização do custo dos recursos. Os recursos usados devem estar disponíveis em tempo, em qualidade e quantidade apropriados e ao melhor preço*”. Já o princípio da eficiência é indicado nesse Manual como traduzindo-se “*na obtenção do máximo com os recursos disponíveis. Diz respeito à relação que se estabelece entre recursos empregues e resultados obtidos, considerando o tempo, a quantidade e a qualidade*”. Por seu turno, o princípio da eficácia é definido naquele Manual como se traduzindo “*em alcançar os objectivos fixados e atingir os resultados e impactos pretendidos*”. Mais se indica naquele Manual, por exemplo, que “*a economia centra-se nos recursos (inputs) enquanto a eficiência se centra nas realizações (outputs)*”. Nesse mesmo Manual identificam-se os elementos a avaliar para medir os custos à luz do princípio da economia, ou para medir as realizações e os resultados em cumprimento do princípio da eficácia, ou para medir os objectivos a atingir em observância do princípio da eficiência. Basicamente, nos indicados Manuais os referidos princípios da economia, da eficiência e da eficácia são operacionalizados enquanto *standards* ou métricas de atuação e resultados, como ponderações técnicas, como mensurações entre valores de partida e resultados.

Mais se assinala, que no seu controlo o TdC adota como critério a atuação do administrador mediamente zeloso, competente e prudente, abstratamente colocado naquela situação, que aplica as regras técnicas, os *standards* vigentes e cientificamente consensualizados e as melhores práticas, ou mais adequadas na matéria, procurando alcançar a decisão ótima, porque a mais certa e mais correta à luz do concreto interesse público que se visa prosseguir.<sup>33</sup>

No âmbito deste controlo, o TdC poderá ainda valer-se da existência de anteriores recomendações para situações similares, proferidas nos termos do art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC.

Tendo havido anteriores recomendações sobre a matéria, é pressuposto que já haja um conhecimento e uma consciencialização pela Entidade fiscalizada acerca da necessidade de melhorar ou aprimorar aquela situação, ou aquela ponderação e as escolhas que faz. Ou seja, havendo anteriores recomendações sobre a matéria torna-se imperativo o conhecimento da situação e a sua melhoria por banda da Entidade sujeita a fiscalização, que deve evitar reincidir na ilegalidade ou na irregularidade anteriormente assinalada pelo TdC. Nesta lógica, o controlo pelo TdC da atividade da AP aumenta-se sobre a matéria já ocorreu uma anterior recomendação do TdC. Ou, noutro prisma, a discricionariedade administrativa que possa existir numa concreta situação e inerente a uma certa margem de ponderação e escolha poderá ficar fortemente reduzida ou deixar de existir se para uma situação similar já ocorreu uma recomendação do TdC.

De salientar, que há lugar a responsabilidade sancionatória em caso de “*não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do Tribunal*” – cf. art.º 66.º, n.º 1, al. j), da LOPTC.

---

33 Cf. como lugar paralelo o art.º 9º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 67/2007, de 31/12. Cf. também a este propósito, Pedro COSTA GONÇALVES, Manual de Direito..., *op. cit.*, pp. 193-200.



Por último, assinala-se, que o controlo que é feito pelo TdC não é (nunca) um controlo de oportunidade ou de conveniência, nem é um controlo político, mas é, sim, um controlo técnico-jurídico relativamente ao dever de aplicação pela AP dos princípios da boa administração ou da boa gestão financeira, e ainda, dos princípios da economia, da eficiência e da eficácia, algo que cabe (necessariamente) no controlo de juridicidade a efectuar por este Tribunal.

## 9. CONCLUSÕES

**A)** O TdC é um órgão de soberania, um tribunal supremo, com competência reservada no exercício do controlo económico-financeiro do Estado. Compete-lhe efetuar um controlo integrado, abrangente e efetivo das despesas, das receitas, dos encargos e das contas públicas.

**B)** Orgânica e funcionalmente o TdC apresenta-se como um tribunal, formado por juízes, que com independência desenvolvem uma função própria, de fiscalização económico-financeira do Estado.

**C)** Atendendo ao controlo que se quer efetivar, no recrutamento dos juízes que compõem o TdC vigora um princípio de pluralidade de fontes de recrutamento e de formações.

**D)** Material e formalmente, o TdC apresenta-se como um órgão híbrido, que desempenha funções jurisdicionais, próprias do ato de julgar e, também funções estruturalmente administrativas, ainda que estas últimas estejam jurisdicionalizadas por via da intervenção de um juiz.

**E)** A AP está sujeita ao bloco de legalidade e a um controle de juridicidade. Como corolário, todas as atuações da AP podem ser judicialmente apreciadas nos seus aspectos vinculados.

**F)** Atualmente, é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência que não existem decisões administrativas totalmente discricionárias. O que se verifica é a existência de momentos ou de aspetos discricionários no agir administrativo, que coexistem com outros aspetos vinculados.

**G)** A competência, o fim, os pressupostos procedimentais e formais, incluindo a obrigação de audiência prévia, o dever de ponderação, de fundamentação e o respeito pelos princípios gerais de direito, são sempre aspetos vinculados do agir administrativo.

**H)** O exercício da discricionariedade administrativa pode ainda estar limitado, com amplitudes diversas, em casos de autovinculação e de redução da discricionariedade.

**I)** A intensidade do controlo judicial ou a justiciabilidade da conduta da AP dependem diretamente do maior ou menor grau de vinculação da Administração à lei, isto é, do nível de juridicidade que o legislador impôs àquela conduta administrativa, ou da autovinculação ou redução de discricionariedade que ocorre em cada caso.

**J)** O legislador – constitucional e legal – conferiu ao TdC largos poderes para efetuar um controlo abrangente e efetivo das finanças públicas, que inclui o controlo da conformidade legal das despesas, das receitas, dos encargos, das responsabilidades e, em geral, das contas públicas, ao qual se associa um controlo da boa gestão financeira, ou da aplicação dos dinheiros públicos, aferida por critérios económico-financeiros e de economia, de eficácia e de eficiência nessa gestão.

**K)** Para o efeito, o TdC faz uso de uma panóplia de regras jurídicas e extrajurídicas, *máxime* de regras económico-financeiras, de contabilidade e de gestão, que tem origem primária fora do Direito e que foram, entretanto, incorporadas ou assimiladas no Direito e numa ideia de juri-



dicidade. A essa panóplia de regras associa-se a normatividade que resulta dos correspondentes princípios da boa administração, na vertente da boa gestão financeira, da economia, da eficiência, da eficácia e da racionalidade-económica e financeira.

**L)** Estas circunstâncias permitem que o TdC, logo à partida, efetue um controlo intenso sobre as finanças da AP.

**M)** Para além disso, a especial competência técnica dos juízes do TdC (e do corpo especial de técnicos que os apoiam), confere a este tribunal uma maior justiciabilidade ou a possibilidade de efectuar um controlo mais intenso das condutas da AP.

**N)** Em situações em que se reclame conhecimentos técnico-científicos especializadas nas áreas da competência do Tribunal, que tenham por base elementos objetivos e verificáveis, este Tribunal, à partida, terá capacidade para sindicar aqueles juízos da AP e controlá-los judicialmente, o que faz.

**O)** O princípio da boa administração, na vertente da boa gestão financeira e os princípios da economia, da eficiência e da eficácia, adquirem uma relevância e densificação acrescida em matérias económico-financeiras e de gestão. São inúmeras as normas financeira que apelam ou se referem estes princípios.

**P)** Face à sua natureza principiológica, as referidas normas orientam e condicionam o exercício da discricionariedade da AP. Para além disso, estes princípios abrem campo, necessariamente, a um controlo judicial pela negativa ou de evidência, permitem efetuar um controlo da correção e da sustentabilidade técnico-científica, ou da viabilidade, da adequação, da racionalidade e da razoabilidade económico-financeira da medida adotada pela AP.

**Q)** No âmbito deste controlo, o TdC deverá lançar mão ao critério do administrador mediantemente zeloso, competente e prudente, abstratamente colocado naquela situação, que aplica as regras técnicas, os *standards* vigentes e cientificamente consensualizados e as melhores práticas ou mais adequadas na matéria, procurando alcançar a decisão ótima, porque a mais certa e mais correta à luz do concreto interesse público que se visa prosseguir.

**R)** Ao efetuar o referido controlo, o TdC pode ainda valer-se da existência de anteriores recomendações para situações similares, proferidas nos termos do art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC. Tendo havido anteriores recomendações, torna-se imperativo o conhecimento da situação e a sua melhoria por banda da Entidade sujeita a fiscalização.

**S)** Em todos os casos, o controlo do TdC tem de restringir-se a um controlo de juridicidade, que não é de oportunidade ou de conveniência, nem é um controlo político, mas é, sim, um controlo técnico-jurídico.



# A separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos

LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO <sup>1</sup>

## Resumo

O artigo traça um breve cenário constitucional-institucional da Holanda para analisar dois casos emblemáticos: o caso *Urgenda* e o escândalo do auxílio-creche. Esses casos trazem à tona atuações distintas do juiz no oferecimento de proteção jurídica aos direitos fundamentais dos indivíduos. A análise destes casos no modelo holandês, em que não há controle judicial de constitucionalidade, é esclarecedora sobre os novos desafios enfrentados pelos Poderes estatais — as alterações climáticas e o advento

---

<sup>1</sup> Professora assistente do Departamento de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Leiden, na Holanda; Membro do ICON-S Committee of Engagement and Community; Doutora em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em direito administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

da era digital — e a necessidade de rever a teoria da separação de poderes visando a promover efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Separação de poderes – controle de constitucionalidade – responsividade – escândalo do auxílio creche – caso *Urgenda* – direitos fundamentais

### **Abstract**

*The article outlines a brief constitutional-institutional scenario of the Netherlands as background to analyze two paradigmatic cases, the Urgenda case and the childcare allowance scandal. These two cases bring to light different behaviours of the judge in offering legal protection to fundamental rights. The analysis of these cases in the Dutch model, in which there is no judicial constitutional review, is enlightening about the new challenges faced by the State -climate change and the advent of the digital era- and the need to rethink the theory of separation of powers aiming to offering effective legal protection to fundamental rights.*

**Key words:** Separation of powers – constitutional review – accountability – child allowance scandal – Urgenda case – fundamental rights

**Índice:** 1. Notas introdutórias. 2. Breve exposição do modelo institucional-constitucional holandês. 3. O escândalo do auxílio-creche. 4. O caso *Urgenda* 5. Algumas questões para reflexão a partir do modelo holandês 6. Breves notas finais



## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo pretende apresentar uma organização das ideias expostas para debate e reflexão no IV Colóquio Luso Brasileiro de Direito Público, realizado em Lisboa em abril de 2023.

O objetivo é descrever aspectos fundamentais do modelo constitucional-institucional holandês para, com este pano de fundo, analisar dois casos emblemáticos ocorridos recentemente nos Países Baixos: o caso *Urgenda*, julgado pelo Supremo Tribunal, e o escândalo do auxílio-creche, que levou a vários julgados da Justiça Administrativa. A análise destes casos permite questionar a interação entre a separação de poderes e a proteção jurídica dos indivíduos perante e por meio do Estado, buscando reavaliar dogmas do Direito Público. Tal reavaliação nos parece urgente, ainda mais diante dos desafios impostos pela mudança climática e pela digitalização e uso de inteligência artificial em funções estatais. Não serão apresentadas teorizações concludentes para estas perguntas nesta oportunidade.

O cerne da questão centra-se no papel dos direitos fundamentais e na adequação do *design* institucional para oferecer-lhes proteção. O ponto de partida direciona-se para a busca de uma global responsividade estatal em relação indivíduos e para a construção permanente de relações recíprocas de confiança.<sup>2</sup> Para os indivíduos, não satisfaz que um Poder estatal afirme que a violação a direitos provém da atuação

---

2 Quando se menciona aqui a ideia de uma responsividade global não se pretende fazer do Estado um segurador universal, por isto não se fala em responsabilidade, para afastar um equivocado entendimento de que o Estado tem que indenizar quaisquer situações desfavoráveis que ocorram com seus cidadãos. Por isso também se usa o termo responsividade, mais próximo à ideia de *accountability*, e não responsabilidade em um sentido jurídico mais estrito. Essas ideias se desenvolvem no texto, mas certamente, reclamam aprofundamento e continuidade no trabalho de pesquisa e escrita que ultrapassam as fronteiras do presente artigo.

de outro Poder e que assim se mitigue a responsabilidade estatal; as divisões internas das competências estatais devem ser arquitetadas para concretizar os valores constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais e a democracia. Os equilíbrios necessários para que tais divisões sejam efetivas e sirvam aos direitos e à democracia, já balançados pela desigualdade social e econômica e pela crescente onda populista, enfrentam renovados desafios na era da vertiginosa viragem digital e das mudanças climáticas, reclamando a incorporação de empatia<sup>3</sup> e de políticas de longo prazo<sup>4</sup> nos quadros do Estado Democrático de Direito.

## 2. BREVE EXPOSIÇÃO DO MODELO INSTITUCIONAL-CONSTITUCIONAL HOLANDÊS

Não se pode dizer que os Países Baixos, na cena internacional também comumente denominados Holanda, sejam propriamente desconhecidos na Europa ou mundo afora. Símbolos nacionais como a tulipa, os diques e moinhos, as bicicletas e o tamancos, para ficarmos com figuras pouco polêmicas, assim como o casario e os canais de Amsterdam, são facilmente reconhecidos e identificados com esse pequeno reino cuja

---

3 Parte-se da proposta de Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State* (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.

4 Parte-se da proposta de Katalin SÜLYÖK. *A rule of law revolution in future generations' litigation – intergenerational equity and the rule of law; in the Anthropocene in Hungary Working Papers*, Forum Transregionale Studien 14/2023 DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>.



primeira constituição data de 1814/1815.<sup>5</sup> Por outro lado, pouco parece ser conhecido acima do nível do mar, ou melhor, para além das fronteiras holandesas, acerca do arranjo institucional-constitucional que molda e marca o Direito Público nesta quadra geográfica.<sup>6</sup>

Parece haver diversas razões para esse desconhecimento. Sem pretensão de adentrar um estudo empírico ou sociológico, ousou elencar algumas destas razões a partir da minha atividade acadêmica na Holanda e das minhas percepções atuais. O Direito Público positivo, nomeadamente o Direito Constitucional e Administrativo, conta com instrumentos normativos escritos na língua nacional e é, por excelência, voltado para os nacionais do país e para os que atuam profissionalmente com estas normas, advogados, juízes, administradores públicos, políticos, parlamentares. Sendo assim, os relatórios, os livros, os artigos e todo o ensino dogmático nesta área se desenvolve primordialmente em holandês, tornando mais restrito o seu acesso. A língua holandesa não é uma língua fácil<sup>7</sup>, ao mesmo tempo em que não parece haver motivos para que estrangeiros sem relação com o

---

5 Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet*: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 170 ss.

6 Para uma primeira aproximação em inglês, a partir de uma lente comparativista, veja-se Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021. Para uma visão do estudo e ensino dogmático do Direito Constitucional, vejam-se, entre outros, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021. M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING, B.P. VERMEULEN, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht. Deventer: Wolters Kluwer, 2019; N.S. EFTHYMIU, M.M. JULICHER, R. DE LANGE, S.C. LOEFFEN, S.A.J. MUNNEKE, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2020. Para uma visão mais aprofundada e interdisciplinar, consultem-se Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet*: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019; Wim VOERMANS, *Onze constitutie*: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel. Amsterdam: Prometheus, 2023.

7 O aprendizado do holandês não parece propriamente fácil para aqueles que têm línguas maternas latinas; ou seja, no quadrante cultural onde nossa publicação se insere. O mesmo não se pode dizer de falantes de outras línguas europeias, como o alemão ou o dinamarquês, por exemplo.

país aprendam-na, principalmente porque a maioria dos holandeses dominam outras línguas, com destaque para o inglês. No âmbito da Europa, a economia e a política holandesa não figuram entre as que mais atraem preocupação; se fosse o contrário, poderia haver razões quer para aprender o idioma, quer para buscar conhecer o Direito positivo do país.

Junte-se a isto que os holandeses são tradicionalmente apoiantes da integração europeia (ainda que tenham rejeitado a adoção de uma Constituição europeia em 2005) e sustentam uma aparente cultura de abertura e internacionalização, características de uma sociedade em que os serviços, as atividades comerciais, financeiras e de seguros têm papel de destaque. Esses aspectos se plasmam no Direito positivo pela assunção de uma concepção monista moderada em relação às normas internacionais<sup>8</sup> e pelo papel proeminente em sediar tribunais internacionais<sup>9</sup> e alavancar o desenvolvimento do Direito Internacional.<sup>10</sup> O extensivo uso de instrumentos justinternacionais, nomeadamente em inglês, também contribui para um certo obscurecimento de instrumentos justnacionais.

Por óbvio, estas razões encontram, por sua vez, explicações históricas, geográficas e econômicas e assim poder-se-ia perquirir sobre toda a formação e as características da sociedade e do Estado holandês. Por ora,

---

8 Por força dos arts. 93 e 94 da Constituição holandesa. *Vide*, a respeito, Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 606 ss.

9 Encontram-se sediados em Haia o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional.

10 Para os internacionalistas, a figura de Hugo Grócio é bastante relevante. Além disso, Haia serviu de sede para as primeiras Conferências da Paz, relevantes para o desenvolvimento da diplomacia e relações internacionais. Passou, a partir da primeira Conferência, a servir de casa para a Corte Permanente de Arbitragem. Hoje, para além deste órgão e dos tribunais mencionados, funciona em Haia a Academia de Direito Internacional.



basta-nos mencionar alguns porquês de um relativo desconhecimento sobre o cenário institucional-constitucional holandês, já que esses mesmos porquês podem nos ajudar a entender o funcionamento desta peculiar máquina institucional-constitucional e desde já nos alertam para as dificuldades de compreensão de modelos estrangeiros, tão conhecidas na prática do Direito Comparado.<sup>11</sup>

Pois bem, o modelo institucional-constitucional holandês nos proporciona surpresas curiosas que não devem ser interpretadas segundo o susto inicial, exigem um pouco de aprofundamento, uma leitura das entrelinhas e a busca de uma compreensão sistêmica e contextualizada. Vamos a isto.

Em linhas muito gerais, que merecerão adiante o aprofundamento de alguns aspectos relevantes para o presente artigo, trata-se de uma monarquia constitucional com um sistema parlamentar de governo.<sup>12</sup> O

---

11 Para uma aproximação às dificuldades do método comparado, vide Vicki C. JACKSON, *Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law* (December 1, 2010). *Penn State International Law Review*, Vol. 28, p. 319, 2010, Georgetown Public Law Research Paper No. 11-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1739756>; Stephen GARDBAUM, *How Do and Should We Compare Constitutional Law?* (2016). *Comparing Comparative Law*, Samantha Besson, Lukas Heckendorn & Samuel Jube eds. (Swiss Institute of Comparative Law, 2016), UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 16-15, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2758885>; Ran HIRSCHL, *Comparative Matters: Response to Interlocutors* (October 10, 2016). *Boston University Law Review*, Vol. 96, No. 4 (2016), pp. 1393-1424, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2851092>; Armin VON BOGDANDY, *Comparative Constitutional Law as a Social Science? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's, Comparative Matters* (April 11, 2016). *Der Staat*, 55 (2016), 103–115, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-09, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773738>

12 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 92; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 85 ss.

Estado é unitário descentralizado, organizado primeiramente pelo Estatuto do Reino<sup>13</sup>, seguido da Constituição<sup>14</sup>. Na porção europeia continental, há 12 províncias, cujas competências, bem como as das municipalidades, têm raiz constitucional, mas se definem essencialmente por meio de leis nacionais.<sup>15</sup> Como entidades de Direito Público de raiz constitucional encontram-se ainda as autarquias incumbidas de “gerir a água” (*waterschappen*, algo como autoridades regionais da água).<sup>16</sup>

O Parlamento é bicameral, formado por duas casas, a Primeira e a Segunda Câmara (*Eerste en Tweede Kamer*). Os representantes para a Segunda Câmara são eleitos diretamente para um mandato de 4 anos, por meio de um sistema proporcional sem “limiar eleitoral” (*kiesdrempel*),<sup>17</sup> o que explica a sua composição por múltiplos partidos e a necessidade

---

13 Sobre o Estatuto, vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 94 ss; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 108 ss.

14 Consultem-se, a respeito, os arts. 41 e seguintes do Estatuto. É mais correto dizer que os Países Baixos como país situado na Europa é um Estado unitário descentralizado, do qual também fazem parte, como entidades descentralizadas, Bonaire, Saint Eustatius e Saba (geograficamente situadas no Caribe). Para a totalidade do Reino seria talvez mais fidedigno dizer que se aproxima de uma construção quase-federal conglobando os Países Baixos (país na Europa), Aruba, Curaçao e Saint Martin (3 países no Caribe). Essa explicação é necessária, visto que o Estatuto do Reino vale para todas essas entidades e países. Já a Constituição holandesa vige nos Países Baixos, Bonaire, Saint Eustatius e Saba. (Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 89.) Sobre a descentralização e os entes descentralizados, vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 130 ss.

15 Arts. 124 e 123 da Constituição holandesa. Vide Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 685 ss.

16 Art. 133 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 659 ss.

17 Sobre o sistema eleitoral, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 249 ss.



de coalisões para a formação do Gabinete (*Kabinet*).<sup>18</sup> Os representantes para a Primeira Câmara são eleitos para um mandato de 4 anos pelos membros dos “Parlamentos” das províncias.<sup>19</sup>

O rei é chefe de Estado<sup>20</sup> e o primeiro-ministro é o chefe do Gabinete, sendo escolhido segundo o resultado das eleições para a Segunda Câmara. O Governo (*Regering*) é composto pelo chefe de Estado (rei) e pelos ministros, os ministros por sua vez compõem o Conselho de Ministros (*Ministerraad*). Todos os ministros, com ministério e sem pasta, juntamente com os secretários de Estado, formam o chamado Gabinete (*Kabinet*), liderado pelo primeiro-ministro<sup>21</sup> (*primus inter pares*).<sup>22</sup> O chefe de Estado conta com competências formalmente reconhecidas na Constituição, por fazer parte do Governo; tais competências foram sendo transferidas, na prática, para o Gabinete.<sup>23</sup> Assim, hoje, por vezes onde a Constituição prevê Governo, lê-se Gabinete. O Governo tem competências executivas, mas participa também do processo legislativo. O chefe de Estado não possui responsabilidade política, repousando esta nos ministros (*Ministeriële verantwoordelijkheid*).<sup>24</sup> Como referido, neste siste-

---

18 Sobre a formação do Gabinete, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 173 ss.

19 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 218 ss.

20 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 161.

21 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 234.

22 Sobre o Governo e os ministros, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 170 ss.

23 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 169.

24 Art. 42 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 351 ss.

ma parlamentar, o Gabinete se forma, em geral, por coalisão entre os partidos com maior representação na Segunda Câmara e, para se manter governando o país, precisa contar com a confiança da maioria desta Câmara. Esta relação entre Gabinete e Parlamento, regida pela regra não escrita da confiança (*vertrouwensregel*), é marcante na estruturação da separação de poderes no cenário holandês.<sup>25</sup>

No que tange à atividade jurisdicional, ao lado do Poder Judiciário, encontra-se organizada uma Justiça Administrativa (ou um sistema de juízes administrativos – *bestuursrechters*) cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado (*Raad van State*), ou melhor, uma secção do Conselho de Estado incumbida de função jurisdicional (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*).<sup>26</sup>

Em termos de Direito positivo, abaixo do Estatuto do Reino encontra-se a Constituição holandesa no topo da hierarquia normativa. Trata-se de um documento escrito, elaborado inicialmente em 1814/1815 e que vem sendo considerado até hoje a mesma Constituição.<sup>27</sup> Houve, no entanto, em determinados momentos históricos, severas mudanças nesta Constituição.<sup>28</sup> O fato de não terem resultado de movimentos de total ruptura institucional tem levado a cristalizar a afirmação de que se trata da mesma

---

25 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 287 ss; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 338 ss.

26 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 346 ss C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 323 ss.

27 Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet: zoeken naar wij*. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 170 ss.

28 Sobre a alteração de 1983 é importante salientar que inaugurou na Constituição um capítulo inicial devotado aos direitos fundamentais. Vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 365-366; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 418.



ordem constitucional que se altera, configurando uma ordem constitucional evolutiva, em contraste com ordens providas de movimentos revolucionários ou de ruptura. As mais profundas alterações constitucionais formais datam de 1848, 1917, 1946-1956, 1983, e tangenciaram, respectivamente, a introdução do sistema parlamentar de governo, a “pacificação” (em relação às contendas sobre o direito de voto e o ensino – muito ligadas às questões religiosas), as consequências da descolonização e da internacionalização, uma revisão geral com a extensão do rol de direitos fundamentais.<sup>29</sup> A Constituição pode ser tida como rígida, visto que seu processo de alteração exige dupla votação com maioria qualificada, mediada por eleições gerais para a Segunda Câmara.<sup>30</sup>

Quanto à ordem internacional, vigora a concepção monista moderada acima referida, segundo a qual concebe-se como una a ordem jurídica internacional e doméstica. Desse modo, as normas de Direito Internacional são como tais vigentes na ordem doméstica, sem a necessidade de transposição para instrumentos normativos domésticos. Além disso, normas internacionais, como será adiante explicitado, servem como parâmetro para a juridicidade de normas legais e infra-legais; trata-se do chamado controle de convencionalidade. Curiosamente, apesar de a

---

29 Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 63 e ss.

30 Art. 137 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 90 ss. Para uma aproximação aos processos de alteração constitucional, formais e informais, na Holanda, vide Reijer PASSCHIER, *Formal and Informal Constitutional Change in the Netherlands*. In: Franco Ferrari G., Passchier R. & Voermans W.J.M. (red.), *The Dutch Constitution beyond 200 Years: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*. The Hague: Eleven Publishers, 2018, pp. 153-168; Reijer PASSCHIER, *Informal constitutional change: constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (Dissertatie. Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University), 2017, The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University nr. 292. Promotor(en): Voermans W.J.M.

Constituição situar-se no topo da hierarquia normativa doméstica, abaixo do Estatuto do Reino, não se tem um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis formais, apenas de atos normativos infralegais. Para as leis em sentido formal, o que há é um controle de compatibilidade com a Constituição feito preventivamente por uma secção do Conselho de Estado em uma etapa do processo legislativo. Quanto ao Direito Europeu, seguem-se as normas próprias de incorporação e validade determinadas nos tratados fundantes da União Europeia.<sup>31</sup>

No que diz respeito à relação entre Administração e Parlamento vige o princípio da legalidade no sentido de se ter a lei em sentido formal como instrumento necessário para determinar penalidades e intervenções significativas na esfera juridicamente protegida dos indivíduos.<sup>32</sup> Esta arquitetura não impede a existência de normas infralegais advindas de órgãos executivos (por exemplo: *Algemene maatregelen van bestuur*; *ministeriële regelingen*<sup>33</sup>). Também há lugar, nesta arquitetura, para normas provenientes dos órgãos provinciais e municipais (*Plaatselijke verordeningen*).<sup>34</sup> As normas básicas para o agir administrativo geral encontram-se consolidadas em uma lei geral (*Awb – Algemene wet bestuursrecht*) que trata das decisões gerais, dos atos administrativos, dos procedimentos gerais, assim como estabelece alguns princípios de boa administração (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*).

---

31 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 123 ss.

32 Arts. 81 e 89 da Constituição holandesa. Vide, para uma primeira aproximação à compreensão da legalidade/juridicidade na Holanda, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 363 ss.

33 Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 584 ss.

34 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 632.



Esta é uma muito breve e esquemática apresentação do modelo institucional-constitucional holandês. Para o objetivo deste artigo, importa explorar com um pouco mais de detalhe a Justiça Administrativa e a ausência de controle jurídico de constitucionalidade.

Na Holanda, há marcas no Direito Público que cunham uma reação adversa à Revolução Francesa – como o fortalecimento da monarquia e seu regramento constitucional<sup>35</sup> – e outras que justamente plasmam uma influência do Direito francês pós-Revolução. Nesse sentido, situa-se, com suas idiossincrasias por certo, a estruturação do procedimento e processo administrativos e da Justiça Administrativa.<sup>36</sup> Pode-se dizer que as grandes linhas observadas no Direito Público continental em geral são também vivenciadas no cenário holandês, qual sejam, em um primeiro momento da monarquia parlamentar a atuação estatal ainda se via circunscrita, para além da legislação, a atividades de poder de polícia e manutenção da ordem. Foi com o advento do sufrágio universal (homens em 1917, mulheres em 1919) que a atuação estatal se expandiu para novos terrenos, o que ganhou impulso com a crise da década de 30 e fortemente após a Segunda Guerra Mundial. A expansão da atuação estatal foi trazendo à tona a necessidade de criar mecanismos de proteção do indivíduo e da sociedade em relação a esta atuação, bem como de poder contrastá-la junto a autoridades com competências jurisdicionais.

---

35 Tais marcas, como explicitado anteriormente, hoje se encontram mitigadas; tem-se uma monarquia constitucional na qual os poderes do monarca são bastante limitados.

36 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, NALL 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000005.

Como observam Barkhuysen, Ouden e Schuurmans, não há uma longa história de contraste judicial da atividade administrativa na Holanda. A proteção que primeiramente se forjou se desenvolvia na própria seara administrativa e levou à estruturação de um sistema bastante fragmentado, visto que diversas atuações administrativas eram tradicionalmente regradas por legislações específicas e desafiavam, assim, procedimentos também específicos. Com o espraiamento da atuação administrativa, mormente após a Segunda Guerra Mundial, um novo cenário começou a se delinear, clamando por alguma sistematização.<sup>37</sup>

Em 1963 foi editada a Lei de recurso contra decisões administrativas (*Wet beroep administratieve beschikkingen*), voltada a possibilitar o contraste de decisões administrativas do governo central por meio de apelo à Coroa, quando não houvesse outro meio de proteção jurídica disponível. Posteriormente, em 1976, também por meio da legislação (*Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*) inovou-se no cenário do Direito Público holandês, possibilitando-se o recurso a uma nova Secção Judicial do Conselho de Estado, contra decisões administrativas para as quais não houvesse outro meio de proteção jurídica. Deu-se aqui um passo importante na construção do contencioso administrativo, prevendo-se o recurso a um órgão com competência jurisdicional. Já em 1983, ano em que houve uma sensível alteração na Constituição, previu-se em seu art. 107 que deveria haver legislação para estabelecer as regras gerais de Direito Administrativo.<sup>38</sup>

---

37 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000005.

38 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000005.



A atualmente em vigor Lei Geral de Direito Administrativo (*Awb - Algemene wet bestuursrecht*)<sup>39</sup> traz definições como, por exemplo, o que se entende por órgão administrativo (*bestuursorgaan*), decisão administrativa (*beslissing*; e suas várias espécies, como mais especificamente “ato administrativo” – *beschikking*), interessado (*belanghebbend*), definições estas essenciais para o funcionamento da Administração na prática, bem como fundamentais para definir a Justiça competente e a admissibilidade do acesso aos meios judiciais. Esta mesma lei também regula o procedimento administrativo em geral, ou seja, o procedimento para a tomada de decisões administrativas (ou produção de atos administrativos), estipulando os princípios aplicáveis, a forma e duração dos procedimentos, vias de revogação e convalidação. Igualmente é esta lei que prevê a regra geral de se contrastar a atuação administrativa primeiramente na via administrativa para, só então, não havendo sucesso, recorrer-se a um juiz ou tribunal (*bezwaar tegen beschikking; beroep*). A atuação perante juízes ou tribunais para contrastar a atividade administrativa é regrada especificamente e estudada, assim como em Portugal, sob a denominação de contencioso administrativo ou direito processual administrativo (*bestuursprocesrecht*).

Diversos autores destacam a importância dada na Holanda à fase de preparação das decisões administrativas, ou seja, ao procedimento administrativo com suas regras e princípios, nomeadamente os princípios da boa administração (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) e sua observância na preparação das decisões. Estes aspectos são também muito valorizados no processo em que tais decisões são controladas, ou seja, o controle jurisdicional centra-se destacadamente nestes aspectos, em uma

---

<sup>39</sup> Para uma visão geral bastante detalhada desta lei, vide TOM BARKHUYSEN, VAN DEN BRINK, DRAHMANN, OUDEN, SCHUURMAS, TJEPKEMA, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*. Deventer: Wolters Kluwer, 2022.

análise da sua juridicidade. Ademais disso, a doutrina registra uma certa deferência do juiz administrativo em relação à Administração Pública no que tange ao teor das decisões; verifica-se uma atitude de cautela, para não adentrar espaços de discricionariedade administrativa, levada a cabo sob o conceito de “controle de razoabilidade da decisão administrativa”.<sup>40</sup>

A divisão de competências entre os órgãos do Poder Judiciário em sentido estrito e órgãos da chamada Justiça Administrativa revela-se ainda bastante complexa, mesmo que haja normas jurídico-positivas disciplinando tal divisão e mesmo havendo jurisprudência sobre a matéria.<sup>41</sup> A organização judicial pode ser explicada a partir de um sistema existente com tribunais locais e distritais e tribunais de apelo ou superiores. No topo da jurisdição desenvolvida pelo Poder Judiciário (competente para matéria civil, criminal e tributária), encontra-o o Supremo Tribunal, ou Conselho Superior em tradução literal de *Hoge Raad*. Os tribunais distritais têm competência para matérias administrativas, mas em grau de recurso há 3 tribunais superiores com competência determinada em razão da matéria e que fazem parte da Justiça Administrativa; o “Conselho central para recursos em matéria de servidores públicos e segurança social” (*Centrale Raad van Beroep*), o “Conselho para direito econômico” (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) e a “Secção Jurisdicional do Conselho de Estado” (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*); coroados pelo *Hoge Raad*.<sup>42</sup>

---

40 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000005.

41 Art. 112 da constituição holandesa. Consulte-se a jurisprudência: *Guldemon/Noordwijkerhout-arrest* (ECLI:NL:HR:1915:AG1773); *Plassenschap Loosdrecht-arrest* (ECLI:NL:PHR:1977:AC6111). Vide, a respeito, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 398 ss.

42 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 346 ss.



Ainda neste breve quadro institucional-constitucional é importante esclarecer que o “juiz civil” (órgãos do Poder Judiciário) funciona como juiz residual<sup>43</sup> em relação ao “juiz administrativo” (órgãos do Poder Judiciário que cuidam de matéria administrativo-constitucional e órgãos da Justiça Administrativa). O contencioso administrativo seja perante órgãos do Poder Judiciário que cuidam de matéria administrativo-constitucional, seja perante a Justiça Administrativa, não se presta a qualquer contestação de decisões de cunho abstrato e genérico<sup>44</sup>, tendo estas, se presentes as condições de admissibilidade, que ser levadas ao juiz civil. Essa explicação é relevante na medida em que se pode ter por vezes, sobre uma mesma matéria, uma decisão da Administração ao nível individual (comparável ao que chamamos de ato administrativo, seria uma *beschikking*), que deverá ser contrastada eventualmente junto ao juiz administrativo, e uma medida abstrata, que somente poderá ser contrastada junto ao juiz civil.

Na atividade jurisdicional, aos juízes, seja do Poder Judiciário, sejam os chamados juízes administrativos, está vedada a verificação da constitucionalidade das leis em sentido formal, bem como estão impedidos de controlar a juridicidade de leis em sentido formal em contraste com princípios implícitos da ordem constitucional, nem podem impor dever de legislar ao Parlamento.<sup>45</sup> Por um lado, não existe a mesma vedação no que tange a atos normativos infralegais, que podem ter sua conformidade com a Constituição verificada pelos juízes e tribunais, seguindo

---

43     Veja-se a jurisprudência Changoe-arrest (ECLI:NL:HR:1992:ZC0527).

44     Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

45     C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 408 ss.

as regras de competência aplicáveis. As vedações explicitadas denotam uma interpretação do princípio da separação de poderes que coloca o Parlamento em posição de primazia no que tange à legislação, seja sua criação, seja a análise de sua constitucionalidade. Essa interpretação permeia a colocação em prática do Direito Constitucional holandês e se faz sentir claramente na atividade jurisdicional; igualmente permeia os quadros mentais teóricos e dogmáticos do constitucionalismo batavo, sendo sensível na ausência de maior teorização sobre temas como os dilemas do controle de constitucionalidade, sobre a interpretação constitucional e sobre o papel estruturante dos direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Por outro lado, é importante explicitar que a adoção da concepção monista moderada em relação ao Direito Internacional, plasmada por meio da interpretação dos arts. 93 e 94 da Constituição holandesa, como mencionado acima, leva a que as normas de Direito Internacional que possam ser tidas como obrigatórias *erga omnes*, normas auto-exequíveis, sejam válidas na ordem interna como normas internacionais diretamente justiciáveis perante os juízes e tribunais. Essa circunstância soma-se à proibição de controle de constitucionalidade pelos juízes e tribunais e leva a que as normas internacionais, mormente os tratados em matéria de direitos humanos, funcionem como parâmetro de verificação da juridicidade das leis em sentido formal. Entende-se, assim, por que os julgados mais relevantes em matéria de direitos humanos e muitas vezes em matéria de Direito Público têm como base a Convenção Euro-

---

46 Essa situação tem vindo a se modificar, com o notável crescimento de publicações sobre estes assuntos, muitas delas produto do trabalho acadêmico de autores citados neste artigo.



peia de Direitos Humanos<sup>47</sup> e não a Constituição holandesa.<sup>48</sup> Talvez essa circunstância explique também o fato de a proibição de controle judicial de constitucionalidade se manter até hoje.<sup>49</sup>

Considerando que o controle judicial da constitucionalidade se liga essencialmente à limitação da atividade do legislador democrático de modo a submetê-la aos parâmetros criados pelos direitos fundamentais, é importante ressaltar o que vemos como uma idiosincrasia da ordem constitucional holandesa. Os tribunais pátrios não podem controlar a constitucionalidade das leis advindas do Parlamento, mas podem verificar a sua convencionalidade, ou seja, a sua compatibilidade com as normas de Direito Internacional, tal como previsto no arts. 93 e 94 da Constituição.<sup>50</sup> Esse parâmetro material superior, encontrado no conjunto dos direitos fundamentais, no caso holandês se vai buscar não na Constituição – apesar de esta contar, a partir da reforma de 1983, com um rol significativo de direitos fundamentais – mas nas normas internacionais, com destaque para a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O catálogo de direitos fundamentais da Constituição existe e forma inclusive o capítulo inaugural desta, mas não figura no centro nas grandes discussões do Direito Público nacional pelas circunstâncias acima explicitadas. Essa é uma característica muito relevante para a compreensão do modelo holandês e para a sua aproximação crítica a partir dos dois exemplos que serão discutidos nas seções abaixo.

---

47 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 349.

48 A.E.M. LEIJTEN, H.E. VAN TERWISGA. Naar een stabielere positie van de Nederlandse rechter in een veranderd grondrechtenlandschap, *TvCR*, 2021, afl. 3, p. 166

49 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 413.

50 Há que pontuar que nem todos os tratados exigem a ratificação pelo Parlamento, o que convoca desde já um questionamento em relação ao papel do legislador (Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 356-366).

### 3. O ESCÂNDALO DO AUXÍLIO-CRECHE

O escândalo do auxílio-creche na Holanda, conhecido como *toeslagenaffaire* refere-se a uma sucessão de condutas estatais que levaram a seríssimas consequências para milhares de famílias e acabaram por desembocar na queda de um gabinete (Gabinete Rutte III, em 15 de janeiro de 2021)<sup>51</sup>, após a conclusão e divulgação do relatório da Comissão Parlamentar sobre este auxílio (*Parlementaire Ondervragingscommissie Kindertoeslagopvang* (POK)).

Como parte do sistema de seguridade e assistência social, previu-se na Holanda um auxílio (*toeslag*) para ajudar a custear a creche para crianças (previsto pela *Wet kinderopvang* de 2004 e posteriormente também regulamentado pela *Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen* de 2005). Para pais ou cuidadores que preenchessem as condições legais, a Administração deveria pagar um auxílio para o custeio de creches.<sup>52</sup> Recebido o auxílio, os beneficiários tinham que além de fazer aportes próprios, por assim dizer, prestar contas à Administração. Ocorre que, por vezes, os pais/cuidadores cometiam erros formais relativos às declarações e documentos necessários, ou havia diferenças em pequenas quantias dos pagamentos. Irregularidades como estas foram interpretadas pelos órgãos administrativos executores desta política, ou seja, responsáveis pela implementação do auxílio-creche, de forma a determinar a integral devolução dos valores recebidos a título de auxílio.

---

51 Consulte-se a *verklaring van minister-president Mark Rutte over het aftreden van het kabinet* (Explicação do primeiro ministro sobre a demissão do Gabinete) em <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/15/verklaring-van-minister-president-mark-rutte-over-het-aftreden-van-het-kabinet>.

52 No sistema de ensino, cujas escolas são na maioria públicas e gratuitas, as crianças ingressam com 4 anos. Antes desta idade e para as crianças já em idade escolar que precisam de acolhimento para a possibilitar a complementação do horário integral, há locais de acolhimento (*kinderopvang*; *kinderdagverblijf*; *buitenschoolsopvang*) que não são gratuitos. O auxílio destina-se ao custeio deste tipo de acolhimento.



Já a partir de 2004, surgiram vozes chamando a atenção para os problemas existentes com o quadro normativo e a implementação deste auxílio, mas apenas em 2017 esses problemas começaram a ser levados a sério e investigados. Estimativamente, 2.200 pais/cuidadores foram tidos como fraudadores do sistema e cerca de 8.000 receberam determinações para a devolução integral das quantias recebidas.<sup>53</sup> Não é difícil perceber que os beneficiários de tal política de auxílios já à partida constituíam uma franja pouco favorecida da sociedade, visto que os critérios de elegibilidade se relacionam com a sua fonte de renda. Essa vulnerabilidade econômica, como se sabe, se espalha para outros campos, como o acesso a informação, as habilidades para se relacionar digitalmente com a Administração, as habilidades linguísticas, colocando os beneficiários deste auxílio muitas vezes numa relação bastante desequilibrada face à Administração.

Tais beneficiários, sem condições de custear as creches como meios próprios, se viram, diante deste tipo de atuação da Administração, frequentemente em situação de miséria e desespero, forçados a devolver quantias adiantadas a título do auxílio as quais não dispunham. Milhares de famílias afundaram em dívidas e tiveram sua situação cada vez piorada durante anos, o que marcou de forma determinante e indelével uma geração de pais e crianças. As consequências não foram apenas financeiras, havendo o registro de inúmeras famílias destroçadas por

---

53 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak*, Adviezen, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR-3546862021DUTCH.pdf).

males psíquicos, desemprego e despejos de suas casas e até mesmo pela retirada dos filhos e perda da guarda.

A política dura de devolução de auxílios “plasmada” na lei e executada pelo Fisco<sup>54</sup> vinha desde os gabinetes Rutte I e Rutte II. Por causa de fraudes havidas no sistema social – com destaque para o que ficou conhecido como a “fraude dos búlgaros” (*Bulgarenfraude*), buscou-se um marco legal e uma política de “tolerância zero”, tidos como necessários para manter o sistema em bom estado. Sendo assim, na legislação e na execução, a ideia era que qualquer irregularidade, ainda que formal ou mínima, deveria levar à devolução integral das quantias recebidas a título de auxílio (*toeslag*). Legalmente foi criado um sistema em que tais benefícios eram pagos a título condicional, ou seja, como um adiantamento sujeito a controle posterior. Havendo irregularidade, determinava-se a devolução integral das quantias pagas a título de adiantamento.

Tais determinações, constantes das leis pertinentes (*Wet Kinderopvang (Wko)* e *Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir)*), haviam sido “aprovadas” pelo Conselho de Estado, com recomendações<sup>55</sup>; sugeriu-se então a introdução de uma cláusula que permitisse excepcionar essa determinação de devolução integral. Não acatada essa recomendação e em mantendo-se em vigor a lei, por muito tempo, o Conselho de Estado não identificou aqui qualquer problema jurídico. O Fisco, por sua vez, foi determinando em uma multitude de casos a devo-

---

54 Vamos aqui usar os termos Administração e Fisco como intercambiáveis.

55 Sofia RANCHORDAS, *Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access*. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>.



lução total das quantias pagas, ainda que diante de irregularidades formais ou ínfimas. Desse modo, casos individuais absurdos foram surgindo.

Essa forma de atuação da Administração desnuda profundas mudanças que estão sendo vivenciadas na atividade administrativa, nomeadamente a atuação em massa com o uso de sistemas digitais de decisão e recurso à inteligência artificial<sup>56</sup> e o acirramento da vulnerabilidade de categorias já marginalizadas, cujo acesso a direitos se torna ainda mais difícil no espaço digital. Esse caso realmente descortina esta situação. Segundo Sofia Ranchordas, pequenos erros levaram a desastrosas consequências, sem que houvesse, durante anos, espaço para os indivíduos serem realmente ouvidos, engajarem em interlocuções significativas com as autoridades públicas. O *toeslagenaffaire* mostra como a empatia é essencial, mormente diante de uma Administração digital.<sup>57</sup>

O primeiro caso em que se verificou contestação veemente da atuação do Fisco ficou conhecido como *CAF 11 Hawaii*.<sup>58</sup> Muitos outros casos vieram à tona. Os pais que deveriam fazer prova dos gastos pertinentes ao Fisco frequentemente não tiveram os prazos procedimentais respeitados além de terem enfrentado outros graves vícios procedimentais; por exemplo, quando os documentos não eram aceitos, não eram infor-

---

56 A.C.M. MEUWESE. *Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming*. 2023. Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3636561>.

57 Seguindo Sofia Ranchordas: “*I define empathy as the ability to acknowledge, respond, and understand the situation of others, including their challenges and concerns*” (Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State* (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>).

58 Para mais informações, vide: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/01/18/acties-voortkomend-uit-caf-11-hawaii-%E2%80%93-plan-van-aanpak-werkinstructies>.

mados do que era necessário ou do que estava irregular. Vários pais e cuidadores, diante da exigência de devolução e sem obter êxito de seus pleitos junto à Administração, recorreram à proteção jurisdicional e bateram às portas do juiz administrativo. Esse, por anos, em geral endossou a interpretação da Administração, que restou intitulado na Holanda como a regra do “tudo-ou-nada”.

É interessante observar que o tribunal distrital de Rotterdam ousou discordar da interpretação da Secção Jurisdicional do Conselho de Estado, asseverando que a interpretação e a aplicação da lei no modelo tudo-ou-nada não derivavam automaticamente da lei e que um teste de proporcionalidade (*evenredigheidstoets*) podia ser aplicado no julgamento dos casos individuais. Este tribunal tornou sem aplicação em seus julgamentos os atos normativos infralegais que regulamentavam a aplicação das normas legais. Tais julgamentos foram anulados (*vernietigd*) pela Secção Jurisdicional do Conselho de Estado.

Outro tribunal distrital que dissentiu do Conselho de Estado em alguns casos foi o de Haia, porém de forma mais discreta, não questionando a linha de interpretação explicitamente, mas valorando o material de prova de forma menos rígida.<sup>59</sup> Em casos como esse, curiosamente, o Fisco não recorreu, uma vez que não verificou de maneira patente o risco de formação de precedente contrário à sua posição, visto que se tratava de valoração da prova e não propriamente de tese jurídica.

Há relatos segundo os quais as primeiras instâncias da Justiça Administrativa, em casos em que aventaram dar razão aos pais, não o fizeram, considerando que o Conselho de Estado reveria suas decisões já que, por

---

59 BRINK, JONGKIND. Kinderopvangtoeslag. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 2021(18), 940-945 (<https://hdl.handle.net/1887/3278350>).



meio de sua secção jurisdicional, a princípio endossou a tese do Fisco. Nesse cenário, muitas vezes as ações nem chegaram ao Conselho de Estado e outras tantas vezes houve desistência da ação.

Como restou indicado, o Conselho de Estado, por sua secção de aconselhamento do Parlamento, não indicou incompatibilidade das normas legais com os parâmetros superiores substanciais de controle. O Conselho, por outro lado, entendeu conveniente que se incluísse na lei do auxílio-creche uma cláusula excepcional (*hardheidsclausule*) – cláusula que permite a adequação da aplicação da lei às circunstâncias do caso concreto, se as circunstâncias levarem a que a aplicação da lei resulte em consequências desproporcionais.<sup>60</sup> Esta recomendação não foi acatada. Também a “Corte de Contas” (*Algemene Rekenkamer*)<sup>61</sup> havia se manifestado criticamente sobre esta legislação. O Ombudsman<sup>62</sup>, igualmente e já com a legislação em aplicação, chamou a atenção para as inconsistências e injustiças que estavam ocorrendo. As manifestações destes altos órgãos estatais não foram levadas a sério durante anos, apesar de serem uníssonos em suas pontuações sobre a lei e sua aplicação.<sup>63</sup>

Apenas em 2019, a Secção Jurisdicional do Conselho de Estado modificou seu entendimento e sua jurisprudência, firmando a interpretação de que na aplicação da lei o Fisco tem espaço para determinar devoluções proporcionais. O próprio Conselho de Estado, cúpula da Justiça Ad-

---

60 Se tal cláusula resolveria este problema, é algo difícil de responder. Vide MEU-WESE. Nooit meer een ‘schending van de rechtsstaat?’: Zeven valkuilen uit de kabinetsre-actie op de toeslagenaffaire. Forum. 2021. (<https://hdl.handle.net/1887/3278677>).

61 Sobre essa Corte, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 328.

62 Sobre o ombudsman, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 330.

63 VAN GESTEL, VAN LOCHEM. Drie Hoge Colleges van Staat na de toeslagenaf-faire. *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2021(10), p. 659–668.

ministrativa, que abraçou a interpretação do Fisco e chancelou sua atuação por anos, afirmou que “*pequenas falhas na contabilidade de um pai podiam ter (muito) grandes consequências.*” Um exemplo que espantou a opinião pública quando veio à tona foi o caso de um pai que não teria pago uma quantia de 77 euros para a creche e para o qual o Fisco determinou a obrigação de devolver 27.500 euros.<sup>64</sup> Mais e mais fatos foram sendo descortinados e foi então instaurada uma Comissão Parlamentar sobre este auxílio, em 2020, que apresentou em dezembro deste ano seu relatório intitulado *Ongekend onrecht* (“Injustiça sem precedentes”).<sup>65</sup>

Não passa despercebida, na leitura do relatório da Comissão Parlamentar, a séria crítica feita à atuação do Conselho de Estado holandês em sua secção jurisdicional, qual seja, a chamada *Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*. A principal crítica dos parlamentares referiu-se ao fato de que a Secção Jurisdicional do Conselho por anos seguiu fielmente a interpretação legal propagada pela Administração (ou Fisco) e a sua consequente prática executiva.<sup>66</sup> A Comissão entendeu que a Secção Jurisdicional do Conselho de Estado contribuiu para a violação de princípios basilares do Estado de Direito ao endossar a interpretação estrita e draconiana do Fisco e por não ofertar suficiente proteção jurídica aos indivíduos.

---

64 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak*, Adviezen, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR3546862021DUTCH.pdf).

65 O escândalo continua a ocupar o Parlamento, a Administração, a Justiça e a opinião pública, sendo constante objeto de publicações na mídia ou em veículo acadêmicos.

66 TWEDEDE KAMER DER STATEN-GENERAAL, *Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Ongekend onrecht*, 2020, p. 7, [www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217\\_eindverslag\\_parlementaire\\_ondervragingscommissie\\_kinderopvangtoeslag.pdf](http://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf).



A Secção Jurisdicional do Conselho de Estado sustentou que a interpretação aplicada pelo Fisco no sentido da devolução total das quantias era imposta pela lei, o que teria justificado sua jurisprudência inicial. Como assinala Lukas van den Berge, uma análise cuidadosa e não formalista demonstra o descabimento de tal sustentação. Havia instrumentos na própria Lei Geral de Direito Administrativo (Awb) para tomar decisões distintas, apelando, por exemplo, para os princípios gerais de boa administração e para previsões explícitas na referida lei, como se lê no art. 3:4 segunda alínea. Em outras palavras, havia instrumentos normativos suficientes para que o juiz afastasse a interpretação tudo-ou-nada aplicada pelo Fisco e usasse suas competências jurisdicionais para decidir os casos levando em consideração suas circunstâncias e o resultado proporcional da aplicação das normas legais.<sup>67</sup>

Além da Comissão Parlamentar acima mencionada, o escândalo do auxílio creche também levou à elaboração de um documento pela chamada Comissão de Veneza, órgão do Conselho da Europa, sobre a proteção jurídica dos cidadãos na Holanda. A elaboração de tal conselho (advies – advice) originou-se no próprio Parlamento holandês; o deputado Pieter Omtzigt apresentou uma moção (*motie*) para solicitar à Comissão que investigasse a proteção jurídica dos cidadãos e as relações entre os poderes na Holanda. Tal moção foi adotada e a “Presidente” (*voorzitter*) da Segunda Câmara encaminhou o pedido à Comissão.

---

67 O autor analisa a legislação e cita inúmeros julgados em van Lukas VAN DEN BERGE, Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht. *Ars Aequi*, 2021, 70(11), p. 987-995 (<https://arsaequi-nl.proxy.library.uu.nl/product/bestuursrecht-na-de-toeslagenaffaire-hoe-nu-verder/>). Também contesta a explicação do Conselho de Estado de que a lei impunha como única interpretação o tudo-ou-nada ZIJLSTRA. Lessen uit de toeslagenaffaire. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2021, 34(3), p. 125-136. (<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D50879&cpid=WKNL-LTR-Nav2>). Zijlstra chama a atenção, ainda, para o curioso fato de que nesse caso não se tenha apelado para o Direito Internacional.

Se esses fossem os únicos aspectos deste caso, já estaríamos diante de essenciais questionamentos acerca da violação de princípios e garantias básicas do Estado Democrático de Direito. O caso foi mais grave ainda. Os pais/cuidadores para os quais o Fisco determinou a obrigação de devolver as quantias totais recebidas a título de adiantamento do auxílio-creche passavam a ser, juridicamente, fraudadores, o que lhes dificultava a vida significativamente; não tinham acesso a ajudas para cuidar das dívidas nem tampouco acesso a outros benefícios estatais.

Mas a tragédia jusfundamental não parou por aqui, a Administração utilizou-se de critérios discriminatórios para realizar o controle entre aqueles que recebiam o auxílio-creche. Pais/cuidadores que tinham sobrenomes/raiz estrangeira ou dupla nacionalidade eram controlados com muito mais rigor que pais/cuidadores, por assim dizer, holandeses.<sup>68</sup> O descortinamento deste dado levou a inúmeras pesquisas e ao reconhecimento de que houve discriminação na implementação do controle. Na verdade, descortinou-se o que se chama de racismo ou discriminação estrutural e institucional em vários setores da Administração Pública holandesa.<sup>69</sup> Soma-se a tudo o que se relatou acerca do escândalo do auxílio-creche na Holanda a violação de direitos fundamentais relativa à obrigação de tratamento não discriminatório.<sup>70</sup>

---

68 Sobre as características das famílias afetadas, vide <https://www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2022/26/kenmerken-van-geduceerde-gezinnen-toeslagenaffaire>.

69 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak*, Adviezen, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongeregeeld gebruik van algoritmen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR3546862021DUTCH.pdf).

70 Sobre essas falhas sistemáticas e sistêmicas que se acumularam neste caso, ZIJLSTRA. *Lessen uit de toeslagenaffaire. Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2021, 34(3), p. 125-136. (<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D50879&cpid=WKNL-LTR-Nav2>). Sobre a vedação ao tratamento discriminatório como garantia jusfundamental, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 473 ss.



Nesta oportunidade não se pode adentrar o estudo dos mecanismos envolvidos neste tipo de ação que perpetua institucionalmente políticas de discriminação estrutural. Ainda assim, em virtude da atualidade do tema, é forçoso mencionar a questão. Por um lado, a escolha dos pais para serem controlados quanto à regularidade do recebimento e aplicação do auxílio-creche se dava por meio de algoritmos de aprendizagem automática. Pode-se vislumbrar aqui uma nova senda a ser necessariamente parametrizada pelos direitos fundamentais: a utilização da inteligência artificial e a “digitalização” da atuação estatal.<sup>71</sup> Por outro lado, há uma dimensão na qual há muito já se reconhece a vinculatividade dos valores constitucionalmente positivados – nomeadamente os direitos fundamentais e os princípios da boa administração –, qual seja, as formas de atuação administrativa, principalmente no que tange à eleição de prioridades e à lógica que a rege. O escândalo do auxílio-creche também aqui descortinou a eleição viciada de prioridades e os meios para atingi-las.

Nos quadrantes lusófonos, diríamos que a finalidade da atuação estatal não visou o interesse público, mas interesses econômicos incompatíveis com a axiologia da atuação administrativa. No afã de conter e combater fraudes, foram fixadas metas quantitativas de recursos a serem alcançadas por meio da determinação de devolução de auxílios; por vezes tal finalida-

---

71 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>; Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>; Lilian EDWARDS and Michel VEALE, Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’? *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46-54, DOI: 10.1109/MSP.2018.2701152, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3052831> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052831>.

de e lógica levou a controles e determinações desarrazoados e infundados e inverteu a lógica da atuação da administração, que priorizou novas ações draconianas de controle e de determinação de devolução, deixando as queixas administrativas sem resposta em franco desrespeito às normas procedimentais. Ademais não se deve deixar de registrar que todo o *design* e a implementação desta atuação estatal se basearam na desconfiança da Administração em relação aos indivíduos, algo que também não parece conforme o que se espera num Estado Democrático de Direito.

O *toeslagenaffaire* é realmente chocante; é inacreditável que algo assim possa acontecer nesta quadra histórica em um país europeu com altos níveis de IDH, de renda *per capita*, de escolaridade.<sup>72</sup> Um país tido como desenvolvido e que também pontua bem nos *standards* do Estado de Direito, sendo configurado como cenário democrático e em que os direitos fundamentais são protegidos e efetivos.<sup>73</sup> Uma sucessão de fatores ligados à atuação dos três Poderes levaram à violação frontal dos direitos fundamentais de milhares de indivíduos. À mostra ficaram várias falhas no sistema político e jurídico do país, que merecem reflexão e podem levar a produtivos debates também para além da Holanda, nomeadamente no que tange à Justiça Administrativa, seu modelo institucional, a interação entre procedimento e processo, a relação entre a atuação administrativa e a correção por meio do controle judicial.

De fato, no campo jurídico, uma pergunta pungente refere-se à atuação da Justiça Administrativa: como essa justiça pôde falhar, exatamente a justiça pensada para ser mais próxima e menos custosa para o cida-

---

72 Para alguns dados veja-se <https://hdr.undp.org/data-center/specific-country-data#/countries/NLD>.

73 Para alguns dados, consulte-se a Holanda em V-Dem: <https://www.v-dem.net>.



dão.<sup>74</sup> Veja-se que o enlace entre processo e procedimento não funcionou como deveria no sentido de a atuação do juiz administrativo chamar a atenção da Administração (o Fisco) para o fato de que havia uma série de decisões sendo tomadas contrariamente à juridicidade (*onrechtmatige besluiten*).<sup>75</sup> Mazelas procedimentais e processuais foram se avolumando, como explicitado acima. Mas o processo nos casos individuais também não funcionou.

Por uma perspectiva mais ampla, é preciso situar a atuação do juiz administrativo (em sentido lato) neste escândalo dentro do contexto do sistema constitucional-institucional holandês acima apresentado, bem como dentro das normas processuais vigentes. Ainda que se estruture a Justiça Administrativa de modo a criar menos entraves para o cidadão em comparação com a Justiça Comum, é preciso compreender que a ausência de um controle de constitucionalidade judicial acaba por refletir na criação de uma específica cultura jurisdicional, ou uma específica cultura de interpretação e aplicação do princípio da separação de poderes.

Já à partida não se pode questionar a constitucionalidade de leis perante o Judiciário. Esse Judiciário não tem como tarefa ordinária a verificação da compatibilidade de normas gerais e abstratas com a Constituição, o que se verifica também no que tange à inviabilidade de controle de normas infralegais gerais e abstratas perante o juiz administrativo.<sup>76</sup> No

---

74 Veja-se que os custos são menores e é possível proceder sem advogado, para nomear algumas das características pensadas para facilitar o cidadão. Veja-se uma reflexão sobre a justiça administrativa e o *toeslagenaffaire*, com vasta indicação bibliográfica, em Ymre SCHUURMANS, *Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2021(6), p. 205-207.

75 Ymre SCHUURMANS, *Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire*. *Nederlands Juristenblad*, 2021, 96(37), 3104-3106 (<https://hdl.handle.net/1887/3278410>).

76 É o que dispõe o art. 8:3 da Awb.

que tange mais especificamente à efetiva proteção jurídica do cidadão no Direito Administrativo holandês, o que se verifica é que não há um enfoque significativo no reconhecimento e desenvolvimento de noções clássicas como a de direito subjetivo público, focando-se o direito na efetividade da aplicação das normas, no desenvolvimento de princípios e regras voltados à atuação administrativa, sem o desenvolvimento de eventuais direitos subjetivos reflexos.

Nesse cenário, o juiz se centra, essencialmente, na decisão de casos concretos, não ousando verificar a juridicidade de normas; o que parece ajudar a explicar por que no caso do auxílio-creche o juiz tenha se abstido de verificar, mesmo que restrito ao caso concreto, a razoabilidade/proporcionalidade da aplicação da norma geral ao caso individual. E talvez mais grave que isto, não há um apelo a um pensamento aprofundado do sistema constitucional, dos valores constitucionais<sup>77</sup>, nem tampouco do papel irradiador dos direitos fundamentais na conformação das atuações estatais.

Do *toeslagenaffaire* fica a imagem de um juiz insuficiente no oferecimento de efetiva proteção jurídica aos indivíduos; um juiz que aplica a lei cegamente, de modo deferente à interpretação da Administração, ignorando as circunstâncias do caso e as consequências claramente desproporcionais de sua decisão<sup>78</sup>; um juiz que se furta a buscar fundamento nos instrumentos

---

77 Faz uma análise pertinente destas questões Ymre SCHUURMANS, *Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2021(6), p. 205-207.

78 JONGKIND, DRAHMAN, Annotatie bij: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 8 juni 2022, nr. 202000320/1/A2, AB, 2022, 39: 2441-2449 (AB 2022/313 Volledige terugvordering door de Belastingdienst/Toeslagen is niet evenredig. Informatie was aanwezig bij Belastingdienst).



jusinternacionais, constitucionais e legais disponíveis para construir decisões juridicamente embasadas e protetoras dos direitos fundamentais e dos demais princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Fica também a imagem de um legislador que não se vê *a priori* ou essencialmente balizado em sua atividade pelos direitos fundamentais; a cultura da ausência de controle judicial de constitucionalidade e a significação que nela ganham os direitos fundamentais fica patente neste escândalo. Ademais, trata-se de um Parlamento que não consegue usar os instrumentos existentes de forma efetiva (ou não dispõe de elementos apropriados) para controlar as atuações da Administração. Junta-se a isso que este escândalo desnuda um Parlamento que atua premido por pressões circunstanciais no *design* de políticas, assumindo como ponto de partida a desconfiança em relação aos cidadãos, tratados antes como potenciais fraudadores que como titulares de direitos.

Por certo, trata-se de imagens hiperbolizadas e de simplificações para ilustrar o cerne da questão. A realidade dos três Poderes e sua atuação é muito mais complexa e cheia de nuances do que essas imagens são capazes de expressar. No mesmo sentido, pode-se tratar do Executivo, que certamente leva a cabo inúmeras funções de forma efetiva. Mas que, no *toeslagenaffaire*, deixa ver um Governo que politicamente tem que responder a polarizações sociais criando mecanismo de combater “fraudadores”, ao mesmo tempo que tem que implementar políticas sociais necessárias. Um governo que passa a se utilizar de mecanismos de inteligência artificial visando à eficiência, mas resvala na adequação destes mecanismos à moldura jusfundamental. Esse escândalo escancara a prática de um Governo que pretende ser eficiente, mas atua de forma autossuficiente, não se baliza pela transparência no *design* e aplicação

de suas políticas, não se vê compelido a expô-las ao escrutínio controlador do Parlamento.<sup>79</sup> Comandada por esse Governo, ressai do *toeslagenaaffaire* uma Administração que se curva à lógica econômica no *design* de seus mecanismos de controle de benefícios sociais, deixando de ver os beneficiários como indivíduos portadores de direitos fundamentais e passando a tratá-los com desconfiança. Mais que isso, ressai daí uma Administração que se furta a usar sua discricionariedade e o procedimento administrativo para buscar a justa medida para os casos concretos, ao revés aplica a lei de forma draconiana, desproporcional, em desacordo material e procedimental com a moldura constitucional vigente.

Parece não restar dúvida, como foi dito várias vezes na Holanda, inclusive pelo primeiro ministro Mark Rutte, que o Estado de Direito falhou para milhares de indivíduos.<sup>80</sup> Chama a atenção o fato de que essa falha se tornou gigantesca uma vez que perpassou a atuação dos 3 Poderes. Felizmente, por fim, toda a situação veio à tona e se está tentando mitigar as suas consequências desastrosas e impedir que se venha a repetir.

No nosso mundo caleidoscópico esse escândalo deve ser contrastado com o caso *Urgenda*, que traz, por sua vez, outras imagens e questionamentos.

---

79 Sobre esta prática conhecida como *Rutte-doctrine*, consulte-se <https://www.binnenlandsbestuur.nl/carriere/openheid-voortaan-de-standaard>.

80 Consulte-se a *verklaring van minister-president Mark Rutte over het aftreden van het kabinet* (Explicação do primeiro ministro sobre a demissão do Gabinete) em <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/15/verklaring-van-minister-president-mark-rutte-over-het-aftreden-van-het-kabinet>.



#### 4. O CASO URGENDA

O caso *Urgenda* foi decidido em última instância em dezembro de 2019 pela Corte Suprema da Holanda após 7 anos de processo judicial. A Corte decidiu que o Estado tem deveres advindos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, especialmente os arts. 2 e 8, e lhe impôs obrigações positivas concretas de redução da emissão de gases de efeito estufa (GEE) de modo a cumprir seus deveres de proteção. Esta decisão tem sido nomeada interna e internacionalmente como pioneira, vindo a inspirar decisões em diversos outros quadrantes. Na própria Holanda, em mais uma decisão pioneira, já que agora direcionada a uma empresa privada, em maio de 2021, o Tribunal Distrital de Haia ordenou à Shell reduzir a emissão de GEE. O fundamento da decisão foi muito similar ao caso *Urgenda* e afirmou que a empresa tem, segundo o Direito holandês, o dever de cuidado (art. 6:162 do Código Civil holandês) que foi ligado aos direitos previstos na CEDH.<sup>81</sup>

Há uma série de questões desta decisão do caso *Urgenda* e dos que têm se seguido sendo analisadas por juristas; o caso *Urgenda* se destaca em virtude dos seguintes aspectos pioneiros, apontados, dentre outros,

---

81 A descrição do caso *Urgenda* é muito mais sucinta do que a que foi feita para o escândalo do auxílio-creche. Isto se explica porque o caso *Urgenda* é bastante conhecido internacionalmente, havendo várias publicações em inglês e mesmo em português que o abordam, diferentemente do que o que se encontra sobre o *toeslagenaffaire*.

A decisão final pode ser lida em inglês: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019>. Eu mesma apresentei uma breve exposição em Luísa NETTO, “Sustentabilidade como conceito justiciável: o potencial transformador dos direitos humanos”, 2022, (<https://www.ibericonnect.blog/2022/12/sustentabilidade-como-conceito-justiciavel-o-potencial-transformador-dos-direitos-humanos-parte-i/>).

por Ingrid Leijten<sup>82</sup>, Otto Spijkers<sup>83</sup>, Laura Burgers<sup>84</sup>, Jaap Spier<sup>85</sup>, André Nollkaemper<sup>86</sup> e Christina Eckes<sup>87</sup>:

- o uso dos direitos humanos (os arts. 2 e 8 da CEDH) conectados com as alterações climáticas como a principal base para impor obrigações positivas ao Estado (*rights-based approach*);
- a ausência de uma imposição concreta de legislação (afastando as fortes críticas sobre uma possível violação da competência do Parlamento) combinada com o reconhe-

---

82 LEIJTEN. Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, 37(2), 112–118 (<https://doi.org/10.1177/0924051919844375>).

83 OTTO SPIJKERS, The Influence of Climate Litigation on Managing Climate Change Risks: The Pioneering Work of the Netherlands Courts, *Utrecht Law Review*, 2018, 127–144 (DOI: <https://doi.org/10.36633/ulr.801>); SPIJKERS, OOSTERHUIS, The Dutch response to climate change: evaluating the Netherlands’ Climate Act and associated issues of importance. In: Muinzer T.L. (Ed.), *National climate change acts: the emergence, form and nature of national framework climate legislation*: Hart Publishing, 2020, 175–198.

84 BURGERS, STAAL, Climate Action as Positive Human Rights Obligation: The Appeals Judgment in *Urgenda v the Netherlands*. In: Nijman, J., Werner, W. (eds) *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Netherlands Yearbook of International Law, vol 49. T.M.C. Asser Press, The Hague ([https://doi.org/10.1007/978-94-6265-331-3\\_10](https://doi.org/10.1007/978-94-6265-331-3_10)).

85 SPIER, The “Strongest” Climate Ruling Yet: The Dutch Supreme Court’s *Urgenda* Judgment. *Neth Int Law Rev* 67, 2020, 319–391 (<https://doi.org/10.1007/s40802-020-00172-5>).

86 NOLLKAEMPER, BURGERS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, 2019 (<https://www.ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-court-decision-in-the-urgenda-case/>).

87 CHRISTINA ECKES, The Urgenda Case is Separation of Powers at Work. To be published in: N. de Boer, B. M. Aernout Nieuwenhuis en J.-H. Reestman (eds.), *Liber Amicorum Besselink* (Amsterdam, 2021), Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-39, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper No. 2021-05 (<https://ssrn.com/abstract=3979729> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3979729>).



cimento de uma obrigação positiva relativamente a um objetivo (a redução da emissão de GEE) a alcançar pelo Estado como resultado de um compromisso internacional jurídico e vinculante;

- a afirmação do caráter vinculante, na perseguição do objetivo, da observância dos deveres estatais relativos aos direitos humanos invocados;
- a análise inovadora sobre os *riscos* de violação a direitos resultantes de alterações climáticas, especificamente no que tange à exigência de “risco real e eminente” e “diretamente ameaçador das pessoas envolvidas”;
- o desenvolvimento da *dimensão coletiva* de direitos individuais em um “cenário ambiental”;
- o uso de evidência científica<sup>88</sup> ligado (i) à ausência de justificativa suficiente pelo Estado para não perseguir o objetivo e (ii) à ausência de apresentação de medidas alternativas na busca do objetivo, como fundamento para impor obrigações positivas ao Estado, afirmando o caráter obrigatório da perseguição do objetivo;
- a afirmação de deveres e obrigações positivas para um Estado individualmente considerado em face de problemas globais que demandam a ação de outros atores.

---

88 Rupert STUART-SMITH, Friedereke OTTO, Liability for Climate Change Impacts: the Role of Climate Attribution Science in Elbert R DE JONG et al (eds) Corporate Responsibility and Liability in Relation to Climate Change (Intersentia 2022), (<https://ssrn.com/abstract=4226257> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4226257>).

Esses os aspectos essenciais da decisão do caso *Urgenda*.<sup>89</sup> Considerando o vasto universo de publicações na esfera internacional sobre este caso e as limitações deste artigo, não vou adentrar a uma análise mais aprofundada deste caso. Os aspectos acima apontados e o conhecimento geral sobre o caso permitem avançar com a argumentação pretendida nesta oportunidade.

Expostos em linhas gerais os dois exemplos e o modelo holandês, vejamos que linhas de reflexão podemos traçar.

## 5. ALGUMAS QUESTÕES PARA REFLEXÃO A PARTIR DO MODELO HOLANDÊS

Como se sabe, o método do Direito Comparado não é algo simples de ser aplicado e exige enquadramento teórico e de Direito positivo específico para ser utilizado de forma apropriada. Ciente destas necessidades e pensando no objetivo deste artigo, não se pretende apresentar o resultado de uma pesquisa jurídica conduzida segundo métodos de Direito Comparado. Trata-se de uma empreitada bastante menos audaz. Ainda assim, considerando os temas propostos pelos organizadores do Colóquio e as tradições jurídico-políticas portuguesa e brasileira, entende-se que a exposição breve do modelo holandês e a sua discussão atual a partir dos casos concretos avançados acima, quais sejam, o escândalo do auxílio-creche e a decisão *Urgenda*, apresenta úteis provocações para reflexão. Neste momento não se vão equacionar respostas elabora-

---

89 J.C.A. DE POORTER, Is Nederland verworpen tot een dikastocratie?, *NTB* 2020/49; B. FUNNEKOTTER, Help, de rechter grijpt de macht, *NRC* 20 december 2019; G. BOORGAARD, *Urgenda* en de rol van de rechter: Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica, *Ars Aequi* 2016/1, p. 26-33.



das e exaustivas, mas propor questões sobre temas clássicos e tormentosos do Direito Público, também nestas quadras lusófonas, quais sejam a separação de poderes, a responsabilidade e o controle dos atos estatais.

O que se pode elencar como questões para reflexão a partir das seções precedentes? Os pontos que primeiramente se destacam, neste contexto, a meu ver, são os que seguem: (i) a necessidade de revistar o controle da atividade estatal a ser exercido mutuamente entre Poderes Executivo e Legislativo; (ii) a necessidade de criar novas formas de garantir a transparência das atuações estatais e de adequar a proteção do indivíduo em face do Estado na era digital; (iii) o papel da ciência como parametrizador da atuação estatal, (iv) a necessidade de revistar as fronteiras do controle jurisdicional, e os meios de proteção dos cidadãos em face dos poderes estatais e por meio destes poderes, incluído o judicial. Senão vejamos.

(i) Os manuais de Direito Constitucional deixam claro que a relação entre o Poder Legislativo e o Executivo vai além da definição de pautas de legalidade pelo primeiro para a atuação do segundo, há que pensar na legitimidade da atuação de todo o edifício estatal e, principalmente, no controle que o órgão com mais direta representação popular democrática deve exercer sobre os órgãos executivos. Neste ponto, há que se pensar em um dualismo entre Legislativo e Executivo, ou seja, há que haver a previsão jurídica de competências distintas para cada bloco orgânico e igualmente há que haver previsão de controle do Legislativo sobre o Executivo no que tange ao exercício de tais competências.

Essa dualidade, que também se espalha para o fundamento de legitimidade, existe de forma mais marcada em sistemas presidenciais, como é o caso do brasileiro. Presidente e parlamentares têm diferentes fundamentos de legitimidade democrática, não dependentes entre si, bem

como têm competências diversas. O Poder Executivo, o presidente, não colhe sua legitimidade democrática em um apoio ou relação de confiança com a maioria do Parlamento. Não obstante este *design* normativo, no presidencialismo brasileiro, por exemplo, os controles jurídicos confiados ao Legislativo para usar em face do Executivo se tornam, na generalidade, essencialmente formais. Por outro lado, no campo da política, por vezes há um sincretismo ou uma captura indesejada, maculando a atuação autônoma e controlada de cada um destes Poderes.<sup>90</sup>

No caso holandês, também se verifica, a princípio, uma dualidade de certas competências em relação ao Governo e ao Parlamento, sem desconhecer que há competências conjuntas, mormente relativas ao processo legislativo.<sup>91</sup> Nesse cenário, o Parlamento deve controlar a atuação do Governo no desempenho de suas competências, o que fica claro pela existência do direito à informação, do direito à instauração de comissões parlamentares (*enquêtes*)<sup>92</sup>, mas principalmente pela ideia de responsabilidade dos ministros que, perdendo o apoio do Parlamento, têm que renunciar a seu posto, segundo a “regra da confiança” (*vertrouwensregel*). Por outro lado, a fonte de legitimidade democrática do Gabinete, não eleito diretamente, se confunde com a fonte de legitimidade do Parlamento, pois o Gabinete se forma segundo os resultados da eleição e a quantidade de parlamentares de cada partido. O processo de formação dos gabinetes se liga ao sistema eleitoral<sup>93</sup>, plasmado segundo a tradição

---

90 VOERMANS, DE PAULA, PINTO E NETTO, Presidents and the multiparty system in Brazil: Is coalitional presidentialism doomed to fail?, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2021, 21(84): 31-66.

91 Sobre estas competências, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 269 ss.

92 Arts. 68 e 70 da Constituição holandesa.

93 Art. 53 da Constituição holandesa.



política holandesa, resultado das lutas religiosas e da necessidade de tolerância e convivência em um pequeno território em grande parte abaixo do nível do mar. Em resumo, unidade no fundamento de legitimidade democrática e dualidade de competências. A regra da confiança, conhecida no Direito holandês como não escrita, deveria coroar esse modelo dual, enfatizando o controle jurídico e político a ser exercido pelo Parlamento em relação ao Governo.

É interessante observar que um sistema presidencial com multiplicidade de partidos, como é o caso brasileiro, levanta dúvidas sobre sua viabilidade política e capacidade para manter uma comunidade política democraticamente organizada e fornecer condições de estabilidade para o mercado.<sup>94</sup> O caso holandês também levanta a questão quanto à sua viabilidade, pois, como leciona Wim Voermans, já no papel o país parece ingovernável diante da imensa fragmentação política. No entanto, a prática desenvolveu-se no sentido da formação de gabinetes com vários partidos, uma vez que as coalisões são uma necessidade historicamente vivenciada desde o século XVI, tendo sido plasmada a prática política de deliberar, discutir as questões na esfera política até que se chegue a um certo consenso (*polderen*). Se nem todas as colorações políticas aceitam as soluções propostas pela maioria, pelo menos se tenta atingir um consenso no entendimento do problema e das soluções propostas, como uma forma construída de conviver em um país de minorias.<sup>95</sup>

---

94 VOERMANS, DE PAULA, PINTO E NETTO, Presidents and the multiparty system in Brazil: Is coalitional presidentialism doomed to fail?, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2021, 21(84): 31-66.

95 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 45 ss.

O modelo holandês ainda não conduziu na prática à ingovernabilidade. Com este sistema eleitoral e o processo de formação dos gabinetes, os partidos que formam o Gabinete são também os partidos majoritários no Parlamento, ou seja, a maioria no Parlamento se reflete na formação do Gabinete, o que compromete o controle a ser exercido pelo Parlamento sobre o Governo. A dualidade formalmente vislumbrada no modelo de tripartição de poderes na Holanda, entre Parlamento e Governo, tem que ser verificada, na prática política, entre Governo e oposição, isto é, são os membros de partidos minoritários no Parlamento que exercem o controle do Gabinete, formado pelos partidos majoritários no Parlamento.

Não é difícil perceber os desafios criados por este modelo. Parlamentares têm que controlar ministros e secretários de Estado, sendo que se trata de membros dos mesmos partidos políticos nas duas instâncias. Quem acaba por controlar o Governo são parlamentares membros de partidos que não formam o Gabinete, ou seja, de partidos minoritários, a chamada oposição. Ocorre que, em termos de Direito positivo a “oposição” não é uma categoria ou uma instituição constitucional com regras e competências estabelecidas para fiscalizar o Poder Executivo. Neste cenário, o controle do Executivo se mostra bastante dificultado; veja-se que as competências previstas para parlamentares individuais pode encontrar uma série de limitações se forem necessárias maiorias parlamentares.

O próprio Conselho de Estado holandês, após o escândalo do auxílio-creche, elaborou um “conselho não requisitado” (*ongevraagd advies* – uma peça oficial de aconselhamento elaborada sem que haja provocação de outro órgão) sobre a responsabilidade ministerial, ou seja, sobre a relação entre Parlamento e Gabinete. Um dos principais pontos apontados diz respeito à organização das informações por parte do Executivo e



sua suficiente e atempada disponibilização ao Parlamento, para que esse possa exercer efetivo controle.<sup>96</sup>

Uma contraposição superficial entre o modelo presidencial brasileiro e holandês não é o objetivo deste artigo, como já registrado, mesmo porque os aspectos aqui pontuados são apenas a ponta do iceberg de sistemas e dinâmicas muito mais complexas do que se pode aqui analisar. Ainda assim, a reflexão que se propõe pode aproveitar-se do exemplo destes dois modelos. Tem-se modelos essencialmente distintos, inscritos em realidades e tradições sociais e econômicas também distintas, e, ainda assim, parece-nos que em ambos há a necessidade de inovar nos mecanismos de controle a serem exercidos principalmente sobre as tarefas executivas.

Neste ponto, parece-nos, a partir de uma perspectiva lusófona, ainda mais relevante o exemplo do escândalo do auxílio-creche holandês para que possamos assentar que um tal escândalo não se faz possível apenas diante de alegados atavismos históricos ou de modelos presidenciais pretensamente concentradores de poder. A fiscalização das tarefas executivas no cenário ocidental atual está a exigir inovação, seja nos métodos, seja no seu alcance, seja no tipo de consequência atrelado ao mau exercício de tais tarefas. Inovações que já eram necessárias em face do chamado *Estado Administrativo* (*Administrative State*) se tornam inadiáveis. Neste ponto, a reflexão que se retém refere-se à necessidade de revisitar modelos normativos formalmente estabelecidos e observar a prática política e institucional de modo a criar e implementar modelos mais adequados para a real existência e funcionamento de um controle

---

96 Consulte-se <https://www.raadvanstate.nl/@121396/advies-ministeriele-verantwoordelijkheid/>

eficiente e eficaz. Para tanto, além do trabalho jurídico, a pesquisa e o trabalho empírico e interdisciplinar se mostram imprescindíveis.

Por outro prisma, os novos desafios colocados pela digitalização e pelas mudanças climáticas nos permitem avançar no sentido de dizer que não somente o controle da atuação estatal executiva está a exigir novo *design* e prática, mas igualmente as tarefas legislativa e jurisdicional do Estado convocam inovação.

No escândalo do auxílio-creche, verificou-se a dificuldade de fiscalização de tarefas executivas pelo Parlamento, podendo cogitar-se, como dificultadores do controle, para além do tipo de população afetado, das características do modelo no que tange à relação entre Parlamento e Gabinete. Mas este mesmo caso nos coloca também diante de uma necessária reflexão no que tange à atuação legislativa na criação dos quadros de atuação para a Administração e, igualmente, no que tange à atuação da Justiça Administrativa e da própria “Justiça comum”. O questionamento que quero fazer, a esta altura, diz respeito à necessidade de apoio técnico-científico também para as casas legislativas. O uso de novas tecnologias e da inteligência artificial exige que o Parlamento tenha “igualdade de armas” em termos de apoio para atuar no *design* da legislação, mas também no controle da atuação do Executivo.<sup>97</sup> O Parlamento tem papel relevante na democracia igualmente quanto à transparência da atuação estatal em sentido global; o Parlamento tem que zelar para que o uso de novas tecnologias e da inteligência artificial se faça nos confins dos quadros constitucionais, nomeadamente, jusfundamentais.

---

97 PASSCHIER, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat*: Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud. Den Haag: Boom Juridisch 2020; PASSCHIER, *Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica*, *Ars Aequi*, 2020, 69(10): 916-927.



(ii) De fato, o contraponto entre *toeslagenaffaire* e *Urgenda* também joga luz sobre a necessidade de novas conformações jurídicas sobre o acesso e a gestão da informação na era digital e da inteligência artificial. Cresce a urgência de mecanismos jurídicos aptos a impor e garantir transparência à atuação estatal, desde o desenho da legislação, até a sua aplicação, mormente considerando o uso de algoritmos e novas tecnologias decisórias. De pouco valem neste contexto mecanismos parlamentares de controle e mesmo vias judiciais de acesso à informação se estes se restringirem às linhas jurídicas e deixarem passar o conteúdo tecnológico utilizado para implementar as determinações jurídicas.

O caso do auxílio-creche deixa este aspecto patente; em combinação com uma interpretação draconiana do marco legal, houve a implementação de uma política de “combate a fraudes” por meio de um sistema de inteligência artificial que a princípio furtou-se de um dever de publicidade ou transparência e que flagrantemente afrontava o quadro jusfundamental que proíbe tratamento discriminatório. Se Parlamento e cidadãos não tiverem acesso a este tipo de informação, o controle da atividade estatal se vê esvaçado em muitas áreas fulcrais. Não basta controlar a lei e os atos administrativos com efeitos externos que implementam as políticas públicas, tem-se que controlar o uso das tecnologias e da inteligência artificial, a escolha dos critérios para a utilização de algoritmos na atividade administrativa.<sup>98</sup>

De fato, esse escândalo escancara a opacidade que muitas vezes ainda marca a atuação administrativa.<sup>99</sup> Não houve transparência sobre o *design* legal desta política de combate à fraude – a não adoção da cláusula de

---

98 Sobre o assunto, vide MEUWESE. Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming. Leiden, 2023 (<https://hdl.handle.net/1887/3636561>).

99 Há várias iniciativas para melhorar a transparência e o acesso à informação. Veja-se, a respeito, DRAHMANN, De Wet open overheid is slechts een tussenstap: Een preadvies over mogelijkheden tot verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie. In A. W. G. J. Buijze, C. J. Wolswinkel, N. N. Bontje, & E. C. Pietermaat (Eds.), *VAR-reeks / Vereniging voor Bestuursrecht*, 2020, pp. 71-159. (<https://hdl.handle.net/1887/3502304>).

exceção na lei, a adoção do mecanismo de adiantamento das quantias pagas, o uso de algoritmos para a realização de controle, as metas de arrecadação com a determinação de devolução. Da mesma forma, não houve transparência suficiente sobre a adoção da interpretação tudo-ou-nada e sua operacionalização na prática. Essa deficiente transparência também se verificou quando o Parlamento começou a investigar a questão e mesmo diante do Judiciário. A ausência de transparência também se verificou ao nível individual, pois os envolvidos que contestaram a atuação administrativa junto à Administração – requisito necessário para eventual recurso ao juiz – diversas vezes tiveram seus direitos procedimentais de informação e resposta motivada e atempada desrespeitados.<sup>100</sup>

O acesso à informação é essencial para o controle da atuação estatal e para a democracia. Cumprir vigiar para que façamos as atualizações necessárias impostas pela era digital. Nesta era digital ocorre também a alteração do palco de interação do indivíduo com a Administração, que passa por vezes a se dar por meio de suportes tecnológicos e digitais. Para isso urge não só franquear ao indivíduo o acesso à informação<sup>101</sup>, mas garantir-lhe igualdade de armas relativamente às capacidades digitais e econômicas.<sup>102</sup>

---

100 Para uma interessante análise sobre a obrigação de transparência e informação e a indagação se haveria um direito reflexo, vide DRAHMANN, Artikel 110. Openbaarheid van bestuur: de overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen. In A. Ellian & B. Rijpkema (Eds.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, 2022, pp. 421-434 (<https://hdl.handle.net/1887/3635721>).

101 MEUWESE. Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming. Leiden, 2023 (<https://hdl.handle.net/1887/3636561>).

102 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>; Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.



O caso do auxílio-creche desnuda, ademais, o paradoxo do controle na era digital. Torna-se mais difícil controlar o Estado (e outros atores privados poderosos), mas o indivíduo se vê mais e mais vulnerável em sua privacidade, controlado e vigiado em seus passos no mundo digital.<sup>103</sup> De fato, o indivíduo que deveria poder controlar o Estado, na era digital se encontra, ao revés, facilmente controlado pelo Estado, já que bancos de informação vão sendo construídos, armazenados, cruzados, escrutinados etc. No *toeslagenaffaire*, o Fisco usou dados protegidos dos indivíduos, burlando sua privacidade, para exercer controles baseados em perfis de risco que igualmente burlavam a vedação de tratamento discriminatório. Quem deveria ser controlado, controlou de maneira discriminatória e desproporcional.

Cresce nesse mundo digitalizado a necessidade de informação, de transparência, essenciais para a participação e a democracia, e também de garantir algum grau de entendimento e diálogo social, passíveis de fomentar a confiança e a legitimidade das atuações estatais.<sup>104</sup> Neste cenário, é curioso que o caso *Urgenda* aponte para um sentido ligeiramente diverso, pois o Judiciário conseguiu expor uma série de informações técnicas e científicas tornando patente a necessidade de atuação do Estado. Certamente este aspecto do caso *Urgenda* não resolve a constante necessidade de se exigir transparência do Estado em relação às suas políticas climáticas e ambientais, a suas orientações e parcerias energéticas e econômicas. Não obstante, neste caso, diversos dados foram trazidos a público e escrutinados em relação a determinadas evidências científicas disponíveis.

---

103 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 169-171.

104 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 161 ss.

(iii) O caso *Urgenda* conduz-nos ao terceiro ponto de reflexão explicitado. O uso da ciência e da tecnologia na atuação estatal ganha também novos contornos, principalmente porque ciência e conhecimento científico assumem papel importante na questão climática, mormente na sua judicialização. No caso *Urgenda*, tornou-se clara a relevância de dados fornecidos por cientistas climáticos para sustentar o dever de cuidado do Estado como imposição de agir proporcional e suficientemente para enfrentar as ameaças para as presentes e futuras gerações. O conhecimento científico foi usado para perquirir se a alegada política estatal era proporcional e suficiente para cumprir o dever de cuidado imposto pelos direitos fundamentais.

Poder-se-ia recorrer a um direito à ciência<sup>105</sup> no sentido de se embasar esse ponto. O direito à ciência fornece o necessário fundamento jurídico para afirmar que o conhecimento científico, a ciência e suas evidências, têm que ser a razão fundante das escolhas políticas de enfrentamento da questão climática, sem desconsiderar os processos democráticos. Mas, mesmo sem explicitar a existência de um tal direito, quer no âmbito internacional, quer doméstico, a jurisprudência vem tornando clara a relevância da ciência como parâmetro da atuação estatal. Utilizando-se de vários expedientes que passam frequentemente pela invocação de outros direitos humanos/fundamentais, os tribunais vêm reconhecendo aspectos juridicamente vinculantes a partir de outros campos científicos, por vezes concluindo que há uma obrigação do Estado de atuar de acordo com a ciência.

---

105 Luísa NETTO, The Right to Science between National and International Recognition – Domestic Contributions to the Clarification of Its Normative Content (2022). Netto, L. C. P. e. (2023). The right to science between national and international recognition – domestic contributions to the clarification of its normative content. *Católica Law Review*, 7(1), 103-137. (<https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2023.11827>, <https://ssrn.com/abstract=4395032> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4395032>).



Certamente a questão merece cautela. Não se trata de defender a epistocracia ou a tecnocracia, nem tampouco de advogar a substituição de agentes políticos democraticamente eleitos por *experts* no processo de tomada das decisões públicas. A ciência, como se sabe, está sujeita a vieses, falsificações e erros, exige desenvolvimento constante e não é apta a oferecer respostas nem soluções incontestáveis para os complexos desafios societais. Ainda assim, uma coisa é suficientemente clara: a questão climática exige ação estatal e global urgente. O aquecimento e as alterações climáticas não são uma questão de opinião política ou posicionamento ideológico, são constatações embasadas em evidências científicas.

Neste aspecto o caso *Urgenda* é emblemático, pois o Judiciário entendeu que as autoridades democraticamente legitimadas não podem desconhecer o que vem sendo exposto pelos *experts* para tomar suas decisões e implementar as ações necessárias. Por óbvio, é vital manter o debate político-institucional, como elemento fundacional integrante da democracia, o que exige que as medidas urgentes sejam talhadas de acordo com o arcabouço constitucional. Mas a tomada de medidas condizentes com a evidência científica disponível se coloca como obrigação positiva para o Estado, a partir de seus deveres em relação aos direitos humanos/fundamentais.

(iv) Para encerrar o rol de perguntas levantadas a partir dos dois casos analisados, nesta oportunidade, devemos enfrentar a questão relativa à proteção jurídica dos indivíduos, que coroa a análise desenvolvida até este momento. Qualquer que seja o ângulo de análise dos dois casos, os direitos assumem papel central. E direitos exigem, para serem levados a sério, efetiva proteção jurídica. De fato, o aspecto que talvez mais claramente ressaia destes dois casos é a necessidade de permanente atualização das formas jurídicas de proteção do indivíduo em face do Estado e por meio do Estado, o que nos remete à necessidade de revistar o *design*

e as fronteiras do controle jurisdicional. A Holanda se presta como bom laboratório de observação, já que não possui controle judicial de constitucionalidade e tem uma Justiça Administrativa peculiar.

A Comissão de Veneza, órgão de aconselhamento do Conselho da Europa, preparou um documento sobre a proteção jurídica dos cidadãos na Holanda. A elaboração de tal conselho originou-se no próprio Parlamento holandês, como dito anteriormente. Em seu “conselho”, a Comissão de Veneza analisou as violações de direitos ocorridas no escândalo do auxílio-creche e asseverou que houve sérias e sistêmicas insuficiências na proteção de direitos por meio de todos os Poderes estatais, mas explicitou que, por fim, os mecanismos do Estado de Direitos funcionaram. A Comissão avançou direções para o aprimoramento da proteção dos cidadãos em face dos Poderes estatais. Dentre estas direções importa registrar, para o presente artigo, que a Comissão aconselhou o aprofundamento de mecanismos de obtenção de informação pelo Parlamento para poder controlar o Executivo; a observância de critérios de proporcionalidade ou razoabilidade na feitura da legislação; a simplificação de procedimentos perante a Administração; a adoção de instrumentos genéricos para instruir os órgãos administrativos na sua tarefa de aplicação da legislação e que possibilitem a avaliação desta mesma legislação e sua aplicação segundo os princípios gerais da boa administração; a criação de mecanismos para que o Poder Judiciário possa chamar a atenção dos outros Poderes sobre legislação que esteja causando problemas sistêmicos; a análise da possibilidade de se afastar a proibição de controle judicial de constitucionalidade das leis (em sentido formal).

Neste cenário, Urgenda e *toeslagenaffaire* aqueceram o debate na Holanda, considerando a necessidade de proteção dos indivíduos, acerca do controle de constitucionalidade e do papel do juiz no quadro da



separação de Poderes. Os dois casos são paradigmáticos. De um lado, *Urgenda* levou a que se questionasse a atuação desmedida do juiz em face do legislador e de esferas políticas. De outro, o escândalo do auxílio-creche levou a que se questionasse a insuficiente atuação do juiz (administrativo) até a mais alta instância, o Conselho de Estado. De um lado, um juiz que se vale dos direitos fundamentais reconhecidos em instrumentos internacionais (na verdade, direitos humanos) para determinar obrigações positivas para o Estado, incluída a formulação de políticas para o atingimento de objetivos climáticos assumidos na arena global. De outro lado, um juiz cuja deferência em relação à Administração e ao órgão de cúpula da Justiça Administrativa leva a não analisar a fundo as circunstâncias concretas dos casos, aplicando cegamente a lei e, assim, deixando de ofertar efetiva proteção legal ao cidadão.

Um aspecto interessante a ser pontuado quanto à proteção jurídica e à Justiça Administrativa, refere-se ao fato de que no caso *Urgenda* a ação foi proposta perante o chamado juiz civil, ou seja, perante o Poder Judiciário, e não perante a Justiça Administrativa. Isto redundou em que não fosse o juiz administrativo a analisar a questão; não foi o *Raad van State*, Conselho de Estado, que decidiu a matéria, mas o *Hoge Raad*, Conselho Superior, ou Supremo Tribunal. Também é interessante lembrar que nem mesmo esse Supremo Tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade das atuações do legislador holandês, seja controlando a constitucionalidade das leis em sentido formal, seja controlando uma alegada omissão inconstitucional do legislador. Não obstante, foi esse *Hoge Raad*, que se valeu de normas internacionais de direitos humanos e de outras normas de direito internacional para afirmar a existência de obrigações positivas para o Estado em face de obrigações assumidas no plano internacional e inafastáveis para o dever de proteção relativo aos direitos humanos.

Que provocações nos trazem esses casos paradoxalmente posicionados em termos de proteção jurídica do indivíduo?

Para mim, resta clara a urgência de revisitarmos a tripartição dos poderes, principalmente no que tange à conformação do Poder Judiciário. Isto para além das já conhecidas discussões acerca da *political question*, do *judicial activism* ou *restraint* ou mesmo do teor contramajoritário dos direitos fundamentais por possibilitarem, no controle de constitucionalidade, o afastamento de normas legislativas. A reflexão que me parece incontornável tem que ver com as afirmações tradicionais na seara jurídica acerca das garantias de ausência de controle hierárquico e responsabilização, com exceção dos próprios recursos processuais, ou da ocorrência de erro judiciário ou crime, em última instância acerca da necessidade de neutralidade do Judiciário, da sua atuação a-política.

Para gizar essa reflexão em tom de pergunta, que certamente não restará respondida nesta ocasião, é preciso traçar uma premissa. Por óbvio, o Judiciário precisa ter garantias e se colocar acima da política partidária, precisa assegurar o respeito ao Direito e aos direitos fundamentais. Não podemos transigir com estas construções tão caras ao constitucionalismo e inafastáveis no quadro de um Estado Democrático de Direito.

Acresce que me parece necessário pensar outras formas de encarar estas questões, especialmente diante da atual conformação das relações entre Executivo e Legislativo. Como assegurar que o Judiciário possa efetivamente realizar o controle da atuação estatal sem se situar em um contexto político – no sentido amplo e não político partidário? Como ganhar sinergia nas formas de controle, envolvendo também o Parlamento? Certamente há esforços teóricos de fôlego neste sentido, veja-se, por exemplo, Ronald Dworkin com sua diferenciação entre *rights* and



*policies*.<sup>106</sup> Mas será que esse dogma realmente se sustenta? A macro-atuação do Judiciário demonstra claras escolhas políticas que os dois casos aqui analisados tornam patente. A seriedade crescente com que se está a tratar judicialmente a questão climática não parece guardar relação com o tratamento de direitos de cunho eminentemente prestacional, mormente voltados para franjas sociais vulneráveis, como foi o caso dos auxílios. É claro que a questão climática é mais do que séria. Mas será que a subsistência, a garantia de um mínimo social para quem dele necessita de forma premente não reclama a mesma seriedade? Como enfrentar essas macro-escolhas de forma jurídica sem macular a atuação do Poder Judiciário? Fica a pergunta ... que talvez só se equacione com recurso a processos democráticos e novas conformações da tripartição de Poderes<sup>107</sup> na qual, nos parece, o “juiz constitucional” seja chamado a desempenhar papel essencial.

Ademais disso, parece-me inviável não pensar em todos os discursos inflamados contra “políticos”, sejam administradores, sejam legisladores, como se esses fossem sempre mal intencionados e não cuidassem de tomar as providências necessárias para o bem estar dos indivíduos. Em contraste com os políticos, haveria os juízes, seres imaculados capazes de corrigir as mazelas da política, sem ser políticos, por meio do Direito. Mais uma vez Urgenda e *toeslagenaffaire* mostram-nos que tais pensamentos polarizadores, generalizantes e pouco nuançados não servem.

---

106 Ronald DWORKIN. *Taking rights seriously*. Duckworth, 1978; Ronald DWORKIN. *A matter of principle*. Harvard: University press, 1985; Ronald DWORKIN. *Justice for hedgehogs*. Belnap: Press of Harvard University Press, 2011 (<https://doi.org/10.4159/9780674059337>). Vide, dentre muitos, GAFFNEY. *Ronald Dworkin on law as integrity* : rights as principles of adjudication, 1996, Mellen University Press.

107 Lindseth ROSE-ACKERMAN, B. EMERSON. Good-bye, Montesquieu. In *Comparative Administrative Law*, 2017, pp. 38–43. Edward Elgar Publishing (<https://doi.org/10.4337/9781784718671.00009>).

No caso *Urgenda*, não parece corresponder aos fatos que os políticos nada façam e que o juiz possa salvar a situação, por mais que seja louvável a decisão judicial deste caso. A questão climática é realmente de difícil solução, exigindo a atuação não contraposta, mas colaborativa, dos 3 Poderes e da sociedade. No caso do auxílio-creche também não se mostra viável polarizar políticos e juízes como bons e maus; para além de atuações legislativas e administrativas desproporcionais, a justiça falhou em muitos casos flagrantemente, casos em que os próprios juízes reconheçam a desproporção e anti-juridicidade de suas decisões.<sup>108</sup>

Na verdade, o *toeslagenaffaire* me faz pensar que temos que revisitar a responsividade do Estado, sua *accountability*. Não se trata de defender a responsabilização pessoal de juízes por interpretações legais e decisões de casos, por óbvio. Mas se trata de buscar mecanismos mais efetivos para que também esta função estatal se revista de responsividade em relação aos indivíduos. Certamente que isto tem desafios reforçados diante da necessidade de garantia dos magistrados e sua independência. Quais mecanismos e como? Faço esta indagação sem desconhecer os perigos desta questão, principalmente quando se têm regimes autoritários que pretendem controlar o Judiciário. Por certo, não me alinho a nenhum tipo de controle autoritário do Judiciário. Proponho uma reflexão sobre dogmas que por vezes aceitamos e repetimos, como estudiosos do Direito Público, como por exemplo a imparcialidade dos juízes, a ausência de hierarquia e a autonomia do Judiciário. Estes são dogmas intocáveis no Estado Democrático de Direito. O quanto destes dogmas se verifica na realidade para a efetiva oferta de proteção jurídica ao indivíduo? Mais uma

---

108 Vide, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 2021 (<https://www.raadvanstate.nl/@127602/uitkomst-reflectieprogramma/>).



vez não temos aqui dados de pesquisa empírica para embasar qualquer tipo de afirmação causal. É um convite à reflexão.<sup>109</sup>

O juiz administrativo no *toeslagenaffaire* não parece ter sido, pelos dados que têm vindo a público, em geral imparcial ou autônomo. Pelo contrário, agiu durante anos, em muitos casos, em clara deferência a uma interpretação legal propagada e aplicada pela Administração, sem perquirir os meios jurídicos disponíveis para a busca de soluções mais condizentes com os próprios princípios de boa administração, para não dizer respeitosas aos direitos fundamentais. Como restou afirmado em

---

109 Vide, para uma aproximação ao tema, com variados enfoques e demonstrando a sua dificuldade, Julio RIOS-FIGUEORA and Jeffrey STATON, Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures (April 26, 2009). *CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1434234> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1434234>; Tara GROVE LEIGH, The Origins (And Fragility) of Judicial Independence (March 16, 2018). 71 *Vanderbilt Law Review* 465 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2963683>; David S. LAW, Judicial Independence (February 25, 2010). *The international encyclopedia of political science*, Vol. 5, pp. 1369-1372, Bertrand Badie, Dirk Berg-Schlosser, Leonardo Morlino, eds., 2011, Washington U. School of Law Working Paper No. 10-02-06, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1557348> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1557348>; Nuno GAROUPA, Tom GINSBURG, Tom, Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence (November 18, 2008). *American Journal of Comparative Law*, Forthcoming, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 444, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 250, Center on Law and Globalization Research Paper No. 09-05, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1303847>; Sonia LAWRENCE, Reflections: On Judicial Diversity and Judicial Independence (2010). *Judicial independence in context*, A. Dodek & L. Sossin, eds., Irwin Law, 2010, p. 193, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2043089>; Stephen BURBANK, Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations. *Georgetown Law Journal*, Vol. 95, p. 909, 2006, University of Pennsylvania Law School, Public Law Working Paper No. 06-29, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=922091> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.922091>; Fabien GELINAS, Judicial Independence in Canada: A Critical Overview (March 24, 2010). *Judicial independence in transition – strengthening the rule of law in the OSCE region*, Anja Seibert-Fohr, ed., Max Planck Institute Series, *Beitraege zum Auslaendischen Oeffentlichen Recht und Voelkerrecht*, Heidelberg: Springer, 2011, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1577842>; Aileen KAVANAGH, A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency (July 28, 2010). *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 58/2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649994>.

vários casos, o juiz de primeira instância deixou de decidir como entendia mais cabível ao caso concreto porque previa que a decisão seria revertida na instância superior. De que valeram os dogmas da independência, imparcialidade e autonomia nestes casos?

As garantias dadas ao juiz administrativo e a ideia de acesso ao juiz administrativo de fato se justificam para garantir ao cidadão uma decisão individualizada, motivada, que verifique a observância das exigências legais, tanto procedimentais, quanto substanciais, pela Administração. Como escreve Ymre Schuurmans, o juiz administrativo deveria ter-se valido de suas competências para realizar “uma avaliação mais crítica da juridicidade das regras legais e regulamentares” evitando, assim, muito sofrimento para os pais beneficiários do auxílio-creche.<sup>110</sup>

Determinar até que ponto esses dogmas atuam na esfera decisória individual dos diversos agentes estatais transborda os lindes deste artigo. Lukas van den Berge escrutinou criticamente uma publicação do Presidente (*voorzitter*) do Conselho de Estado sobre o *toeslagenaffaire*, na qual este se justificou explicitando diversas circunstâncias que explicariam a atuação deste órgão de cúpula da Justiça Administrativa, nomeadamente que a lei impunha ou pelo menos previa a interpretação tudo-ou-nada no que tange à determinação de devolução de quantias. Este trecho de van den Berge convoca à reflexão:

“Afundando em um formalismo jurídico quase ininteligível para leigos, Van Ettehoven não está pronto para a tarefa mais importante que ele tem que cumprir como juiz administrativo: proteger os cidadãos contra uma prática administrativa moderna em que uma combinação

---

110 SCHUURMANS. Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire. *Nederlands Juristenblad*, 2021, 96(37), 3104-3106 (<https://hdl.handle.net/1887/3278410>).



tóxica de desinteresse burocrático e gerencialismo corporativo muitas vezes predomina. Escolhas jurídicas difíceis são escondidas atrás de uma chamada lógica formalista obrigatória, que nos é apresentada como evidente, mas que não o é de forma alguma. Princípios fundamentais de justiça desempenham, para Van Ettehoven,<sup>111</sup> um papel tão somente na medida em que uma lógica burocrática rígida, estranha ao Direito, lhes dê espaço. Em seu universo jusadministrativo atua o juiz administrativo acima de tudo como *longa manus* do legislador. É por isso que ele não carrega a responsabilidade pelas consequências de suas decisões judiciais. Quando a aplicação estrita da lei for manifestamente injusta, ele lava suas próprias mãos inocentemente e simplesmente diz: *Não fui eu, foi o legislador!*"<sup>112</sup>

O mais interessante é que neste mesmo sistema jurídico foi possível engendrar uma decisão como a do caso *Urgenda*. A pergunta é incontornável, que juiz, com que papel, é necessário para que haja efetiva proteção jurídica do cidadão?<sup>113</sup>

---

111 Vide, a respeito, Bart Jan van ETTEKOVEN, 'Tussen wet en recht' Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag Bart Jan van Ettehoven, *NJB* 2020/101, afl. 2.

112 Lukas VAN DEN BERGE. Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht. *Ars Aequi*, 2021 70(11), 987-995 (<https://arsaequi-nl.proxy.library.uu.nl/product/bestuursrecht-na-de-toeslagenaffaire-hoe-nu-verder/>). Interessa dizer que a própria Secção Jurisdicional do Conselho de Estado se debruçou sobre a questão e publicou um "Relatório de Reflexão", onde reconheceu suas falhas e propôs caminhos de melhoria na atuação do juiz administrativo. Vide, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 2021 (<https://www.raadvanstate.nl/@127602/uitkomst-reflectieprogramma/>) (tradução livre).

113 Max VETZO, Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal. *Ars Aequi*, 2022(10), 912-919. [AA20220912] (<https://arsaequi.nl/product/constitutionele-toetsing-anno-2022-tussen-dikastocratie-en-toeslagenschandaal/>)

A Comissão de Veneza em seu conhecido *Rule of Law Checklist* elenca 5 exigências normativas que ressaem do *rule of law*<sup>114</sup> e entre elas figuram o respeito pelos direitos fundamentais e o acesso à justiça, que significa que os indivíduos possam contrastar decisões dos governos diante de juízes e tribunais independentes e imparciais. Parece que esta imparcialidade e independência restam ainda hoje como desafio de não serem apenas dogmas formais que se traduzem em perpetuados *designs* legislativos e garantias pessoais, mas que se traduzam em efetiva proteção jurídica dos indivíduos. Isto porque dos casos escolhidos para análise também parece ressarir o papel central desempenhado pela função jurisdicional na esfera pública, essencial para a defesa dos direitos. As falhas e os acertos dos tribunais são de fato determinantes para os direitos e para a democracia, para que o Estado de Direito se mantenha de pé, como sintetizou o *Hoge Raad* no caso *Urgenda*: “a tarefa dos tribunais de ofertar proteção jurídica, mesmo contra o governo/Estado, é um componente essencial de um Estado Democrático de Direito.”<sup>115</sup>

---

114 Para uma aproximação ao conceito de *rule of law* com contraste entre várias concepções, vide CRAIG, Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*, Autumn, 1997, 467–487; TASIOLAS, The Rule of Law. In *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, 2020, pp. 117–134 (<https://doi.org/10.1017/9781316104439.007>). Para uma discussão no cenário holandês, tangenciando também o caso *Urgenda*, consulte-se VAN GESTEL. De rechtsstaat in discussie. *RegelMaat*, 2020, 35(4), 261-274 ( <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035004006>).

115 Para uma interessante aproximação renovada ao conceito de *rule of law*, a partir dos desafios climáticos, vide Katalin SÜLYÖK, A rule of law revolution in future generations’ litigation – intergenerational equity and the rule of law in *the Anthropocene in Hungary Working Papers*, 2023, Forum Transregionale Studien 14/2023 (DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>).



#### 4. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma resposta para as indagações levantadas nesta oportunidade não se mostra pronta. Mas uma aproximação defensável aponta no sentido da centralidade dos direitos fundamentais e da construção de mecanismos de efetiva proteção jurídica dos indivíduos. Parece-nos que essa necessária proteção jurídica tem que ser engendrada para além de dogmas e garantias formais dos órgãos incumbidos de função jurisdicional, sejam eles organizados na forma de um Poder Judiciário, seja em uma Justiça Administrativa. Uma responsividade global da atuação estatal tem que ser colocada em movimento de modo que os direitos importem para os indivíduos, gerando consequências se violados por quaisquer dos Poderes estatais. Na verdade, a divisão de poderes deve servir a um adequado equilíbrio entre as necessidades individuais e coletivas, tendo a dignidade humana como baliza. Não deve servir, por óbvio, como subterfúgio para a ausência de consequências para violações de direitos, possibilitando que um Poder se esquive por violações apontando como causa a atuação de outro Poder. Para o indivíduo, o Estado é uno e deve atuar tendo como norte a centralidade dos direitos, base da axiologia constitucional do Estado Democrático de Direito.

Quanto a isto, de fato, parece haver pouca dúvida. Não obstante, os exemplos analisados mostram que na prática do Direito Público estas afirmações não são tão óbvias como parecem a princípio. O que ressaí destes exemplos, na minha visão, é que a centralidade dos direitos reclama uma cultura constitucional em que estes sejam levados a sério. Tal cultura, no momento atual, reclama o controle judicial de constitucionalidade<sup>116</sup>, mesmo porque, havendo este, se colocam em movimento

---

116 Para uma interessante aproximação a estas questões no contexto holandês atual, vide LEIJTEN, *Grondrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie*, Tilburg University, 2023.

outros debates que combinam direitos fundamentais com democracia, nas balizas do Direito, possibilitando permanente desenvolvimento destes pilares do Estado Democrático de Direito.<sup>117</sup>

Ainda que seja passível de críticas, a construção que coloca os direitos como pilares de uma ordem constitucional, guardados por um “juiz constitucional”, no seio de equilíbrios buscados no princípio democrático, exigindo justificações racionais e intersubjetivamente controláveis, se mostra a senda a seguir e aprofundar. As consequências de uma tal construção parecem capazes de se espraiair da teoria para a prática constitucional e política.<sup>118</sup>

Ymre Schuurmans destaca algumas consequências que a proibição de controle de constitucionalidade tem sobre a efetiva proteção do cidadãos em face do Estado, mormente no que tange à Justiça Administrativa. O Direito acaba por desenvolver-se tendo como foco o efetivo desempenho das competências administrativas, não incorporando plenamente a perspectiva dos direitos subjetivos públicos. Ymre, fazendo uma interessante análise da Lei Geral de Direito Administrativo e verificando para quais princípios são formulados ou reconhecidos direitos reflexos para os cidadãos, observa que não é algo isolado o que aconteceu no escândalo do auxílio-

---

117 Por certo que as escolhas principais cabem ao legislador democrático. Não obstante, a atuação deste também deve se dar em uma cultura de respeito à Constituição e balizada pelos direitos fundamentais. Nesse sentido, mais uma vez a existência de controle de constitucionalidade, ao meu sentir, se mostra essencial. Em direção um pouco diversa, vide Jos VLEUGEL, *Grondrechtencatalogi met een evenredigheidstoets: een fundamenteel en institutioneel vraagstuk*. *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 2022, 47(2), 168-187.

118 Matthias KUMM. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. in Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0009>); Julian RIVERS, Julian, Constitutional Rights and Statutory Limitations, in Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0011>); Matthias KLATT. Robert Alexy's Philosophy of Law as System, Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0001>).



-creche. O juiz administrativo acedeu ao uso fortemente interventivo das competências do Fisco e não realizou qualquer juízo de razoabilidade; essa atuação se encarta em um sistema de fraco reconhecimento de direitos subjetivos para o cidadão em face da Administração, igualmente um sistema em que falta a cultura do controle de constitucionalidade.<sup>119</sup>

Talvez o único ponto que se possa avançar como tentativa de consideração final tangencia o papel dos direitos humanos ou fundamentais como elementos fundantes de uma ordem de valores a ser democraticamente positivada e implementada, mormente diante de novos desafios que abalam severamente as construções do Direito Público. Esses direitos devem igualmente nortear uma releitura da tripartição dos Poderes e das relações entre os Poderes e os cidadãos.

Não é por acaso que os dois casos escolhidos situam-se em uma encruzilhada em que se encontram direitos fundamentais, temas clássicos do Direito Público, e os desafios digitais e climáticos. Por um lado, como ensina Sofia Ranchordas, na era digital a atuação estatal precisa ser permeada de empatia, entendida como valor do edifício estatal e como *“condição necessária para a operacionalização da justiça, para a função jurisdicional baseada em evidências e para a democracia”*.<sup>120</sup> Por outro lado, como propõe Katalin Sulyok<sup>121</sup>, o Estado de Direito e seus pilares precisam ser reinterpretados.

---

119 Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

120 Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.

121 Katalin SULYOK, A rule of law revolution in future generations' litigation – intergenerational equity and the rule of law in *the Anthropocene in Hungary Working Papers*, Forum Transregionale Studien 14/2023 DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>.

tados para impor o *design* de políticas de longo prazo no enfrentamento da questão climática, levando em consideração as gerações atuais e futuras.

Se quisermos continuar a caminhar e efetivar os pilares de um Estado Democrático de Direito que busca ser justo e inclusivo teremos, me parece, forçosamente que rever estes mesmos pilares relendo-os com os olhos voltados para os indivíduos, titulares de direitos fundamentais e merecedores de efetiva proteção jurídica, e partindo de relações de confiança entre os Poderes estatais e estes mesmos indivíduos. O papel do juiz na proteção dos direitos e na construção desta relação de confiança não é fácil, mas é crucial.

Os atuais desafios sociais e climáticos são hercúleos. Perder-se o juiz numa crise de identidade entre ser o juiz do caso *Urgenda* ou o juiz do escândalo do auxílio-creche não parece um pecado capital, mas não parece ajudar... Que caminho tomar, então? Como escreve Ymre Schuurmans não se pode ter um juiz inserido numa cultura em que a Constituição e seu sistema de valores não sejam vivenciados na atividade jurisdicional, sob pena deste tornar-se um juiz limitado e que tenha ainda maior dificuldade em se situar e se definir em relação às suas competências e às competências dos demais Poderes.<sup>122</sup> Ainda que o juiz com competências de controle de constitucionalidade<sup>123</sup> não seja a panaceia e não vá “acertar” sempre, parece-nos na atualidade um elemento essencial para garantir o cidadão em face e por meio do Estado, segundo os valores constitucionais, equilibrando direitos fundamentais e democracia.

---

122 Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

123 Analisando de forma crítica a criação de um “Supremo Tribunal”, vide Aileen KAVANAGH, A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency (July 28, 2010). *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 58/2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649994>.



# A discricionariedade administrativa e a responsabilização de agentes públicos

Ameaças dos estados de exceção à democracia

LUIS MANUEL FONSECA PIRES <sup>1</sup>

## Resumo

A discricionariedade administrativa acompanha a formação e o desenvolvimento do Direito Administrativo na Idade Contemporânea. Da ideia de ‘ato’ e ‘poder’, nos séculos XIX e início de XX, como fundamentos para forte imunidade ao controle externo, à noção de ‘competência’, pós Segunda Guerra Mundial, com intenso enquadramento democrático e constitucional que permite dimensionar a responsabilização de agentes públicos. Mas na última década a discricionariedade administrativa tem também servido de instrumento para novos regimes autoritários em ascensão que atuam sob *estados de exceção*.

---

1 Livre-docente, doutor e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Autor, entre outros, dos livros *Estados de exceção. A usurpação da soberania popular*, editora Contracorrente, São Paulo, 2021, e *Controle judicial da discricionariedade administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 4ª ed., editora Fórum, São Paulo, 2020.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Discricionariedade administrativa. Estado de exceção. Autoritarismo.

### **Abstract**

*Administrative discretion accompanies the formation and development of Administrative Law in the Contemporary Age. From the idea of 'act' and 'power', in the 19th and early 20th centuries, as foundations for strong immunity to external control, to the notion of 'competence', after World War II, with intense democratic and constitutional framework that allows dimensioning the accountability of public officials. But in the last decade, administrative discretion has also served as an instrument for new authoritarian regimes on the rise that operate under states of exception.*

**Keywords:** Administrative law. Administrative discretion. State of exception. Authoritarianism.

**Índice.** Contextualização. 1. Definições de discricionariedade administrativa na formação e desenvolvimento do Direito Administrativo. 1.1. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). 2. Autoritarismo líquido, estados de exceção e discricionariedade administrativa.

### **Contextualização**

O tema que proponho à reflexão envolve estudos que se associam ao meu doutoramento (discricionariedade administrativa e o seu controle judicial) e à livre-docência e ao grupo de pesquisa na Pontifícia Universi-



dade Católica de São Paulo do qual sou um dos líderes (estados de exceção e o Direito Administrativo).

Inicialmente, apresentarei algumas definições de discricionariedade administrativa no curso da história do Direito Administrativo, o que muito se relaciona ao tempo e ao modo como se organizaram o(s) Estado(s) de Direito – ora sob o liberalismo do século XIX, ou no contexto de direitos fundamentais sociais na passagem para o século XX, ou sob regimes autoritários, até à nova onda de (re)construção de ideais democráticos pós Segunda Guerra Mundial. Por este longo período de dois séculos também as diversas formas de entender a interpretação e aplicação do direito, as diversas teorias hermenêuticas que tanto se alteraram, influenciaram a leitura e compreensão do que seria a discricionariedade administrativa, sobretudo no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados<sup>2</sup>. Comentarei algumas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que prescrevem diretrizes importantes sobre a interpretação e aplicação do Direito nos dias atuais.

Por último, tecerei considerações sobre as ameaças contemporâneas à democracia. Novos regimes autoritários que se assomam e funcionam de modo bem distinto do que temos por clássicos referenciais teóricos de autoritarismo – os regimes totalitários na Europa na primeira metade do século, as ditaduras que dominaram a América Latina por maior parte do século XX –, mas em especial, atento ao limite que deve manter-se um artigo, quero enfatizar o papel da discricionariedade administrativa na função de recurso técnico-jurídico de esgarçamento da democracia, isto é, um possível instrumento dos *estados de exceção* contemporâneos. Um

---

2 Os quais não terei espaço, neste artigo, para desenvolver, mas trato em meu livro *Controle judicial da discricionariedade administrativa* (citado na nota 1).

alerta importante, assim considero, a respeito da necessidade de uma compreensão transdisciplinar entre o Direito Administrativo, a Ciência Política, a Filosofia Política e a História, de modo a evitar que um capítulo das ciências jurídicas (a discricionariedade administrativa) sirva a fustigar e deteriorar a democracia. Neste particular, o que apresento neste artigo são alguns apontamentos do que pude aprofundar e estender-me em outro estudo que se encontra em meu livro, *Estados de exceção. A usurpação da soberania popular*<sup>3</sup>.

### **1. Definições de discricionariedade administrativa na formação e desenvolvimento do Direito Administrativo**

A historiografia ocidental denomina por Idade Contemporânea o período que se inicia com a Revolução Francesa em 1789 até os nossos dias. Novas formas de organização política da sociedade com intensos reflexos socioculturais gradualmente passaram a dominar o cenário mundial. Os principais referenciais a justificar a denominação de uma nova era, a Idade Contemporânea, foram a substituição do regime de organização política de Monarquias Absolutistas que se caracterizavam por concentração total dos poderes estatais sob um monarca que se legitimava pela vontade divina para Monarquias Constitucionais ou Repúblicas, é dizer, outros modelos de ordem política que pressupuseram a necessidade de limitação do poder estatal (i), por consequência, a divisão dos poderes do Estado (administrar, legislar e julgar) em órgãos distintos (ii), o reconhecimento jurídico (positivado) de direitos naturais (iii), e o fundamento de legitimação do poder, a denominada soberania, junto ao povo, não mais a vontade divina, o que alterou o paradigma da “vontade do rei” para a “vontade da lei” (iv).

---

3           Igualmente mencionado na nota 1.



Esse processo de transformação havia se iniciado na Inglaterra com as revoluções do século XVII que resultaram num modelo de Monarquia Constitucional, e mais tarde, em 1776, com forte impacto mundial, houve a independência das colônias inglesas na América do Norte e a fundação dos Estados Unidos, um modelo de República Constitucional. Mas a Revolução Francesa tornou-se a referência simbólica da passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea. Consolidou-se um horizonte para o qual as nações (em formação, um imaginário em construção) tomaram rumo. O liberalismo constitui-se como ideário político e passou a ser identificado pela divisão de poderes (uma das inspirações, Montesquieu) como meio de contenção dos poderes do Estado, a declaração de direitos (dos direitos naturais a direitos postos) como garantia de proteção do cidadão, e o deslocamento da soberania do poder divino para o povo (um dos influenciadores, Jean-Jacques Rousseau), mas neste particular com severas restrições à efetiva participação na vida política porque era limitada a homens brancos com renda – o “voto universal” masculino, isto é, independente de renda, seria pauta de revoluções sociais ao longo do século XIX; a abolição da escravidão uma luta constante por este mesmo século, mas com reais conquistas de emancipação, em muitos países, apenas no século XX, tal como aconteceu nos Estados Unidos na década de 1960; direito de voto às mulheres uma conquista batalhada durante o século XX. A sociedade tornou-se dividida em classes e não mais em estamentos (nobreza, clero e povo), embora sem revolução nos quadros de injustiça social. Em síntese, difundiu-se no século XIX o Estado sob a lei (não mais sob a vontade do rei), depois denominado Estado de Direito, inicialmente na vertente liberal-burguesa (Estado de Direito Liberal) com as prioridades de assegurar a liberdade (proteção do cidadão contra o Estado), a igualdade formal (perante a lei, apenas; não a igualdade material, concreta) e a propriedade como direitos naturais a serem garantidos.

Neste período, o regime do contencioso-administrativo foi inaugurado em 1799 na França, e foi pensado como um simples controle interno da Administração. Afirmo o eminente Eduardo García de Enterría<sup>4</sup> que o contencioso-administrativo acompanhou em paralelo a história da centralização do poder, o que significa que a fiscalização representava simples sistema de autocontrole, sem a possibilidade de conhecimento pelos juízes comuns, uma restrição que se apoiava no dogma da separação de poderes. Imbuído deste desiderato foi que Napoleão atribuiu o conhecimento do contencioso-administrativo a dois órgãos, aos Conselhos de Prefeitura e, em grau de recurso, ao Conselho de Estado. Foi o início, na França, da *jurisdição administrativa* sob a distinção do “poder gracioso” em relação ao “poder contencioso”, o que serviria para firmar as competências dos Tribunais Administrativos, consoante também esclarece a jurista brasileira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>5</sup>: as matérias contenciosas sujeitavam-se ao controle, e as do “poder gracioso”, como eram exemplo as “matérias de polícia” (*jus politae*), eram imunes à possibilidade de revisão judicial.

Ao longo do século XIX, pela jurisprudência do Conselho de Estado francês desenvolveram-se as teorias dos “atos de governo” ou “atos políticos”, uma sucessão à distinção do “poder gracioso” e o “poder contencioso”. A solução prática era similar: os “atos de governo” (“atos políticos”) eram isentos do controle pelo Conselho de Estado e denominavam-se “atos discricionários” (ou “atos de pura administração”, ou “atos puramente administrativos”).

---

4 Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª. ed., Madrid: Civitas, 1983, pp. 21-22.

5 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 200, pp. 87-88.



Nos Estados Unidos da América, destaca Eduardo García de Enterría,<sup>6</sup> nos primeiros anos do século XX, fez-se a distinção entre *atos ministeriais*, sujeitos ao controle judicial, e *atos discricionários*, isentos da ingerência do Judiciário porque eram considerados “questões políticas”, e por esse fundamento, não sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário. As particularidades do sistema constitucional americano também contribuíram para esta ideia de restrição ao controle judicial da discricionariedade, especialmente em razão do modelo de agências independentes, originadas da *Interstate Commerce Commission*, criada em 1887, e depois da *Federal Trade Commission*, em 1914, pois a estes órgãos (agências) o Poder Executivo delegava diversas funções, inclusive alguns poderes legislativos e judiciais, o que contribuiu para a construção de uma *doutrina de deferência à Administração*.

De volta à França, berço de formação do Direito Administrativo, os juristas espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>7</sup> esclarecem que no início da jurisprudência do Conselho de Estado francês a discricionariedade era também equiparada aos chamados “atos de império”, em oposição aos “atos de gestão”, e por isso absolutamente imune a qualquer controle judicial; ainda no século XIX surgiu em França o *recurso por excesso de poder* como uma exceção a esta imunidade, o que só era admitido quando a impugnação referia-se a um *vício de incompetência*. Depois, o *vício de forma* foi equiparado ao de incompetência pelo Conselho de Estado francês, e mais tarde se desenvolveu a técnica do *desvio de poder* como terceira forma de controle da discricionariedade, e ainda no fim do século XIX estendeu-se o controle a *qualquer violação da lei*.

---

6 *Democracia, jueces y control de la Administración*, p. 183.

7 *Curso de Derecho Administrativo*, v. 1, p. 471-475.

Assim se aperfeiçoavam, em transição para o século XX, as “aberturas” para o controle externo da discricionariedade administrativa: *a)* incompetência, *b)* vício de forma, *c)* desvio de poder e *d)* violação da lei e aos direitos adquiridos. Enquanto as três primeiras “aberturas” dispensavam a demonstração do “direito subjetivo”, consentindo com a demonstração apenas do “interesse”, a última exigia a indicação clara da ofensa a certo “direito adquirido”. Posteriormente, esta distinção — “interesse” e “direito adquirido” — perdeu importância, não se fez mais distinção entre lei em sentido formal (competência, forma e finalidade) e em sentido material (direito adquirido), e houve a ampliação da concepção de legalidade porque foram incorporadas as noções de boa administração e moralidade administrativa, o que levou, segundo afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>8</sup> à substituição da expressão *ato discricionário* por *poder discricionário*.

Na Alemanha, enfatiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup>, o jurista Paul Laband, em 1878, sustenta que os órgãos administrativos têm um campo livre de atuação — é a vinculação negativa — no qual seria possível regular sua conduta e escolher seus próprios fins, e excepcionalmente a lei poderia restringir, o que caracterizaria os atos vinculados; então, para Paul Laband, a Administração, no exercício da discricionariedade, não teria limites jurídicos, mas, no máximo, limites políticos ou morais. De outro lado, o jurista alemão Georg Jellinek defende que há uma subordinação crescente da Administração à lei e todas as funções estatais teriam um campo de livre atuação sob o fundamento de um “interesse geral”, mas outro campo vinculado por normas legais. O que Georg Jellinek distingue-se de Paul Laband, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é que para o primeiro haveria algum “limite jurídico” à Administração. Ainda na for-

---

8 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade...*, cit., p. 90.

9 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade...*, cit., p. 99.



mação do Direito Administrativo alemão, o jurista Otto Mayer diz que o “poder discricionário” não pode admitir a ausência absoluta de controle judicial. Para ele, a lei pode conferir à Administração: *a)* iniciativa para agir, *b)* a possibilidade de complementar a norma jurídica, *c)* uma “autorização geral” para realizar o interesse público da forma que lhe for mais conveniente, mas sob os fins sempre vinculados à lei. O jurista Fritz Fleiner admite ser impossível a lei prever todas as situações e por isso é preciso aceitar as “regras de caráter geral” que são aplicadas diante do caso concreto, conforme os critérios que parecem mais adequados à Administração. Em conclusão, na formação do Direito Administrativo alemão, por protagonismo da doutrina jurídica (e não da jurisprudência), a discricionariedade administrativa igualmente surgiu como um espaço com larga liberdade (sem restrições, sem controles) à Administração Pública.

O que prevaleceu durante todo o século XIX e início do XX foi a leitura de forte imunidade dos poderes da Administração Pública ao controle externo. Tímidos foram os limites impostos no âmbito da função administrativa quando praticados sob o argumento da “discricionariedade administrativa”. A situação mudou-se devagar e nas vozes de poucos. Em Portugal, Afonso Rodrigues Queiró<sup>10</sup> lembra o jurista francês Leon Duguit que se opôs à noção de um “poder discricionário” à margem da lei.

Fosse a discricionariedade administrativa rotulada como *ato discricionário* ou *poder discricionário* a ênfase que se lhe atribuía era a de uma *potência* — logo, verdadeiro *poder* — quase imune ao controle externo. Uma ampla liberdade de agir, liberdade em relação até mesmo às prescrições normativas constitucionais. Situação que se escancarou com a ascensão de regimes autoritários — totalitários e ditaduras — na primeira metade do século XX na Europa.

---

10 Afonso Rodrigues Queiró, *Estudos de direito público*, Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989, p. 83.

Apesar dos autoritarismos da Alemanha, Itália e União Soviética serem os mais mencionados entre os que se estabeleceram nas décadas de 1920 e 1930, a Europa convulsionou em golpes militares e ditaduras que se difundiram amplamente: a ditadura militar do almirante Horthy na Hungria em 1919, o golpe militar e depois a ditadura do rei Bóris na Bulgária a partir de 1923, a ditadura do general Primo de Rivera na Espanha em 1923, a ditadura militar do general Pangalos na Grécia em 1926, o golpe militar do coronel Pilsudski na Polónia em 1926, a ditadura militar iniciada com os generais Gomes da Costa e Carmona em Portugal em 1926, o golpe militar de Antanas Smetona na Lituânia em 1926, a ditadura do rei Alexandre na Iugoslávia em 1929, a ditadura do rei Carlos II da Romênia em 1930, o golpe militar de Kontantin Päts na Estónia em 1934, o golpe militar e ditadura de Umanis na Letónia em 1934. Eram poucas as democracias liberais na Europa neste período, a exemplos da França republicana, e a Inglaterra, Holanda, Bélgica, Suécia, Dinamarca e Noruega como monarquias parlamentares.

Na primeira metade do século XX na Europa, e por ainda mais largo tempo na América Latina durante esse mesmo século, a noção de discricionariedade administrativa sob modelos autoritários era irrelevante. Basta lembrar os decretos e atos administrativos na Alemanha nazista que permitiram a “nazificação” de associações (“processo de coordenação”) para influir na política cultural e combater o que se cunhou por “bolchevismo cultural”, a exemplo do *jazz* que era considerado um estilo musical fruto, na perspectiva racista do nazismo, de uma cultura inferior, e nas artes a perseguição ao modernismo, as queimas de livros, além da perseguição étnica e cultural a judeus, ciganos (Decreto de dezembro de 1938 proibia os ciganos de viajarem em “hordas”, isto é, em várias famílias) e outras vítimas mais do nazismo. A Constituição não era limite à vontade política. Em regimes autoritários, não há discricionariedade administrativa porque não existem contenções jurídicas ao desejo político.



Após a Segunda Guerra Mundial, a formação de regimes democráticos na Europa com a amplitude da participação do direito de voto, reafirmação e extensão de direitos fundamentais de primeira e segunda geração, formulação de direitos fundamentais difusos e coletivos, os de terceira geração, e novos instrumentos de ampliação do controle judicial no protagonismo de contenção dos poderes do Estado, e tratados internacionais com ênfase nos direitos humanos, entre tantos outros importantes elementos jurídicos e políticos que emergiram, todo esse conjunto proporcionou novos paradigmas para a construção de Estados *Democráticos* de Direito.

Nesse cenário de surgimento e formação do Estado Democrático de Direito a discricionariedade administrativa precisou ser redefinida. Outras dimensões e definições apresentaram-se. Na Europa, a partir da década de cinquenta – com atrasos significativos para países que permaneceram até à década de setenta sob regimes autoritários, como Portugal e Espanha –, na América Latina, na medida em que cada país livrava-se do jugo da opressão de suas ditaduras – no Brasil, por exemplo, depois de 1985.

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello ilustra esta nova fase. Ele pondera que não é o ato que se apresenta como vinculado ou discricionário, mas a *competência* do agente público quanto à apreciação que deve proceder de certos aspectos admitidos pela norma jurídica. Como assevera, “[...] *O ato será sempre o ‘produto’ do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar*”.<sup>11</sup>

---

11 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 928.

O eixo da discricionariedade administrativa deixou de associar-se a uma vaga noção de “poder”, menos se encerrou na simples declaração jurídica do Estado, o “ato”, e passou a enraizar-se na noção de *competência* que estabelece *a medida e a definição dos poderes*. Os poderes em um Estado Democrático de Direito devem ser concebidos enquanto e na proporção em que previstos pelas normas jurídicas, e só devem ser previstos conforme forem necessários à realização do interesse público que, por sua vez, deve encontrar-se delineado nas normas constitucionais e demais leis com elas compatíveis. O *poder*, então, deve ser entendido como um feixe de *competências* que é posto pela ordem jurídica, e apenas como instrumento necessário à satisfação dos deveres atribuídos ao Estado, deveres que expressam, em última análise, a realização do interesse coletivo.

Com essa perspectiva, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>12</sup> destacam a relevância do princípio da legalidade para legitimar os poderes (ou potestades). É a análise da lei que realça a *potestade* como uma *competência*. As potestades decorrem diretamente do ordenamento, não de atos jurídicos determinados, e por isso são inalienáveis, intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de modificação por seu titular — pois só a lei pode dispor a respeito. As potestades administrativas são potestades-funções, como afirmam os mestres espanhóis, porque devem ser realizadas em razão do interesse público. Tomás-Ramón Fernández, em obra de sua exclusiva autoria, diz que é um equívoco o uso da expressão “poder discricionário” porque o adjetivo “discricionário” duplica o substantivo “poder” ao qualificá-lo como tal. Em lição de Luis Recaséns Siches, lembrada por Tomás-Ramón Fernández,<sup>13</sup> a diferença entre arbitrariedade e direito é que o comando que se fundamenta exclusivamente

---

12 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 441.

13 Tomás-Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2002, pp. 27 e 245.



na vontade do superior e concebe a relação dele com o seu súdito apenas em razão do desejo do primeiro caracteriza a arbitrariedade, enquanto o comando fundado sob uma norma, de modo impessoal, com validade absoluta, representa o direito. É por estas considerações que Tomás-Ramón Fernández propõe a leitura do *princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos* com o sentido de proscrever o “poder” entendido como simples expressão da vontade e da força de quem o detém. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>14</sup> recusam que a discricionariedade seja uma liberdade em relação à norma, mas ao contrário é uma remissão legal, isto é, a discricionariedade não se encontra à margem da lei, mas em virtude da lei; é a norma que remete à Administração para completar o quadro da potestade diante do caso concreto — o que, mais uma vez, reforça a preocupação com a *competência normativa*. Nessa linha, Miguel Sánchez Morón<sup>15</sup> define a discricionariedade administrativa como a possibilidade, *dentro de margens legais*, de optar-se lícitamente por soluções distintas, mas sempre para satisfazer o interesse público, em atenção a critérios não jurídicos, como os econômicos, técnicos, de mera conveniência social ou propriamente políticos.

Ainda se encontram leituras da discricionariedade administrativa, pensadas no Estado Democrático de Direito, que a entendem possível com liberdades mais amplas. Mesmo assim, há uma ênfase dada à *competência jurídica*, e não à mera voluntariedade do *ato* ou do *poder*.

É o caso das teorias da *margem de apreciação*. De acordo com Ma-

---

14 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, cit., pp. 461-462.

15 Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo – parte general*, Madrid: Tecnos, 2005, p. 91.

riano Bacigalupo,<sup>16</sup> a margem de apreciação é uma margem de cognição. É a teoria de Otto Bachof, Hans Wolff e Ule com a denominação de *prerrogativa de estimativa*. Essa teoria reconhece a possibilidade de a Administração subsumir (não interpretar) os fatos a alguns (não todos) conceitos jurídicos indeterminados. Essas excepcionais situações de admitir uma margem de apreciação na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados ocorrem: na avaliação e qualificação de exames e provas de aptidão profissional, na avaliação do rendimento dos serviços prestados por funcionários públicos, decisões de caráter valorativo adotadas por órgãos colegiados independentes, emissão de juízos prospectivos (prognósticos) com caráter valorativo, técnico ou político-administrativo, como econômico, meio ambiente etc. São algumas situações em que conceitos jurídicos indeterminados são habilitantes de uma *margem de apreciação* — que não é e não se confunde, para esta corrente doutrinária, com o conceito de discricionariedade.

No Brasil, Germana de Oliveira Moraes<sup>17</sup> denomina de “atividade administrativa não vinculada” a que outorga à Administração certa liberdade de decisão tanto para valorar conceitos jurídicos indeterminados, por um *juízo de prognose*, quanto para ponderar interesses dos pressupostos de fato referentes ao ato administrativo (*discricionariedade quanto aos pressupostos*), ou para decidir quando emitir o ato (*discricionariedade de decisão*), ou para escolher o seu conteúdo (*discricionariedade de escolha optativa*), ou para colmatar o conteúdo do ato que foi descrito de modo lacunoso pela lei (*discricionariedade de escolha criativa*). A autora defende que a definição de discricionariedade pode adotar o critério formal,

---

16 Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 127.

17 Germana de Oliveira Moraes, *Controle jurisdicional da Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 31, 37, 39 e 41.



ou material, ou ainda integrá-los. Sob o critério formal (ou negativo) diz que se entende por discricionariedade a “[...] *margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração ou como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas*”. Sob o critério material (ou positivo), a autora cita também Massimo Severo Gianinni porque a discricionariedade é a “[...] *liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto [...]*”. A posição da autora traduz-se em aceitar três elementos essenciais à discricionariedade: *a)* a complementação da previsão aberta da norma; *b)* a margem de livre decisão outorgada pela norma; *c)* a ponderação valorativa dos interesses que concorrem. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>18</sup> há discricionariedade administrativa quando: *a)* a lei expressamente a atribui à Administração; *b)* a lei é “insuficiente” porque não é possível predeterminar todas as situações; *c)* a lei prescreve a competência, mas não a conduta; *d)* a lei contém conceitos jurídicos indeterminados.

Em síntese, sob um Estado *Democrático* de Direito, a *discricionariedade administrativa* apresenta – em leituras com diversidades de entendimento – alguns elementos comuns: a *competência normativa*, a existência de uma *pluralidade de decisões legítimas* e a preocupação de *realizar concretamente o interesse público*, mas sempre de acordo com os *limites constitucionais e legais*.

Para finalizar, proponho também uma definição de discricionariedade administrativa:

*A discricionariedade administrativa é a competência prevista na Constituição e nas leis para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por*

---

18 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade...*, cit., pp. 75-76.

*isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público.*

### **1.1. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**

No contexto de um Estado Democrático de Direito em funcionamento, a *discricionariedade administrativa* implica responsabilidades dos agentes públicos. Um exemplo a ilustrar são os critérios que orientam – por isso, *definem parâmetros de responsabilização* – os agentes públicos na tomada de decisões sob o fundamento da competência discricionária que estão previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei n. 12.376/10. É sobre essa norma jurídica que passarei a fazer breves apontamentos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com destaque para as alterações feitas pela Lei n. 13.655/18, confere diretrizes à dinâmica do exercício de competências discricionárias.

O art. 20 estabelece que “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”, o que significa encarecer a importância da *contextualização* dos fatos com os textos normativos que são referidos em sua fundamentação. A *racionalidade da decisão administrativa* é um dos paradigmas para o controle judicial – quanto mais bem fundamentada, com referência a fatos e valores jurídicos, a decisão administrativa se apresentar, menor a legitimidade de seu controle judicial. A definição do *espaço legítimo* da discricionariedade administrativa exige este contato entre a narrativa jurídica e a realidade fática na qual se apoia. A mesma exigência do administrador público é feita pela lei quanto à função judicial: quem julga deve *contextualizar* as



regras e princípios jurídicos que menciona com a situação concreta que se apresenta a julgamento.

O parágrafo único do art. 20 prescreve: *“A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”*. Destaca-se, portanto, a importância da *motivação* para demonstrar a adequação e a necessidade da decisão (judicial ou administrativa). Não existe discricionariedade em relação à motivação em si (apresentar ou não a fundamentação da decisão) porque se trata da exposição das razões, indicação dos fatos considerados relevantes e das normas a serem aplicadas. A interpretação jurídica realiza-se pela motivação, por meio dela se materializa a hermenêutica jurídica, e não há como ser dispensada. Não há como dispensar a motivação de qualquer ato, administrativo ou judicial.

O art. 21 estatui: *“A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”*. Não quer dizer que a eventual impossibilidade do controlador *“indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”* seja um impedimento à intervenção judicial ou administrativa. O *consequencialismo* afirmado é *jurídico*, não pode ser superdimensionado para além dos quadrantes do direito. Portanto, há necessidade de interpretação tópico-sistemática do ordenamento jurídico para envolver o regime jurídico administrativo (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e a proteção ao interesse público.

Os artigos 22, 23 e 24 apresentam a seguinte redação:

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.



Nota-se que a lei insiste com a exigência do que se pode denominar de *racionalidade da decisão administrativa*. O art. 22, § 1º, prescreve a importância de serem “(...) *consideradas as circunstâncias práticas (...)*”, e os artigos 23 e 24 acrescentam o dever de considerar-se a *segurança jurídica* como diretriz necessária à interpretação do direito na atividade de controle. Especificamente sobre a segurança jurídica, lembro a importância de reconhecer a força dos precedentes administrativos e a autovinculação por eles produzida. Os artigos 23 e 24 são expressas referências aos *precedentes administrativos* e à *segurança jurídica* – e a consequente necessidade da decisão de controle ponderar esses paradigmas. Precedentes administrativos implicam *autovinculação* da Administração Pública aos seus atos e comportamentos pretéritos, o que se deve refletir na atividade de controle se estas referências são rompidas sem justificativa.

## **2. Autoritarismo líquido, estados de exceção e discricionariedade administrativa**

O relato que fiz sobre a discricionariedade administrativa ao longo dos séculos XIX, XX e virada para o XXI transmite uma ideia de evolução das definições sobre o tema. Sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, passa-se uma impressão de produções acadêmicas que sinalizam um intenso enquadramento constitucional. Não mais um ato (discricionário), ou mero poder (discricionário) como expressão de força, mas uma *competência discricionária*, isto é, um conjunto de deveres-poderes delimitados em seus recursos e fins possíveis pelo ordenamento jurídico.

Mas é preciso não perder contato com a realidade. Os últimos dez, quinze anos deste século que mal se iniciou têm se destacado por novos movimentos autoritários que estão ameaçando fortemente os regimes democráticos que pareciam consolidados.

Norberto Bobbio é um dos primeiros a perceber algo distinto a infiltrar-se nas democracias ocidentais aparentemente estáveis, e denomina ainda vagamente de “novos despotismos”. Outros desenvolvem mais detidamente a análise, tal como Luigi Ferrajoli que usa a expressão “poder desconstituente”, e Ronald Dworkin ao falar em perda do “common ground” da sociedade, e Boaventura de Souza Santos ao intitular de “democracia de baixa intensidade”, Rubens Casara que chama de “estado pós-democrático”, Giorgio Agambem usa a expressão clássica “estado de exceção”, e Pedro Serrano, constitucionalista brasileiro com quem compartilho a liderança de grupo de pesquisa na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que denomina de “autoritarismo líquido”, expressão que acolho.

*O autoritarismo líquido* atua em sua *forma político-jurídica* sob um modo que denomino *estados de exceção* e apresenta as seguintes características:

(i) *fantasmagórico*: porque não se assume como tal nem se apresenta com uniformes, insígnias, gestuais e frases de saudação aos seus líderes. Não há data marcada para o seu surgimento. Daí a dificuldade de sua identificação e do momento de ascensão.

Nos regimes autoritários do passado havia marcos (momentos) bem definidos, ainda que uma data ou outra pudesse estar em disputa, estavam próximas e compunham um momento claro. Por exemplo, a marcha sobre Roma de Mussolini (28 de outubro de 1922), a nomeação de Hitler como chanceler do Reich pelo presidente Paul Hindenburg (30 de janeiro de 1933) e o incêndio no Parlamento alemão (27 de fevereiro) e o Decreto do Presidente do Reich para a proteção do povo e do Estado (28 de fevereiro). No Brasil, o golpe civil-miliár de 1º de abril de 1964 e o Ato Institucional n. 1 de 9 de abril.



No autoritarismo líquido não é assim. Em El Salvador, por exemplo, quando se pode dizer que se instaurou um regime autoritário? Houve uma série de ordens arbitrárias de prisão dadas por seu presidente, Nayib Bukele, para a detenção de cidadãos em “centros de contenção” em abril de 2020 por ocasião da pandemia do Covid-19, e no ano seguinte, em fevereiro de 2021, ele ingressou na Assembleia Legislativa acompanhado por ampla escolta de militares armados para exigir a aprovação de um empréstimo para financiar sua proposta de plano de segurança, e meses depois, em maio, juízes da Suprema Corte que eram mal vistos pelo Governo foram destituídos de seus cargos. Medidas autoritárias graves foram praticadas pontualmente (com aumento gradual da intensidade) em distintos períodos com intervalos significativos.

(ii) *dissimulado*: porque recusa seu viés antidemocrático. Ao contrário, faz uso frequente da palavra “democracia” mesmo sem ter coerência com as suas ações.

As ditaduras do passado negavam a democracia, e os seus líderes, em geral, assumiam-se como ditadores. O autoritarismo líquido mantém o Estado *Democrático* de Direito como identidade (falseada).

(iii) *fragmentado*: porque não se apresenta por completo, não domina de uma vez as instituições e ao mesmo tempo todos os âmbitos da vida civil. Mas mina cada espaço da vida democrática com investidas em intensidades diferentes, ataques intermitentes, e assim fragiliza gradualmente os signos e sentidos da democracia. Educação, cultura, liberdade de expressão e independência dos Poderes são os seus focos principais. Mas há uma *circularidade* nestes ataques. Por exemplo, ameaças e ações concretas contra a imprensa em ataque acintoso contra a liberdade de expressão, depois essas medidas baixam seu grau de violência e novo foco torna-se o objetivo, a educação, e com tamanha força que se parece

querer aniquilar por completo os princípios básicos de independência de ensino e pluralismo de ideias, mas na sequência se aliviam parcialmente os ataques e as ameaças mudam para as políticas de meio ambiente, e depois à independência dos Poderes com disputas abertas contra o Judiciário, e assim se prossegue até voltar à liberdade de expressão.

Por isso denomino *estados de exceção* (plural). Porque o autoritarismo líquido em sua forma político-jurídica é fantasmagórico, dissimulado e com ataques fragmentados contra a democracia.

Nesse quadro, a relação entre política e Direito nos estados de exceção ocorre por servidão voluntária. O autoritarismo líquido no terceiro milênio necessita de um espírito de maior contribuição do Direito. A vontade política não age apenas para submeter o Direito, mas antes precisa contar com a sua espontânea adesão. O Direito é cooptado pela vontade política e a ela serve docilmente.

Os modelos autoritários do passado não precisavam tanto da racionalidade do discurso jurídico (contava-se com a sua adesão, mas em menor intensidade). Instalado o estado de exceção (como aconteceu com a Alemanha de Adolf Hitler, Itália de Benito Mussolini, Espanha de Francisco Franco, Portugal de Antônio Salazar, Brasil de Getúlio Vargas durante o “Estado Novo”, e tantos outros), o Direito era instrumento à execução e realização do desejo político (um grau de consentimento diferente do que é preciso nos dias atuais).

O autoritarismo líquido, por sua vez, precisa do Direito em fiel submissão, participação ativa, adesão franca, porque o Direito confere um verniz de *racionalidade*. O Direito, onde se instalam os estados de exceção nos dias atuais, é necessário para elaborar alguma aparência de coerência (preocupação ausente no passado), um sentido lógico qual-



quer, a produção de uma narrativa – mesmo falsa – de legitimidade. Para conseguir existir e sobreviver na atualidade o autoritarismo líquido não pode simplesmente subjugar o Direito, precisa dele como parceiro, *voluntariamente a serviço* e com amor à causa. Perceber e compreender essa realidade é fundamental ao pensamento crítico para desarticular o autoritarismo contemporâneo, uma alternativa para despertar a consciência de resistência e resgatar o Direito ao local que deveria estar, o de contenção e definidor de limites à vontade política.

De volta ao Direito Administrativo, parecem proféticas as lições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández ao fazerem a advertência sobre o risco de ser a discricionariedade “o cavalo de Tróia do Estado de Direito”<sup>19</sup>. A imagem ganha força diante do autoritarismo líquido e dos estados de exceção.

A discricionariedade administrativa pode ser amplamente usada no autoritarismo líquido como fuga recorrente da possibilidade de controle jurídico, um mecanismo para a imposição da vontade política autoritária sobre e para além da ordem jurídica, instrumento técnico para o funcionamento dos *estados de exceção*.

Para ilustrar essas considerações, recorde, na vida política brasileira, a nomeação em novembro de 2019 do jornalista Sérgio Camargo para a Fundação Palmares, ente público federal responsável pela promoção da cultura afro-brasileira. Por decisão judicial nas instâncias ordinárias foi suspensa a possibilidade dele assumir o cargo porque à frente de um aparelho estatal vinculado ao combate ao racismo estaria alguém que disse ser “racismo Nutella” a discriminação racial no país, e que a “escre-

---

19 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, cit., pp. 461-471.

vidão foi benéfica para os descendentes” dos escravos<sup>20</sup>. Mas o Superior Tribunal de Justiça, em 12 de fevereiro de 2020, reformou a decisão judicial da instância inferior ao argumento de que a escolha estaria albergada pela discricionariedade administrativa<sup>21</sup>, como se fosse possível absolutamente tudo se conter na forma de um ato administrativo, qualquer intenção política encontrasse acolhimento na expressão “mérito administrativo” que se eleva, em muitas ocasiões, à condição de palavra mágica porque admite desejos de agentes políticos que extrapolam em muito os valores constitucionais.

Outro exemplo foi a situação do Ministro da Educação Abraham Weintraub, no mês de abril de 2019, ter acusado as universidades públicas de “local de balbúrdia” e na sequência anunciado severos cortes de repasses de recursos financeiros<sup>22</sup>; diante das críticas da ampla mobilização nacional em manifestações públicas, ele alterou os seus fundamentos: em vez da “balbúrdia” o Ministro disse que a suspensão de repasse se dava pela necessidade da contingência de empenho de recursos por dificuldades financeiras, e assim consumou o corte de 50% dos “recursos discricionários autorizados” de universidades da Bahia e Mato Grosso do Sul<sup>23</sup>.

Em 2020, no início da curva de ascensão da difusão da pandemia do Covid19 no Brasil, após o consenso estabelecido em comunidades cien-

---

20 Fonte: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/sergio-camargo-e-suspenso-do-comando-da-fundacao-palmares,f06bd5eed531779c08af76918923f720g86rmvgk.html>

21 Fonte: <https://exame.abril.com.br/brasil/stj-libera-sergio-camargo-na-presidencia-da-fundacao-palmares/>

22 Fonte: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,mec-cortara-verba-de-universidade-por-balburdia-e-ja-mira-unb-uff-e-ufba,70002809579>

23 Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/bloqueio-de-recursos-em-federais-e-inconstitucional-defende-procuradoria.shtml>



tíficas de diversos matizes por todo o planeta sobre a importância do isolamento social para combater a pandemia, em discurso feito no dia 24 de março o Presidente da República Jair Bolsonaro fez duras críticas às medidas de contenção adotadas por governos estaduais, pediu a “volta à normalidade”, fim do “confinamento em massa”, acusou os meios de comunicação de espalharem o “pavor” e simplificou a crise mundial como uma “gripezinha”<sup>24</sup>. Tentou, mas não conseguiu – travado por decisões do Supremo Tribunal Federal – comprometer as medidas de proteção planejadas pelos governos estaduais do país no início da pandemia.

A discricionariedade administrativa não pode servir para conter a personalíssima leitura de mundo de agentes políticos. O contato da política com o Direito pela competência discricionária não pode franquear espaço para a vazão de caprichos de quem ocupa cargos públicos. A possibilidade da discricionariedade administrativa acolher qualquer propósito pode servir como recurso eficiente para ações que se qualificam como *estados de exceção* e corroem a democracia.

---

24 Fonte: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/24/bolsonaro-pede-na-tv-volta-a-normalidade-e-fim-do-confinamento-em-massa.ghml>

# Discricionariedade administrativa e responsabilidade de agentes públicos

ANA F. NEVES <sup>1</sup>

## Resumo

O reconhecimento jurídico da discricionariedade administrativa como uma manifestação da legalidade administrativa, da sua bondade e necessidade, assim como de que é devido o seu exercício em conformidade com a lei e o Direito não tem sido, em regra, suficiente para credibilizar o seu exercício. Deve ser questionada a pertinência de uma abordagem jus-administrativa à discricionariedade como merecedora de singularidade na relação da Administração com a lei, quando a lei é hoje uma rede de normas jurídicas provenientes de plúrimas fontes e entrecruzamento de ordens jurídicas. Os parâmetros jus-nacionais da responsabilidade pelo exercício da discricionariedade administrativa, e as concepções que lhe subjazem, são crescentemente «isolados» por normas europeias e internacionais centradas na tutela de direitos e em questões de efetividade, que a ampliação do uso das tecnologias digitais tornará mais evidente.

---

1 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**Palavras-chave:** Legalidade administrativa – Dever de diligência- Inteligência artificial – Malha e rede legais – Interação e entrelaçamento jurídicos.

### **Abstract**

*The recognition of administrative discretion as a form of administrative legality, of its usefulness and necessity, and of the fact that it must be exercised in accordance with the law has not been enough to give credibility to its exercise. The distinctive jus-administrative approach to discretion must be questioned, given that law is a network of legal norms from multiple sources and intersecting legal orders.*

*The national legal parameters of liability for the exercise of administrative discretion, and the conceptions that underlie it, are increasingly “isolated” by European and international rules centred on the protection of rights and issues of effectiveness which the growing use of digital technologies will make more evident.*

**Keywords:** Administrative legality - Due diligence - Artificial intelligence - “Norm-knitting” - Legal network - Legal interaction and intertwining.

## **1. Introdução**

Colocar em relação discricionariedade administrativa e responsabilidade dos agentes públicos sugere que esta última pode variar em função da maior ou menor abertura ou porosidade da lei que conforma a sua ação e decisões. A questão pode cruzar-se com o entendimento de que a intensidade do controlo sobre o seu exercício depende da natureza em

concreto da discricionariedade e da matéria que esteja em causa<sup>2</sup>. Aplicado o primeiro critério, dir-se-ia que quanto maior o espaço ou o grau de discricionariedade mais difícil é o agente incorrer em responsabilidade e que a aplicação do segundo pode depor em sentido contrário<sup>3</sup>. O questionamento não perde de vista o facto de a verificação dos pressupostos da responsabilidade implicar, ela própria, juízos valorativos relativos à densificação dos seus enunciados e aos factos de que depende<sup>4</sup>.

Pode perguntar-se ainda se a probabilidade de um agente incorrer em responsabilidade pode depender do tipo de discricionariedade e, assim, por hipótese, no domínio da discricionariedade técnica, pode-se aventar que as exigências várias (procedimentais e de demonstrabilidade) a que estão sujeitos os juízos técnicos ou técnico-científicos (incluindo a invocação de um direito à ciência<sup>5</sup>) precludem a ideia de tolerabilidade ou de aceitabilidade de diferentes opções do agente público.

---

2 J. BELL e F. LICHÈRE, “Maintaining Legality: The Grounds of Review”, in John BELL e François LICHÈRE, *Contemporary French Administrative Law*, 2022, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 p. 199-203 (pp. 178-232), doi:10.1017/9781009057127.008; e, v.g., Nigel G. FOSTER e Satish SULE, *German Legal System & Laws*, Oxford University Press, third edition, 2002, reprinted 2003, pp. 255-258.

Nota: os recursos disponíveis online foram consultados em último até 30.09.2023.

3 J. BELL e F. LICHÈRE, “Maintaining Legality: The Grounds of Review”, cit., p. 199.

4 Por exemplo, na responsabilidade administrativa extracontratual por facto ilícito, a ilicitude corresponde à violação, não apenas de regras constitucionais, legais ou regulamentares, mas também de princípios e de regras de ordem técnica e de deveres objetivos de cuidado; em qualquer caso que consubstancie “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (artigo 9.º do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro).

5 V.g., Mikel MANCISIDOR, “The Right to Science, Then”, in H. PORSDAM e S. Porsdam MANN (Eds.), *The Right to Science: Then and Now*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 15-104.



A expansão da utilização de tecnologias digitais<sup>6</sup> pela Administração interfere com a resposta às questões colocadas. Com efeito, obriga a repensar os termos da responsabilidade dos agentes públicos; em particular, sendo colocada a ênfase na necessidade de garantir a efetiva responsabilidade por tal utilização, a mesma pode, paralelamente, contribuir para diluir a eventual relevância da discricionariedade para o apuramento da responsabilidade.

As questões colocadas são cruzadas por uma outra, que faz com que a discricionariedade administrativa continue a ser um problema jurídico central, que é a questão de saber como assegurar que é exercida corretamente, que o Direito garante as condições para nada se ter de temer do seu exercício<sup>7</sup>. Emmanuel Yeboah-Assiamah et al. observam que as entidades públicas tendem a exercer a discricionariedade com “má fé” (de forma não fiel às razões que a justificam), ou em termos que suscitam desconfiança, a justificar de forma não convincente e a não prestar contas pelo seu exercício; apelam, sugestivamente, à imagem da discricionariedade como um animal de estimação que se transformou num monstro<sup>8</sup>.

A questão de fundo é a de saber se uma diferente abordagem jurídica à vinculação e à discricionariedade faz sentido considerando que a

---

6 *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*, OECD, 15/07/2014, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0406?ga=2.211692693.1460930213.1693302792-1587226958.1660908594>.

7 Robert G. VAUGHN, “Transparency in the administration of law: the relationship between differing justification for transparency and differing views of administrative law”, *American University International Law Review*, Vol. 26, no. 4, 2011, p. 978.

8 Emmanuel Yeboah-Assiamah, Benjamin Otchere-Ankrah e Samuel Alesu-Dordzi, “Administrative Discretion and Development Administration: Pet Turned into a Monster?”, in A. Farazmand (ed.), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Springer International Publishing AG 2018, p. 1 ([https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5\\_3534-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_3534-1)). No contexto específico, do provimento de postos de trabalho, ver V. Rodríguez-Blanco e V. Díez Machín, “El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna”, *Documentación Administrativa*, 2023, Número 10, pp. 103-118. <https://doi.org/10.24965/da.11172>.

atuação administrativa é hoje, ordinariamente, confrontada com uma pluralidade de normas jurídicas e parâmetros provenientes de múltiplas fontes e ordenamentos jurídicos, cuja delimitação e articulação comportam indefinição.

Para saber se é possível tratar de forma diferente a vinculação e a discricionariedade administrativas, para efeitos de aferição da responsabilidade dos agentes públicos, o presente texto debruça-se sobre as questões enunciadas pela ordem em que foram apresentadas. O conceito de agente público corresponde, aqui, a todo o indivíduo passível de responsabilidade administrativa, disciplinar e criminal.

## **2. A RESPONSABILIDADE DO AGENTE E O GRAU E O TIPO DE DISCRICIONARIEDADE**

A discricionariedade administrativa significa, no essencial, a possibilidade de os agentes públicos decidirem ou atuarem (em maior ou menor medida) sem predeterminações quanto ao sentido e/ou conteúdo de decisão ou atuação. Poder-se-á pensar que, em função da medida da discricionariedade, será mais ou menos difícil o preenchimento dos pressupostos dos diferentes tipos de responsabilidade, designadamente da ilicitude e/ou da culpa (se a mesma os convocar). Consideremos o seguinte exemplo. O crime de denegação de justiça e prevaricação é definido, no Código Penal português, como aquele em que o funcionário, “no âmbito de inquérito processual, processo jurisdicional, por contraordenação ou disciplinar, conscientemente e contra direito, promover ou não promover, conduzir, decidir ou não decidir, ou praticar ato no exercício de



poderes decorrentes do cargo que exerce”<sup>9</sup>. Um dos elementos do tipo de crime é “agir contra direito”.

Ora, agir contra o direito inclui tudo o que releva no plano da juridicidade<sup>10</sup>. No entanto, é assinalado no Acórdão da 3.ª Secção do STJ de 17.09.2014, processo n.º 89/13.2TRPRT.S1, que “se a aplicação ao caso concreto de uma norma não se circunscreve à pura subsunção de uma *fattispecie* unívoca (hipótese em que a prevaricação se afirma com a simples desconformidade da solução com o prescrito no comando legal) (...)”<sup>11</sup> a escolha de uma delas feita pelo concreto aplicador conforma, em princípio, uma solução de acordo com o direito”. Em sede de responsabilidade criminal, a remissão para normas jus-administrativas pode implicar juízos valorativos e a utilização dos conceitos imprecisos ou indeterminados. Para além da interpretação que das mesmas caiba, a escolha legislativa da configuração de certos crimes quando está em causa o exercício de funções públicas revela, por vezes, uma opção consciente por uma menor censurabilidade, a diluição da ilicitude de certas

---

9 O artigo 369.º, n.º 1, do Código Penal estabelece: “O funcionário que, no âmbito de inquérito processual, processo jurisdicional, por contraordenação ou disciplinar, conscientemente e contra direito, promover ou não promover, conduzir, decidir ou não decidir, ou praticar ato no exercício de poderes decorrentes do cargo que exerce, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 120 dias.”

10 Precisou o Tribunal: “Na integração dos elementos objetivos tipificadores do crime é essencial o agir contra direito sendo certo que este agir abrange e, em primeiro lugar, o conjunto das normas vigentes na ordem jurídica positiva, independentemente da sua origem ou modo de revelação (se. fonte), tenham cunho material ou, antes, processual, natureza pública ou privada, de criação estadual ou não (v. g., convenções coletivas de trabalho). Porém, para além do referido estão também em causa os princípios jurídicos não direta ou expressamente consignados em normas positivadas, mas que delas decorrem e gozam de força cogente, como o princípio *in dubio pro reo*, ou a proibição do *venire contra factum proprium*, etc.”.

11 “...(hipótese em que a prevaricação se afirma com a simples desconformidade da solução com o prescrito no comando legal)”, refere o Tribunal.

condutas que se inscrevem na discricionariedade administrativa e o deixar “mais ou menos espaço ao juiz penal para controlar a atividade discricionária ou apreciação de desvio de poder”<sup>12</sup>.

A discussão em torno da opção do legislador italiano de limitar o crime de abuso do poder às situações em que há “violação de regras de conduta específicas” é reveladora. Também o é o facto de a Sentença da *Cassazione Penale, Sez. VI, 1 marzo 2021 (28 gennaio 2021)*, n. 8057<sup>13</sup>, ter precisado que incorre na prática do crime, não só aquele que viola uma determinada regra de conduta ligada ao exercício de um poder originariamente previsto na lei como inteiramente vinculado, mas também aquele que viola uma regra de conduta ligada ao exercício de um poder que, sendo abstratamente discricionário, se tornou concretamente vinculado em virtude das opções tomadas pelo agente público antes da adoção do ato (ou conduta) em que se consubstancia o abuso de poder<sup>14</sup>.

No domínio da responsabilidade administrativa por facto ilícito, dir-se-á que a lei não considera *prima facie* a medida em que ação ou omissão

---

12 Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Documentación Administrativa*, 2023, (10), p. 44 (pp. 40-58), DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11200>.

13 <https://www.eius.it/giurisprudenza/2021/136>.

14 N.º 2, § 9: “In tal senso è possibile fondatamente ritenere che il legislatore della novella, stabilendo che l’abuso di ufficio sia configurabile solo nel caso di ‘violazione di specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità’, abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all’esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (cioè di un potere del quale la legge abbia preordinato l’an, il quomodo, il quid e il quando dell’azione amministrativa); ma anche ai casi riguardanti l’inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell’adozione dell’atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l’abuso di ufficio.”



do agente se inscreve no exercício de discricionariedade administrativa. A ilicitude pode resultar da violação de “disposições ou princípios constitucionais”, da violação de “disposições ou princípios legais ou regulamentares”, da violação de “regras de ordem técnica” e da violação de “deveres objetivos de cuidado”, de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos<sup>15</sup> ou então em que esteja em causa só esta última ofensa<sup>16</sup>. Pode arguir-se que quanto mais genérico é o parâmetro de aferição da ilicitude, mais difícil é concluir no sentido da sua verificação (por exemplo, é mais difícil apurar a violação do princípio da proporcionalidade do que de uma regra concreta de conduta). Pode contra-argumentar-se que o que é relevante é a capacidade de o operador jurídico manusear os instrumentos e regimes jurídicos. A própria aplicação dos pressupostos de efetivação da responsabilidade, pela Administração ou pelos tribunais envolve juízos valorativos, sem que uns e outros possam declinar a tarefa<sup>17</sup>.

O Acórdão de 4 de abril de 2017, C-337/15 P, Provedor de Justiça Europeu contra Claire Staelen, é significativo a vários títulos, designadamente: a independência do Provedor de Justiça não preclui a sua responsabilidade como qualquer órgão do poder público, antes a reforça; o

---

15 Artigo 9.º, n.º 1, do RRCEE (regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

16 É duvidosa a exigência cumulativa deste requisito. Relativamente à utilização de sistemas de inteligência artificial, é referido: “...it is important to clarify the conceptual distinction between two different types of adverse effects that may (and have) arisen from the operation of AI systems: // (a) violations of human rights, including but not limited to, the rights protected under the ECHR; (b) tangible harm to human health, property or the environment” – Council of Europe, DGI(2019)05, A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework, Rapporteur: Karen Yeung, p 49.

17 “A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor” (artigo 10.º, n.º 1).

princípio da boa administração é um parâmetro de conduta cuja violação gera responsabilidade. O TJUE destacou que “[o] dever de diligência que é inerente ao princípio da boa administração e se aplica, de modo geral, à atuação da administração da União nas suas relações com o público exige que a mesma atue com rigor e prudência”<sup>18</sup>, dever e princípio que “possuem claramente um caráter protetor em relação aos particulares”<sup>19</sup>. O facto de o Provedor de Justiça gozar “de uma ampla margem de apreciação no exercício da sua função, nomeadamente no que respeita ao seguimento a dar às queixas que lhe são apresentadas e à forma de as instruir” não o dispensa, como precisou o TJUE, de a exercer de acordo com o que o contexto e o Direito lhe exigem, pelo que essa margem de apreciação é sempre uma margem de apreciação juridicamente comprimida e orientada<sup>20</sup>. O TJUE identificou essa violação como causa de danos morais, inerentes ao “sentimento de «dano psicológico» que sofreu

---

18 N.º 34; E no caso precisou: “A este respeito, quando uma administração é chamada a conduzir um inquérito, compete-lhe fazê-lo do modo mais diligente possível, a fim de dissipar as dúvidas que existem e clarificar a situação” (n.º 114). Sobre a aplicação do princípio da boa administração na jurisprudência espanhola, Julio Ponce Solé “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, 19.01.2017, La Administración al Día, <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

19 No Acórdão de 29 de abril de 2015, T217/11, Claire Staelen c. Provedor de Justiça, n.º 88, o Tribunal Geral precisou: “quanto à exigência de que a regra jurídica cuja violação é alegada tenha por objeto conferir direitos aos particulares, há que recordar que a jurisprudência esclareceu que o requisito relativo ao caráter protetor está preenchido quando a regra jurídica violada, visando embora interesses de caráter geral, assegure igualmente a proteção dos interesses individuais dos particulares em causa (v. n.º 71, supra). Ora, no que se refere ao princípio da diligência ou ao direito a uma boa administração, este princípio e este direito possuem claramente um caráter protetor em relação aos particulares (v., neste sentido, acórdãos de 18 de setembro de 1995, Nölle/Conselho e Comissão, T167/94, EU:T:1995:169, n.º 76, e de 9 de julho de 1999, New Europe Consulting e Brown/Comissão, T-231/97, EU:T:1999:146, n.º 39).”

20 N.º 57. Como Herwig C.H. Hofmann observa, “...o Tribunal de Justiça insiste no respeito do dever de diligência no âmbito do que se poderia designar por um controlo processual aprofundado, que examina, nomeadamente, se a quantidade e a qualidade das informações utilizadas para a tomada de decisão foram adequadas e se estas últimas foram efetivamente tidas em conta na tomada de decisão” (“The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality”, *Review of European Administrative Law*, 2020, Vol. 13, nr. 2, p. 110).



[Claire Staelen] devido à forma como foi tratada a queixa que apresentou ao Provedor de Justiça”<sup>21</sup>.

Expressivamente também, no Acórdão de 25 de outubro de 2018, T286/15, KF v. Centro de Satélites da União Europeia, o Tribunal Geral considerou os termos como um inquérito administrativo foi realizado para avaliar a existência de danos morais. Ponderou que “o relatório do inquérito administrativo punha em causa o comportamento da recorrente de modo muito geral”, o facto de o prazo para a apresentação de observações pelo visado relativamente ao relatório e documentos que constituíam o cerne do inquérito ter sido demasiado curto e o facto de só ter tido acesso aos mesmos “vários meses após a decisão de abertura de um processo disciplinar”. Considerou, assim, que o visado “sofreu de distúrbios psicológicos relacionados com o seu estado de incerteza quanto aos factos precisos que lhe eram imputados, não obstante a presumível gravidade dos mesmos”<sup>22</sup>. Desta feita, a ampla autonomia quanto aos termos da condução do inquérito não desonerou o demandado da responsabilidade pelos danos causados.

No caso da responsabilidade disciplinar, o recorte das infrações disciplinares é feito através de enunciados abertos e conceitos valorativos<sup>23</sup>, assim como a determinação em concreto da sanção<sup>24</sup>. No entanto, parte substan-

---

21 N.º 129.

22 N.º 258.

23 Artigos 183.º a 188.º e 297.º da Lei geral do trabalho em funções públicas (LTFP), anexa à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho. Por exemplo, o artigo 186.º, n.º 1, da LTFP prescreve: “A sanção disciplinar de suspensão é aplicável aos trabalhadores que atuem com grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais e àqueles cujos comportamentos atentem gravemente contra a dignidade e o prestígio da função (...)”.

24 O artigo 189.º da LTFP estabelece: “Na aplicação das sanções disciplinares atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 184.º a 188.º, à natureza, à missão e às atribuições do órgão ou serviço, ao cargo ou categoria do trabalhador, às particulares responsabilidades inerentes à modalidade do seu vínculo de emprego público, ao grau de culpa, à sua personalidade e a todas as circunstâncias em que a infração tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele.”

cial destes enunciados pode ser densificado por outras normas legais e regulamentares e por regras de ordem técnica. Ou seja, o apuramento da prática da infração pressupõe um trabalho de tessitura normativa que comprime a ideia de um espaço de valoração próprio substancialmente diferente do inerente à aplicação de concretas prescrições normativas. Em qualquer caso, tem de ser salvaguardada a segurança jurídica no que se refere à essência das infrações, à correspondência entre estas e as sanções e à determinação de uma sanção concreta<sup>25</sup>. Nesta linha, a jurisprudência italiana em matéria de controlo da proporcionalidade das sanções disciplinares infletiu a orientação passada de remeter para a Administração a determinação da sanção concreta no caso de violação do princípio. O Conselho de Estado italiano (*Adunanza della Commissione speciale del 11 aprile 2017*)<sup>26</sup> observou:

- i) Não ser racional remeter para a renovação do procedimento disciplinar a aplicação da sanção quando tenha sido acertada em tribunal a prática da infração disciplinar e esteja só em causa a medida da sanção<sup>27</sup>;
- ii) Não se poder observar que só através dessa renovação se asseguram ao trabalhador as garantias procedimentais de defesa, dado que estas “não respeitam diretamente à determinação concreta da sanção” e existe o risco de a renovação ou o retomar do

---

25 V.g. Sentencia 207/1990, de 17 de diciembre (BOE núm. 9, de 10 de enero de 1991), <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1632>.

26 Parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, sullo schema di decreto legislativo di riforma del pubblico impiego, Numero 00916/2017, “La riapertura del procedimento disciplinare a seguito di annullamento giudiziale della sanzione disciplinare per violazione del principio di proporzionalità»- <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettsentenza&id=5605>.

27 3.5.5., § 3. “Sebbene debba condividersi l’intendimento di non lasciare impunito il dipendente nei cui confronti, pur essendo stata accertata anche in sede giurisdizionale la violazione disciplinare, la sanzione disciplinare è stata annullata per c.d. sproporzione punitiva, non appare razionale, anche sotto il profilo strettamente sistematico, prevedere la sostanziale rinnovazione dell’intero procedimento disciplinare laddove il fatto storico della violazione disciplinare risulta definitivamente accertato ed è in gioco solo la misura della sanzione.”



procedimento determinar “uma injustificada e incompreensível dilatação no tempo de duração do mesmo;”<sup>28</sup>;

- iii) Existir o risco de se criar um desvio ao princípio *ne bis in idem* e ao princípio do caráter perentório da duração do procedimento disciplinar<sup>29</sup>. Vejamos noutras áreas o sentido da evolução dos regimes de responsabilidade.

No domínio do Regulamento geral de proteção de dados (RGPD), o responsável pelo tratamento de dados<sup>30</sup> responde pela adoção de medidas adequadas (“técnicas e organizativas”) “para assegurar e poder comprovar” que o tratamento tem lugar de acordo com o RGPD<sup>31</sup>, independentemente dos “riscos inerentes a uma atividade de tratamento”, sem prejuízo de, quanto maiores os riscos, maior a responsabilidade<sup>32</sup> (a responsabilidade de “cumprir o RGPD e de o demonstrar”<sup>33</sup>). De acordo com este regime, os danos materiais ou imateriais sofridos devido a uma

---

28 3.5.5., § 5 (“Peraltro, tale disposizione si espone al rischio di creare un *vulnus* al più generale principio del *ne bis in idem*, peculiare del diritto punitivo, in cui si iscrive il potere disciplinare, e appare anch’essa in contrasto col principio di perentorietà dei termini del procedimento amministrativo.”).

29 E acrescenta (3.5.5., § 5): “Ad avviso della Commissione – una volta ribadito che, si ripete, la sussistenza dell’illecito è ormai incontestata, così come il suo tempestivo e legittimo perseguimento in sede disciplinare, e che resta soltanto da stabilire una sanzione più proporzionata – in ossequio al principio utile per inutile non vitiatur sarebbe più semplice, più economico, più efficace evitare lo svolgimento ex novo di un secondo procedimento disciplinare e affidare direttamente al giudice, che ha già verificato la sussistenza dell’illecito, la possibilità di graduare egli stesso la sanzione, comminando quella (più mite) prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva.”

30 Artigo 5.º, n.º 2, do RGPD.

31 Artigo 24.º, n.º 1, do RGPD.

32 Tuulia KARJALAINEN, “All Talk, No Action? The Effect of the GDPR Accountability Principle on the EU Data Protection Paradigm”, in *European Data Protection Law Review*, 2022, Vol. 8, No. 1, p. 21 (pp. 19-30).

33 Tuulia KARJALAINEN, “All Talk, No Action? ...”, cit., p. 23.

sua violação conferem o “direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos”, sem que tais danos tenham de “atingir um certo grau de gravidade”<sup>34</sup> para serem indemnizados, devendo sê-lo de forma “integral e efetiva”<sup>35</sup>.

No quadro das obrigações em matéria de combate às alterações climáticas, diversos tribunais em várias ordens jurídicas, com base nas normas jurídicas internacionais, em juízos de proporcionalidade e no dever de diligência condenaram os respetivos Governos a adotar medidas que refletissem o respetivo cumprimento. Por exemplo, o Conselho de Estado francês julgou, em 2021, procedente o pedido do município de Grande-Synthe e várias associações para que anulasse a recusa do Governo de tomar medidas adicionais para atingir o objetivo resultante do Acordo de Paris de reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em 40% até 2030. Ponderou, por um lado, que a diminuição das emissões em 2019 tinha sido reduzida e que a diminuição em 2020 não fora significativa, dado que a atividade económica abrandou com a crise sanitária; e, por outro lado, que não era possível concluir pela possibilidade de cumprimento da trajetória de diminuição de 12% das emissões no período 2024-2028. Anulou a recusa do Governo de adoção de novas medidas e ordenou-lhe que tomasse medidas adicionais até 31 de março de 2022 para atingir o objetivo de reduzir tais emissões<sup>36</sup>.

---

34 Artigo 82.º o RGPD e Acórdão do TJUE de 4 de maio de 2023, C-300/21, UI contra Österreichische Post AG, n.ºs 43-51. Sobre a aparente ausência deste enquadramento na jurisprudência administrativa portuguesa, Ana NEVES, “Danos morais por falta de diligência administrativa, danos relevantes e determinação do valor da indemnização – Anotação ao Acórdão do STA de 17 de maio de 2018, proferido no Processo n.º 01422/17”, *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, n.º especial #1 (setembro 2020), pp. 9-16.

35 Acórdão do TJUE de 4 de maio de 2023, C-300/21, n.º 58.

36 Conseil d’État, 6ème - 5ème chambres réunies, 01/07/2021, 427301 (<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043754044>).



No caso Urgenda, o Supremo Tribunal dos Países Baixos, em 20 de dezembro de 2019, confirmando a decisão das instâncias inferiores, obrigou o Governo a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em, pelo menos, 25% até 2020. O fundamento jurídico essencial foi o dever de diligência do Estado, argumentando o Tribunal que a consideração inadequada das alterações climáticas constitui uma violação deste dever<sup>37</sup>, nas circunstâncias atuais<sup>38</sup>.

Um aspeto particularmente digno de nota é o facto de o tribunal considerar que o estado atual da investigação sobre o clima impõe ao Estado obrigações específicas de ação. Considerou que, em termos jurídicos, o dever de um governo de evitar alterações climáticas com impacto na vida e na saúde impõe a adoção de uma via de redução das emissões orientada para o objetivo de limitação da subida da temperatura mundial, como especificado pelo Painel Intergovernamental para as Alterações Climáticas.

Em síntese, os exemplos expostos desmentem a existência de uma conexão necessária entre discricionariedade e o afrouxamento ou a moderação da responsabilidade.

---

37 Afirmou, designadamente: “...the courts can assess whether the State, with regard to the threat of a dangerous climate change, is complying with its duty mentioned above in 5.5.3 under Articles 2 and 8 ECHR to observe due diligence and pursue good governance. Under certain circumstances, the obligation to take measures of a certain scope or quality may arise from this duty. Furthermore, this duty implies that, under certain circumstances, the State must properly substantiate that the policy it pursues meets the requirements to be imposed, i.e., that it pursues a policy through which it remains above the lower limit of its fair share” (n.º 6- Secção Civil, N.º Number 19/00135, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7487283/>).

38 “This case involves an exceptional situation. After all, there is the threat of dangerous climate change and it is clear that measures are urgently needed, as the District Court and Court of Appeal have established and the State acknowledges as well (...)” (8.3.4.).

Albert Dicey considerava que onde há discricionariedade há espaço para a arbitrariedade<sup>39</sup>, que não era suficientemente atalhável pelos tribunais administrativos<sup>40</sup>. Não significa isto dizer que Dicey confundia discricionariedade com arbitrariedade, mas antes de identificar o risco latente. Com efeito, não são hoje questionáveis o facto de a discricionariedade ser uma «concessão» ou expressão legal; a importância da conformação do seu exercício pelos princípios gerais da atividade administrativa; e a sua inafastabilidade, numa Administração que se quer técnica, informada e conciliadora de interesses plúrimos e complexos. Trata-se de, juridicamente, garantir que a discricionariedade não é um domínio de desconfiança e de descrédito<sup>41</sup>. Num contexto de ampliação e diversificação dos espaços de discricionariedade, uma diminuição da responsabilidade, pode impactar na eficácia da legalidade e na legitimidade da administração<sup>42</sup>. Pode contrariar a razão ser da responsabilidade: a de que “uma pessoa que sofreu danos ou prejuízos tenha o direito de exigir e receber uma indemnização da parte comprovadamente responsável por esses danos ou prejuízos”; e o de “proporciona[r] incentivos

---

39 Albert Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund ed., 1915, p. 110 (<https://oll.libertyfund.org/title/michener-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-lf-ed>). Roger E. Michener explica: “Dicey saw that the rights of the citizen were potentially endangered by discretionary executive authority, because he equated discretion with arbitrariness, which meant that it was not subject to the rule of law. (...) Dicey is absolutely right in thinking that discretionary authority is the selective and arbitrary use of power- for better or for worse- which may be used to foster political allegiance and to promote political clients.”

40 Albert Dicey, *Introduction...*, cit., v.g., pp. 138-139.

41 Yeboah-Assimah, E., Otchere-Ankrah, B. e S. Alesu-Dordzi, “Administrative Discretion and Development Administration: Pet Turned into a Monster?”, in Farazmand, A. (eds), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Springer, 2018, p. 1 ([https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5\\_3534-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_3534-1)).

42 Yeboah-Assimah, E., Otchere-Ankrah, B. e S. Alesu-Dordzi, “Administrative Discretion and Development Administration...”, cit., p. 2.



económicos para que as pessoas singulares e coletivas evitem, desde logo, causar danos ou prejuízos ou tenham em conta no seu comportamento o risco de terem de pagar uma indemnização<sup>43</sup>. Envolve ainda garantir que os indivíduos e as organizações, como “agentes morais”<sup>44</sup> e membros de uma comunidade, são responsabilizados pelos efeitos adversos das suas ações que “respeitam os outros”<sup>45</sup>.

Neste quadro, o apuramento da responsabilidade dos agentes públicos não pode partir da invocação da discricionariedade ou de “valorações próprias do exercício da função administrativa”<sup>46</sup>. Há uma metodologia jurídica a aplicar ao apuramento dos respetivos pressupostos, sem que deva ter lugar uma consideração *a se* da existência discricionariedade. A premissa é a mesma que subjaz à afirmação de “que todos os que sofrerem danos causados por sistemas de IA [inteligência artificial] ou cujos danos patrimoniais sejam causados por sistemas de IA devem beneficiar do mesmo nível de proteção que nos casos em que não esteja envolvida IA”<sup>47</sup>. A utilização de tecnologias digitais é

---

43 Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial ([2020/2014\(INL\)](#)), n.º A.

44 A qualidade de agente moral respeita à “capacidade de fazer escolhas e tomar decisões ativas, incluindo decisões que afetem e tenham o potencial de potencialmente suscetíveis de causar danos ou de perpetuar injustiças contra terceiros” - Council of Europe Study, p. 46.

45 A falta de um sistema de responsabilização das pessoas “pelos impactos adversos da sua conduta em relação aos outros (incluindo a conduta que prejudica os outros ou viola os seus direitos humanos)” contende com a “manutenção do quadro social subjacente de cooperação sem o qual o direito não pode imperar” - Council of Europe Study, p. 47.

46 V.g., artigo 71.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.

47 Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, cit., n.º J.

suscetível de impactar no exercício da discricionariedade, objetivando esta<sup>48</sup>, e subjetivando, pelo menos em certos casos, a configuração da responsabilidade. Vejamos em que termos.

### 3. A RESPONSABILIDADE DE AGENTES PÚBLICOS NO CONTEXTO DA UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS DIGITAIS

A utilização de tecnologias digitais<sup>49</sup> obriga a repensar a configuração e os termos de efetivação da responsabilidade de agentes públicos, de diferentes tipos de responsabilidade. A questão da utilização de sistemas de inteligência artificial<sup>50</sup>, em particular, incluindo a respetiva responsabilidade, tem sido significativamente estudada. A

---

48 V.g., A. RANERUP e H. Z. HENRIKSEN, “Digital Discretion: Unpacking Human and Technological Agency in Automated Decision Making in Sweden’s Social Services”, *Social Science Computer Review*, 2022, Vol. 40, Issue 2, pp. 445-461, <https://doi.org/10.1177/0894439320980434>. Afirma-se: “This research finds that digitalization in social services has a positive effect on civil servants’ discretionary practices mainly in terms of their ethical, democratic, and professional values.” (p. 445)

49 As tecnologias digitais são as “TIC, incluindo a Internet, as tecnologias e os dispositivos móveis, bem como a análise de dados utilizada para melhorar a geração, a recolha, o intercâmbio, a agregação, a combinação, a análise, o acesso, a capacidade de pesquisa e a apresentação de conteúdos digitais, nomeadamente para o desenvolvimento de serviços e aplicações” - *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*, OECD, 15/07/2014, citada.

50 O Regulamento inteligência artificial (proposta considerada na versão de 6 de dezembro de 2022, que inclui as alterações do Conselho) define o sistema de IA como “um sistema concebido para funcionar com elementos de autonomia e que, com base em dados e entradas fornecidos por máquinas e/ou por seres humanos, que infere a forma de alcançar um determinado conjunto de objetivos utilizando abordagens de aprendizagem automática e/ou abordagens baseadas na lógica e no conhecimento e que produz resultados criados por sistemas, tais como conteúdos (sistemas de IA generativa), previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais o sistema de IA interage” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:52021PC0206>).



articulação entre estas tecnologias e a discricionariedade é uma das questões objeto de atenção.

i) *As tecnologias digitais e a discricionariedade administrativa*

Várias situações objeto de jurisprudência na matéria e a evolução da prática administrativa suportam uma discussão ampla<sup>51</sup>. O caso *Houston Federation of Teachers, Local 2415 v. Houston Independent School District*, 251 F. Supp. 3d 1168 (2017), *United States District Court for the Southern District of Texas*<sup>52</sup> é ilustrativo. Reporta-se à utilização de algoritmos desenvolvidos por uma empresa privada para avaliar um componente do desempenho dos professores de escolas públicas (os resultados dos alunos em testes padronizados)<sup>53</sup>, avaliação suscetível de conduzir ao seu despedimento por desempenho ineficaz. Não foi posto em causa, no caso, essa utilização, mas o facto de não terem sido salvaguardadas as garantias de um procedimento justo e foi enfatizada a importância da possibilidade de controlo da bondade dos algoritmos, os quais, o Tribunal destacou, “são criações humanas e estão sujeitos a erros como qualquer outro esforço humano”; para

---

51 V.g., Andrea D’Amico, “Concorsi pubblici: il digitale evita ogni contenzioso? Norme, giurisprudenza, problemi”, 22.06.2022, <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/concorsi-pubblici-il-digitale-risolve-ogni-problema-norme-giurisprudenza-problemi/>.

52 <https://casetext.com/case/hous-fedn-of-teachers-v-hous-indep-sch-dist>.

53 “The EVAAS system [Educational Value-Added Assessment System] measures teacher effectiveness by attempting to track the teacher’s impact on student test [standardized tests] scores over time.[\*] The details are more complicated, but in general a teacher’s EVAAS score is based on comparing the average test score growth of students taught by the teacher compared to the statewide average for students in that grade or course.” (§ 1172)

além de poderem existir erros nos dados utilizados<sup>54</sup>, situações para as quais o Direito deve ter uma resposta.

Na *Sentenza* 13/12/2019, n. 8472, o Conselho de Estado italiano afirma que “não existem razões de princípio, ou seja, razões concretas, para limitar o recurso [a algoritmos] à atividade administrativa vinculada excluindo a atividade administrativa discricionária”<sup>55</sup>. E acrescenta: “Deixando de lado a própria sustentabilidade de tal distinção [entre vinculação e discricionariedade administrativas] *a montante*, dado que toda a atividade de autoridade comporta uma fase de apuramento e verificação, no mínimo, da escolha das finalidades previstas na lei, se o recurso a ferramentas informáticas pode parecer mais fácil de utilizar em relação à chamada ‘atividade vinculada’, nada impede que as mesmas finalidades, prosseguidas com recurso ao algoritmo informático, o sejam também em relação a atividades caracterizadas por espaços de discricionariedade”<sup>56</sup>.

A relevância dos algoritmos no exercício da discricionariedade é variável. Esta pode estar no “desenvolvimento do próprio *software*” ou nas escolhas da Administração quanto a este<sup>57</sup>. Nuns casos, é destacado que é a Administração que faz as escolhas, mesmo antes de o algoritmo ser concebido; que é aquela que “pede ao programador que elabore um *software* que faça uma avaliação com base em documentos, atos, certidões, etc., em relação aos quais, a partir dos elementos objetivos

---

54 § 1177.

55 N.º 11, § 1.

56 N.º 11, § 2.

57 Giovanna Marchianò, “La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa”, *Il Diritto dell’Economia*, 2020, anno 66, n.º 103, p. 255 (pp. 229-253).



neles contidos, o *software* deve limitar-se a regular e organizar o que é pedido”<sup>58</sup>. Os instrumentos algorítmicos “são chamados a fazer uma série de escolhas, que dependem em grande parte dos critérios utilizados e dos dados de referência utilizados”<sup>59</sup>. Há uma intervenção humana *a priori*<sup>60</sup>, no exercício das competências dos respetivos órgãos<sup>61</sup>. É possível configurar um correspondente ato administrativo prévio ou pressuposto<sup>62</sup>.

---

58 Giovanna Marchianò, “La legalità algoritmica ...”, cit., p. 254.

59 Consiglio di Stato, sez. VI, Sentenza 13/12/2019, n. 8472, n.º 7.2.

60 Andrea Valsecchi, “Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice (nota a Cons. Stato, sez. VI, sent. del 4 febbraio 2020, n. 881)” ([iusinittinere.it/algoritmo-discrezionalità-amministrativa-e-discrezionalità-del-giudice-nota-a-cons-stato-sez-vi-sent-del-4-febbraio-2020-n-881-30630](https://iusinittinere.it/algoritmo-discrezionalità-amministrativa-e-discrezionalità-del-giudice-nota-a-cons-stato-sez-vi-sent-del-4-febbraio-2020-n-881-30630)), p. 6: “l’esercizio discrezionale dell’attività amministrativa viene esercitato in un momento antecedente rispetto al momento decisionale vero e proprio. È peraltro evidente che la predeterminazione dei criteri e delle soluzioni possibili ricomponne l’attività discrezionale in una quasi totale vincolatività, potendo la macchina solo scegliere tra alternative già previamente determinate”.

Oriol MIR PUIGPELAT (“La automatización y el uso de algoritmos e inteligencia artificial en derecho administrativo comparado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 63, mayo 2023; também disponível em *La Administración al Día*, 22.09.2023, <https://laa-administracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1514307>) refere-se a projeto de lei da Estónia, segundo a qual o exercício de poderes discricionários ou de poderes que incluam conceitos jurídicos indeterminados pode ser automatizado quando a autoridade competente elabora previamente uma orientação interna que especifique como esses poderes devem ser exercidos. “Tais orientações devem ser publicadas, devem ser fielmente refletidas pelo algoritmo utilizado pelo sistema automatizado (que deve, portanto, ser um algoritmo condicional e não um algoritmo de aprendizagem)”.

61 E note-se: “Es muy posible que las acciones más importantes para el diseño, configuración, implantación y evaluación del sistema de IA queden al margen del reconocimiento normativo y se consideren potestades implícitas o inherentes. Sin embargo, en la mayoría de los casos estas decisiones en el diseño y desarrollo serán los elementos determinantes que generan la posible ilegalidad del sistema IA. Así las cosas, el uso de la IA pública puede contar con una muy variable cobertura y delimitación normativa.” (Lorenzo COTINO HUESO, “Los usos de la inteligencia artificial en el sector público, su variable impacto y categorización jurídica”, *Revista Canaria De Administración Pública*, 2023, Núm. 1, p. 232, pp. 211-242. <https://doi.org/10.36151/RCAP.2023.7>).

62 Giovanna Marchianò, “La legalità algoritmica...”, cit., p. 256: “Tale attività di elaborazione della formula tecnica destinata a governare l’algoritmo, è certamente sinda-

“A regra técnica que rege um algoritmo vem a ser sempre uma regra jurídica, isto é, uma fórmula técnica que assume a forma e a caracterização material de uma regra jurídica em sentido próprio. Isto significa que, no momento em que tal norma é elaborada e posta em prática, o poder discricionário não está só nas mãos da administração, como se manifesta com toda a sua relevância nas formas contemporâneas sugestivas da discricionariedade técnica”<sup>63</sup>. No caso de algoritmo com capacidade de aprendizagem a decisão pode não poder ser reconduzida ou inteiramente reconduzida a essa predeterminação<sup>64</sup>. O agente pode só recuperar “o papel de decisor em caso de litígio sobre a escolha efetuada pela máquina”<sup>65</sup>. Tal revisão responsabiliza quem a faz, devendo ter autoridade e competência para alterar a decisão<sup>66</sup>. O órgão compe-

---

cabile da parte del giudice amministrativo, viene quasi da comparare la regola giuridica che governa l'algoritmo al regime dell'atto amministrativo presupposto, nei confronti del quale le decisioni attuative-esecutive si configurano come meri atti di esecuzione di 'regole del gioco' assunte in altra sede, ovvero in un altro step procedimentale.”

63 Giovanna Marchianò, “La legalità algoritmica...”, cit., p. 256.

64 Andrea Valsecchi escreve: “Come si intuisce, di fronte a tali possibili applicazioni, la logica sillogistica degli algoritmi – idonea a venire utilizzata nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata – non è più sufficiente in ipotesi in cui è l'algoritmo stesso che, attraverso l'autoapprendimento, rielabora le informazioni e produce risultati talvolta nemmeno riconducibili ai dati inseriti inizialmente dal programmatore” (p. 6).

65 Luigi Viola, “L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte”, federalismi.it, ISSN 1826-3534, n. 21/2018, p. 4.

Luigi Viola refere: “Soprattutto in una prospettiva di sempre maggiore complessità dei sistemi (e di passaggio a sistemi idonei a gestire la discrezionalità della p.a., come le reti neurali artificiali o i sistemi esperti), ben si apprezza la lungimirante considerazione della dottrina che ha rilevato come l'idea che l'utilizzatore sappia esattamente che cosa farà il suo AS [agente software] (o, in generale, il suo sistema informatico) è spesso solo una finzione (...)” [Giovanni SARTORI, “L'intenzionalità degli agenti software e la loro disciplina giuridica”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 57, Nº 1, 2003, p. 26].” (“L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte”, cit., p. 21).

66 Por isso Di Michele Corradino (Presidente di Sezione del Consiglio di Stato), afirma: “La non esclusività, fondamentale in alcuni casi, difficile da applicare in altri non è



tente não se pode limitar a assinar as recomendações ou os resultados de aplicação de um algoritmo.

A atuação ilícita é aferível, as mais das vezes, a partir de uma pluralidade de normas jurídicas de diferentes regimes. Pode consubstanciar-se, designadamente, na infidelidade da tradução no algoritmo dos parâmetros legais, na falta de transparência das decisões (v.g., quanto à própria utilização de algoritmo, quanto ao acesso à informação e quanto à explicação da sua aplicação)<sup>67</sup> e no uso de dados qualitativa e quantitativamente incorretos.

## ii) *A culpa e o risco na responsabilidade pela utilização de tecnologias digitais*

A complexidade do apuramento da responsabilidade no contexto da utilização de tecnologias digitais decorre da sua tecnicidade, da dificuldade de estabelecer um nexo de imputação entre os danos e a ação ou omissão dos sujeitos intervenientes e de “acesso efetivo aos elementos de prova necessários”<sup>68</sup>. Tal não coloca necessariamente o ressarcimento

---

insomma la panacea di tutti i mali.” Cf. “Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future”, *Il Diritto Amministrativo*, Anno XV, n. 09, Settembre 2023, [https://www.ildirittoamministrativo.it/Intelligenza-artificiale-pubblica-amministrazione-sfide-concrete-prospettive-future-Michele-Corradino-Presidente-Sezione-Consiglio-Stato-stu812#\\_ftn1](https://www.ildirittoamministrativo.it/Intelligenza-artificiale-pubblica-amministrazione-sfide-concrete-prospettive-future-Michele-Corradino-Presidente-Sezione-Consiglio-Stato-stu812#_ftn1).

67 Por exemplo, a Sentença do Tribunal de Haia de 05.02.2020, C-09-550982-HA ZA 18-388, assinalou, designadamente, que a legislação SyRI (Systeem Risico Indicatie) não dava “informação sobre o funcionamento do modelo de risco, por exemplo sobre o tipo de algoritmos usados, bem como sobre o método de análise do risco aplicado pela Inspeção dos Serviços Sociais e Emprego” (6.89.) e que era difícil compreender como o titular dos dados poderia “defender-se contra o facto de um relatório de risco o visar” (6.90.).

68 COM(2020) 65 final, 19.2.2020, Livro Branco sobre a inteligência artificial- Uma

dos respetivos danos (v.g., perdas associadas à não garantia da segurança dos dados, à privação de benefícios devidos e à preclusão do exercício de direitos) no plano da respetiva responsabilidade objetiva, como tem sido destacado. O Parlamento Europeu, por exemplo, assinalou:

- (i) Na Resolução de 6 de outubro de 2021, sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais (2020/2016(INI)), “que a responsabilidade jurídica e a responsabilização devem caber sempre a uma pessoa singular ou coletiva, que tem de ser sempre identificada no que toca às decisões tomadas com o apoio da IA”<sup>69</sup>;
- (ii) Na Resolução de 20 de outubro de 2020, sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial [2020/2014(INL)], “que todas as atividades, dispositivos ou processos físicos ou virtuais operados por sistemas de IA podem, do ponto de vista técnico, ser a causa direta ou indireta de danos ou prejuízos, contudo são quase sempre o resultado de alguém que construiu, utilizou ou interferiu com esses sistemas”; que, embora em relação a alguns sistemas de IA, se possa “tornar muito difícil, ou mesmo impossível, identificar se determinadas ações danosas dos sistemas de IA tiveram origem numa intervenção humana específica ou em decisões de conceção”, é possível “contornar esse obstáculo atribuindo a responsabilidade às diferentes pessoas da cadeia de valor que criam, fazem a manutenção ou controlam os riscos associados ao sistema de IA”<sup>70</sup>.

Não obstante, o Parlamento considera ser de distinguir, por um

---

abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, A, § último.

69 N.º 13.

70 Resolução em referência, n.º 7.



lado, “as atividades e todos os dispositivos ou processos físicos ou virtuais baseados em sistemas de IA” que não são sistemas de IA de alto risco (identificados normativamente enquanto tais<sup>71</sup>) e os que não o são. Quanto aos primeiros, entende que “deverão continuar sujeitos à responsabilidade culposa, a menos que estejam em vigor disposições ou legislação nacional mais rigorosas em matéria de proteção dos consumidores”<sup>72</sup>. Quanto aos “sistemas de IA autónomos de alto risco”, refere ser “razoável estabelecer um regime comum de responsabilidade objetiva”<sup>73</sup>.

A doutrina – sem prejuízo de considerar que a responsabilidade civil culposa “pode cobrir uma parte substancial dos problemas” – equaciona a hipótese de alargamento da responsabilidade pelo risco (pelos riscos criados) em certos “casos expressamente previstos na lei”, para que o utilizador seja estimulado a bem os considerar e, portanto, a utilidade de sistemas de inteligência artificial<sup>74</sup>. Pondera, bem assim, a hipótese da aplicação da responsabilidade do produtor. Nesta, o produtor pode eximir-se da responsabi-

---

71 Ver Anexo III ao articulado da Proposta de Regulamento Inteligência artificial. “Em cada um dos domínios enumerados nos pontos 1-8, os sistemas de IA especificamente mencionados em cada alínea são considerados sistemas de IA de risco elevado nos termos do artigo 6.º, n.º 3: (...) // 1. Biometria: // a) Sistemas de identificação biométrica à distância. // 2. Infraestruturas críticas: // (a) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados como componentes de segurança na gestão e no controlo de infraestruturas digitais críticas, do trânsito rodoviário e das redes de abastecimento de água, gás, aquecimento e eletricidade. (...) // 8. Administração da justiça e processos democráticos: // (a) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, na interpretação de factos ou do direito e na aplicação da lei a um conjunto específico de factos.”

72 Considerando 17 da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à responsabilidade pela operação de sistemas de inteligência artificial anexa à Resolução em referência.

73 Resolução em referência, n.º 14.

74 Wolfgang Hoffmann-Riem, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, edición e prólogo de Antonio López Pina, traducción de Eduardo Knörr Argote, Thomson Reuters Araznadi, 2022, pp. 240-241.

lidade pela prova de que, no momento da colocação do produto em circulação, atendendo ao “estado dos conhecimentos científicos e técnicos”, não era possível detetar defeito no produto<sup>75</sup>. No entanto, é observado que “o *software* ‘puro’, que não está materializado de modo algum”, não se pode subsumir a um produto<sup>76</sup>; e que há situações de indistinção entre produto e serviço<sup>77</sup>. É igualmente observado que a falta de defeitos não afasta o perigo e que é de exigir que o produtor adote medidas de segurança que, em concreto, o evitem<sup>78</sup>. É salientada a relevância de a responsabilidade recair sobre “quem tenha mais possibilidades de controlo e que possa minimizar de forma mais eficiente o risco”<sup>79</sup>, ou que possa lidar com os custos (dos danos) de uma forma mais eficiente numa perspetiva económica<sup>80</sup>.

---

75 Artigo 7.º, alínea e), da Diretiva do Conselho de 25 de julho de 1985 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

76 Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, cit., pp. 241-242.

77 Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Diretiva do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (85/374/EEC) COM(2018) 246 final, 7.5.2018, 5.4., § 1, p. 8.

Ver, por exemplo, o conceito de dispositivo médico, em relação ao qual o TJUE precisou que “um *software* de que uma das funcionalidades permita a exploração de dados específicos de um paciente, com vista, nomeadamente, à deteção de contraindicações, de interações medicamentosas e de posologias excessivas, constitui, no que respeita a esta finalidade, um dispositivo médico, na aceção destas disposições, e isto apesar de esse *software* não atuar diretamente no corpo humano” (Acórdão 7 de dezembro de 2017, Syndicat national de l’industrie des technologies médicales (Snitem), Philips France contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales et de la Santé, n.ºs 39 e 40).

78 Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, cit., p. 242.

79 Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, cit., p. 244 ; e Doa A. Elyounes, “‘Computer Says No!’: The Impact of Automation on the Discretionary Power of Public

Officers”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2021, Vol. 23, Issue 3, pp. 451-551, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol23/iss3/1>.

80 Luigi BUONANNO, *Civil Liability in the Era of New Technology: The Influence of*



A Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, COM(2021) 206 final, 21.4.2021, 2021/0106(COD), tem no seu cerne os sistemas de inteligência artificial de alto risco e a preocupação de assegurar a proteção da saúde, do ambiente, da segurança, dos direitos fundamentais e dos valores da União (como a dignidade do ser humano, a liberdade, a igualdade, a democracia e o Estado de Direito)<sup>81</sup>. Prevê a responsabilização do fornecedor de inteligência artificial<sup>82</sup> e do utilizador de inteligência artificial<sup>83</sup>. Explica, por um lado, que é adequado que “uma pessoa singular ou coletiva específica, identificada como «fornecedor», assuma a responsabilidade pela colocação no mercado ou pela colocação em serviço de um sistema de IA de risco elevado, independentemente de ser ou não a pessoa que concebeu ou desenvolveu o

---

*Blockchain. Blockchain as the Backbone of a New Technology based Civil Liability Regime*, European Law Institute, 2019, p. 12 ([https://www.academia.edu/71763598/Civil\\_Liability\\_in\\_the\\_Era\\_of\\_New\\_Technology\\_The\\_Influence\\_of\\_Blockchain\\_Blockchain\\_as\\_the\\_Backbone\\_of\\_a\\_New\\_Technology\\_based\\_Civil\\_Liability\\_Regime](https://www.academia.edu/71763598/Civil_Liability_in_the_Era_of_New_Technology_The_Influence_of_Blockchain_Blockchain_as_the_Backbone_of_a_New_Technology_based_Civil_Liability_Regime)).

81 Considerando 15 da Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União – Orientação geral (6 de dezembro de 2022); e Vicente Álvarez García e Jesús Tahiri Moreno, “La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque”, Ponto II, § último, 30.06.2023, La Administración al Día (<https://laadministracionnaldia.inap.es/noticia.asp?id=1514080#nota86>); publicado na Revista General de Derecho Administrativo, 2023, n. 63, pp. 1-38.

82 Este desenvolve um sistema de IA ou tem um sistema de IA desenvolvido e colocado no mercado ou em serviço sob o seu próprio nome ou marca, seja a título oneroso ou gratuito (artigo 2.º, n.º 4, do articulado da proposta de Regulamento inteligência artificial).

83 É “uma pessoa singular ou coletiva, inclusive uma autoridade pública, agência ou outro organismo, sob cuja autoridade o sistema é utilizado” (artigo 3.º, 4), do articulado da proposta de Regulamento Inteligência Artificial, para o qual remete o artigo 2.º, (4), do articulado da proposta de Diretiva Responsabilidade da IA).

sistema”<sup>84</sup>. Por outro lado, destacando a “necessidade de assegurar um controlo adequado do desempenho de um sistema de IA num cenário real”, refere que “é apropriado determinar responsabilidades específicas para os utilizadores”<sup>85</sup>. Precisa que “os utilizadores devem utilizar os sistemas de IA de risco elevado de acordo com as instruções de utilização e devem ser equacionadas outras obrigações relativas ao controlo do funcionamento dos sistemas de IA e à manutenção de registos, se for caso disso”<sup>86</sup>. Se o utilizador exercer controlo sobre os dados de entrada deve assegurar que os mesmos são “adequados à finalidade prevista do sistema de IA de risco elevado”<sup>87</sup>. É utilizador de IA “uma pessoa singular ou coletiva, inclusive uma autoridade pública, agência ou outro organismo, sob cuja autoridade o sistema é utilizado”<sup>88</sup>. Será mais frequentemente nesta qualidade que a responsabilidade das entidades públicas se coloca, sem prejuízo do *know-how* de que disponham para assumirem a qualidade também de fornecedores de IA.

O Regulamento inteligência artificial em referência ajuda a “clarificar o âmbito e o conteúdo das obrigações legais de todos os intervenientes no desenvolvimento de serviços digitais (incluindo os criadores de *software*), nomeadamente obrigações diretamente relacionadas com a proteção dos direitos humanos”<sup>89</sup>. Sem prejuízo de remeter para os Estados-Membros a definição de um regime de sanções (“efetivas, pro-

---

84 Considerando 53.

85 Considerando 58.

86 Considerando 58.

87 Artigo 29.º, n.º 3.

88 Artigo 3.º, 4), do articulado da Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial.

89 Appendix Z, al. c), Council of Europe study, DGI(2019)05, Responsibility and AI, p. 80 (<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-aut>).



porcionadas e dissuasivas”) a aplicar em caso de infração ao mesmo regulamento - regime que devem garantir que “é aplicado correta e eficazmente” -, especifica que nesse regime se incluem as contraordenações que prevê e para as quais estabelece parâmetros e valores para as respetivas coimas<sup>90</sup>. Nos parâmetros do regime de responsabilidade que prevê e enquadra não inclui a ponderação da medida da discricionariedade que informou a ação dos seus agentes.

Sobressai é a especificação das obrigações dos diferentes agentes. A ideia de responsabilidades pelo funcionamento do serviço tende a deixar de se justificar<sup>91</sup>, por a responsabilidade ser função das obrigações de cada um dos sujeitos, as quais são diretas, mas, em parte, convocam a ideia de responsabilidade vicária<sup>92</sup>. É observado que a “responsabilidade por parte dos agentes da IA” (fornecedores e utilizadores de sistemas de inteligência) implica que “devem ser capazes de assumir a responsabilidade pelo que fazem com a IA e devem ser responsáveis no sentido de

---

90 Artigo 71.º. Sobre a pertinência da criminalização de certas condutas, ver as referências de Beatrice Fragasso, “La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale”, *Sistema Penale*, junho de 2023, pp. 19-20, <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/fragasso-la-responsabilita-penale-del-produttore-di-sistemi-di-intelligenza-artificiale>.

91 O artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, respetivamente, do RREE dispõe que existe responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço quando: i) “os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão”; ii) e, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

92 Giovanni Sartor, “L’intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 57, n.º 1, 2003, p. 50 (“Al fine di ottenere una disciplina giuridica adeguata bisognerebbe solo di applicare analogicamente le norme in materia di responsabilit`a vicaria (combinandole con quelle attinenti alla responsabilit`a di proprietari e custodi) e in materia di sostituzione nell’attiv`a giuridica (mandato e rappresentanza).”

responderem perante as pessoas afetadas (ou os seus representantes)”<sup>93</sup>. Daí a afirmação de que o “dever de diligência enquanto conceito jurídico [é]... fundamental para os debates sobre a responsabilização dos procedimentos automatizados de tomada de decisões que utilizam inteligência artificial ou ferramentas de aprendizagem automática”<sup>94</sup>. Conexamente, as “questões relativas à introdução de informação e à explicabilidade dos resultados” tornam-se centrais na responsabilização da tomada de decisões, independentemente de ser efetuada por seres humanos ou por máquinas<sup>95</sup>. A explicabilidade, cuja necessidade é repetidamente mencionada, é importante, sobretudo, “como capacidade de resposta por parte do ser humano que utiliza e desenvolve IA”<sup>96</sup>. De igual modo, quanto a outras garantias em relação à mesma<sup>97</sup>. Ou seja, os agentes respondem pelo cumprimento de obrigações legais conexas com estas garantias. A culpa pode ser demonstrada por referência ao incumprimento de um correspondente dever de diligência<sup>98</sup>.

---

93 “Artificial Intelligence, Responsibility Attribution, and a Relational Justification of Explainability”, *Science Engineering and Ethics*, 2020, Vol. 26, Issue 4, p. 2062 (pp. 2051-2068), <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00146-8>.

94 Herwig C.H. Hofmann, “The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality”, *Review of European Administrative Law*, 2020-2, p. 112 (pp. 87-112).

95 Herwig C.H. Hofmann, “The Duty of Care in EU Public Law...”, cit., p. 112.

96 “Artificial Intelligence, Responsibility...”, cit., p. 2062; e, v.g., Linda J. Skitka, Kathleen L. Mosier e Mark Burdick, “Does automation bias decision-making?”, *International Journal of Human-Computer Studies*, Volume 51, Issue 5, 1999, pp. 991-1006, <https://doi.org/10.1006/ijhc.1999.0252>.

97 V.g., Johanna Chamberlain e Jane Reichel, “Supervision of Artificial Intelligence in the EU and the Protection of Privacy”, *REALaw. blog*, 19.09.2023, <https://wp.me/pcQ0x2-Jc>; Julián Valero Torrijos, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista catalana de dret public*, n.º 58, 2019, pp. 82-96.

98 COM(2022) 496 final, 28.9.2022, 2022/0303 (COD), Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil



Releva aqui a distinção entre responsabilidade prospetiva e responsabilidade histórica. A primeira, destinada “a prevenir e mitigar as ameaças e riscos”, reporta-se ao cumprimento de um conjunto de obrigações que expressem a ideia de responsabilidade assinalada. Trata-se de acautelar o funcionamento correto dos sistemas de IA e de diligenciar pela correção dos problemas que surgem<sup>99</sup>. Entre tais obrigações inscrevem-se “a realização de ‘análises de impacto sobre os direitos humanos’ (incluindo análises de impacto algorítmico) antes da implantação de tecnologias digitais avançadas, incluindo uma declaração publicamente disponível que identifique o modo como as potenciais interferências com os direitos humanos e os conflitos de valores são resolvidos na arquitetura e no funcionamento do sistema”; e a “verificação e ensaio adequados de sistemas computacionais complexos que possam ter um impacto direto e substancial nos direitos humanos, tanto antes do seu lançamento como a intervalos periódicos após a sua implementação em ambientes reais”<sup>100</sup>.

A responsabilidade histórica visa garantir que, caso tais ameaças e riscos “se transformem em danos e/ou violações de direitos, a responsa-

---

extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA), anotação ao artigo 4.º, p. 15 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>).

99 Neste quadro, ver, por exemplo, o artigo 19.º de *Revised Zero Draft [framework] Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Committee on Artificial Intelligence, CAI(2023)01, 6 January 2023. Este prevê: “Each Party shall, within its jurisdiction and in accordance with its domestic law, take measures ensuring the availability of redress for any unlawful harm or damage to human rights and fundamental freedoms resulting from the application of artificial intelligence systems through: // a. setting up a system, in accordance with its domestic law, whereby the relevant usage of the system is recorded and, where appropriate, communicated to the artificial intelligence subjects concerned; (...) // c. making available effective redress mechanisms”.

100 Council of Europe Study, cit., Appendix A, p. 80; e, v.g., artigo 35.º do RGPD; e artigo 68.º-A do Regulamento IA.

bilidade por essas consequências seja devida e justamente atribuída”<sup>101</sup>. Esta responsabilidade é retrospectiva, centrada na identificação e estabelecimento de uma relação de causa e efeito. É assinalada a falta de articulação entre os dois tipos de responsabilidade<sup>102</sup>. A proposta de regime de responsabilidade sobre inteligência artificial citado tenta fazer uma ponte entre as duas. As obrigações prospetivas relevam para a determinação da responsabilidade histórica.

### iii) *A prova e o nexo de causalidade*

Um dos “elementos de garantia mínima para qualquer hipótese de utilização de algoritmos na tomada de decisões públicas [é]... a imputabilidade da decisão ao órgão detentor do poder, que deve poder efetuar a necessária verificação da lógica e da legitimidade da escolha e dos resultados confiados ao algoritmo”<sup>103</sup>. A rastreabilidade é uma exigência fundamental, de modo a que ser possível reconstruir e investigar uma decisão *a posteriori*<sup>104</sup>. É observado que, dada a dificuldade de estabelecer a “cadeia

---

101 Council of Europe Study, cit., Appendix A, p. 77.

102 Council of Europe Study, cit., p. 53: “Accordingly, a ‘responsibility gap’ arises, because discharging one’s prospective or role responsibilities will not necessarily guarantee that causal responsibility will be duly allocated”.

103 O outro dos “elementos de garantia mínima” é “a plena cognoscibilidade a montante do modelo utilizado e dos critérios aplicados” (Consiglio di Stato, sez. VI, Sentenza 13/12/2019, n. 8472, n.º 12); e Monika Zalnieriute, Lyria Bennett Moses e George Williams, “The rule of law and automation of government decision-making”, *Modern Law Review*, (2019), Vol. 82, Issue 3, p. 12 (notam que embora seja o sistema que «toma» as decisões, os órgãos competentes são obrigados por lei a assumir a responsabilidade por elas e a comunicar as decisões).

104 F. Doshi-Velez e M. Kortz, “Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation”, Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, Berkman Klein Center for Internet & Society, 2017, working paper, p. 12, <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34372584>: “System designers should design systems to learn these human-interpretable terms, and also store data from each decision so that is possible to re-



causal no funcionamento dos algoritmos de aprendizagem automática”<sup>105</sup>, na falta de um específico mecanismo de responsabilização “incorporado na aplicação da IA”, não sendo possível explicar a forma como a decisão foi tomada (a metodologia, os dados e o processo adotados), deve existir uma presunção probatória de que a sua aplicação [dos algoritmos] causou o dano e o decisor será responsável<sup>106</sup>. Há, sem prejuízo, que ponderar cada sistema algorítmico em concreto e a sua utilização<sup>107</sup>.

O articulado da Diretiva responsabilidade IA proposta<sup>108</sup> regula, no essencial, os dois aspetos destacados: o da prova e o do nexo de imputação. Quanto ao primeiro, releva o facto de um fornecedor, uma pessoa sujeita às obrigações de um fornecedor e um utilizador poder ser obrigado a divulgar “elementos de prova pertinentes de que disponha sobre um sistema de IA de risco elevado específico suspeito de ter causado danos”<sup>109</sup>. Quanto ao segundo aspeto, há lugar à “presunção ilidível de um nexo de causalidade em caso de culpa” verificadas certas condições. Com efeito, é estabelecido que “os tribunais nacionais presumem, para efeitos da aplicação das regras de responsabilidade a uma ação de in-

---

construct and probe a decision post-hoc if needed. Policy makers should develop guidelines to ensure that the explanation system is being faithful to the original AI.”

105 Beatrice Fragasso, “La responsabilità penale...», cit., p. 11.

106 Ian WALDEN citado no *Event Report* “Artificial Intelligence, Big Data and the Rule of Law”, Bingham Centre for the Rule of Law, p. 7 (<https://www.biicl.org/eventpapers/233/artificial-intelligence-big-data-and-the-rule-of-law>).

107 Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, edición e prólogo de Antonio López Pina, traducción de Eduardo Knörr Argote, Thomson Reuters Araznadi, 2022, p. 239.

108 COM(2022) 496 final, 28.9.2022, 2022/0303 (COD), Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA).

109 Artigo 3.º, n.º 1.

demnização, o nexo de causalidade entre o facto culposo do demandado e o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado”, verificadas três condições: *i)* a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, sendo a culpa “o incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional diretamente destinado a proteger contra o dano ocorrido”; *ii)* ser possível “considerar que é razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado”; *iii)* a demonstração pelo demandante de que “o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano”<sup>110</sup>.

A discussão relativa à responsabilidade pela utilização de tecnologias digitais, em particular à IA, mostra como a linha de abordagem histórica e presente à discricionariedade administrativa é insatisfatória.

#### **4. A NÃO DIFERENCIAÇÃO DA ABORDAGEM JURÍDICA À RESPONSABILIDADE PELO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NUMA LEGALIDADE EM REDE COMPLEXA**

Considerem-se as seguintes decisões. No Acórdão do TCA Norte de 4 de março de 2016, processo n.º 00467/10.9BEMDL, foi apreciada a validade de decisão da Caixa Geral de Aposentações de 15 de julho de 2010 que indeferiu pedido de aposentação por incapacidade. Seis anos depois, com dois recursos de entremeio, àquele Tribunal concluiu que, “[m]esmo

---

110 Artigo 4.º, n.º 2.



no domínio da ciência médica, o tribunal pode sindicatizar os procedimentos e a fundamentação respetiva, nos casos de manifesta insuficiência, obscuridade ou contradição”. No Acórdão de 7 de fevereiro de 2019, Processo n.º 0400/11.0BEBJA 0589/18, oito anos depois da primeira vez que o particular se dirigiu à Administração, a 1.ª Secção do STA precisou, em sede de recurso de revista, que os tribunais administrativos não podiam declinar apreciar o exercício do poder administrativo autárquico manifestado na colocação de um banco de jardim em frente à janela do autor “e a defesa do seu «direito à tranquilidade e ao descanso, bem como a proteção da privacidade da sua vida familiar”, explicando: “Obviamente que não se trata, aqui, de o poder judicial se imiscuir no âmbito da conveniência ou oportunidade da atuação das demandadas, desrespeitando dessa forma, o «princípio da separação de poderes» [artigo 3.º, n.º 1, do CPTA]. Trata-se antes de apreciar, ponderando, se o resultado do exercício desse poder, aqui concretizado na colocação do banco naquele preciso sítio, mesmo junto à casa do autor, como é bem patente nas fotografias pacificamente juntas aos autos, deve ceder perante a violação do seu direito à tranquilidade e ao descanso, e à proteção da privacidade da sua vida familiar.”

Os casos mostram que a aplicação da lei – incluindo em domínios em que relevam específicos conhecimentos técnicos ou técnico-científicos e nas situações em que é amplo o espaço das escolhas administrativas – não se compadece com a qualificação de dada ou dadas normas jurídicas como atributivas de discricionariedade. A discricionariedade, nas suas diferentes manifestações, não pode servir para declinar a aplicação do Direito e a tutela de direitos.

Várias ponderações devem ser feitas:

- i) A invocação da porosidade ou abertura das normas jurídicas ao abrigo do qual o agente age como variável da

aferição da responsabilidade pode contender com o imperativo de responsabilidade das entidades públicas pelos danos que causem a outrem. A premissa é a mesma que subjaz à afirmação de “que todos os que sofrerem danos causados por sistemas de IA ou cujos danos patrimoniais sejam causados por sistemas de IA devem beneficiar do mesmo nível de proteção que nos casos em que não esteja envolvida IA”<sup>111</sup>. E é a mesma, por exemplo, que preside à indemnização de danos (morais e patrimoniais) pela violação do regime de proteção de dados, que, como assinalado, deve “permitir compensar integralmente” os mesmos<sup>112</sup>. Significativos também são os termos da responsabilização da Administração Pública no caso do Acórdão do TJUE de 14 de setembro de 2023, C-113/22. O Tribunal precisou que o juiz que conheça o recurso de uma decisão de indeferimento de pensão que consubstancie discriminação em razão do sexo à luz do DUE “tem de ordenar [à respetiva] autoridade não apenas que conceda ao interessado o complemento de pensão pedido mas também que lhe pague uma indemnização que permita compensar integralmente os prejuízos que efetivamente sofreu devido à discriminação, segundo as regras nacionais aplicáveis, incluindo as despesas e os honorários de advogado em que incorreu para fazer valer os seus direitos, no caso de a referida decisão ter sido adotada em conformidade com uma prática administrativa que consista

---

111 Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, cit., n.º J.

112 Acórdão do TJUE de 4 de maio de 2023, C-300/21, n.º 58.



em continuar a aplicar a referida regulamentação [nacional contrária ao DUE] ..., obrigando assim o interessado a invocar judicialmente o seu direito ao referido complemento”<sup>113</sup>.

Os exemplos mostram o alcance da função judicial de garantia dos direitos das pessoas; e a perceção da vagueza de argumentos atinentes à *expertise*, à proximidade à realidade e razões de eficiência face à abordagem jurídica (a única que está em causa), argumentos que podem contender, por demissão, com o princípio da separação de poderes <sup>114</sup>.

- ii) Uma maior exigência quanto à base decisória das atuações administrativas, designadamente do ponto de vista da fundamentação factual e técnica, comporta uma maior exigência quanto ao exercício da discricionariedade administrativa, que se revela, se aproxima ou evoluiu para discricionariedade técnica<sup>115</sup>. Há, por esta via, uma evolução no sentido da diluição

---

113 Acórdão do TJUE de 14 de setembro de 2023, C-113/22, DX contra Instituto Nacional de la Seguridad Social e Tesorería General de la Seguridad Social, n.º 62.

114 V.g., USA, Supreme Court, *Cochran v. SEC and Axon Enterprise, Inc. v. FTC*, 14.04.2023: “Those claims of here-and-now harm would remain no matter how much expertise could be ‘brought to bear’ on the other issues these cases involve” (Justice Kagan delivered the opinion of the Court, II. B, § 6) - <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/598/21-86/>); e Tribunal Supremo (espanhol), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 732/2023, de 05 de junio de 2023, Recurso de casación Núm: 3424/2022, fundamentos de direito, v.g., quarto fundamento, § último (“...la ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa que procede en los supuestos de la infracción grave de estancia irregular en España de los extranjeros, conforme al artículo 53-1.ª-a), en relación con el artículo 57 de la LOEX, ha de realizarse por la misma Administración en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sin perjuicio de que los Tribunales, al revisar dicha resolución, puedan revisar también ese juicio de ponderación, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente”).

115 No domínio do ambiente, Monica DELSIGNORE escreve: “A presença de riscos incertos e a consequente aplicação do princípio da precaução, contrabalançado pelo prin-

da distinção entre atos vinculados e atos discricionários<sup>116</sup>.

- iii) A aplicação da lei “é, na maior parte das vezes, uma atividade criativa e envolve aspetos construtivos (...) orientada pelo Direito, no sentido em que o funcionário está vinculado ao sentido e à finalidade das normas jurídicas que devem ser aplicadas ou a determinados princípios jurídicos” e, como tal, é sempre uma “discricionariedade vinculada”<sup>117</sup>. Por outro lado, “[a] linguagem do Direito, mesmo na ausência de discricionariedade na sua interpretação, aplicação ou modificação, gera incertezas e riscos”<sup>118</sup>.

- iv) Há que considerar as situações em que a lei remete para

---

cípio da proporcionalidade, evidenciam a forte conotação e a estreita correlação entre as dimensões científica e política das escolhas.” (“Lo sviluppo sostenibile e la sua evoluzione: da principio privo di cogenza giuridica a modello da realizzare anche per il tramite del Diritto”, *Lexambiente, Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’ Ambiente*, 2023, n.º 1, p. 16 (pp. 1-17).

116 Os atos de discricionariedade técnica, contendo “elementos de avaliação”, “dizem respeito à qualificação dos factos, enquanto os juízos próprios da discricionariedade administrativa incidem sobre a conciliação de interesses” - Giovanna Marchianò, “La legalità algoritmica...”, cit., p. 254. Esta distinção está presente, por exemplo, na Sentença do TAR Lazio (RM) Sez. VI n. 3649 del 6 marzo 2023, onde se afirma: “Consequentemente, nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l’amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all’apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti”.

117 Robert Deinhammer, “The Rule of Law: Its Virtues and Limits”, *Obnovljeni život*, 2021, Vol. 74, Issue 1, p. 39.

118 Joseph Raz, “The Law’s Own Virtue”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2019, King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper NO. 2019-17, Columbia Public Law Research Paper NO. 14-609 (2018), pp. 4-5 ([https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2277](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2277)). Perde sentido a caracterização da densidade da normatividade técnica como correspondendo a um espaço predominantemente de vinculação ou como um espaço de discricionariedade.



“a esfera contratual a regulação de questões concretas e qualitativas que costumavam ser reguladas pela lei”<sup>119</sup>, designadamente, por eventualmente poder “melhor afirmar princípios e estabelecer procedimentos”<sup>120</sup>.

- v) Uma das facetas da discricionariedade é a vinculação a critérios (ainda que definidos pela própria Administração)<sup>121</sup>. A indicação de critérios, a sua publicidade e a suscetibilidade de serem reconhecidos como credíveis ou aceitáveis é essencial<sup>122-123</sup>. Assim, por exemplo, no Direito Administrativo norte-americano, a *expertise* da Administração e a vinculação a *standards* (v.g., aná-

---

119 “C’est en second lieu la distinction de la loi et du contrat qui se trouve bousculée par les nouveaux modes de régulation et ce qu’on appelle la procéduralisation du droit” – Alain SUPIOT, “Préface de l’édition «Quadrige»». Critique de la «régulation» ou le droit du travail saisi par la mondialisation», in *Critique du droit du travail*, sous la direction de Alain SUPIOT, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, «Quadrige», 2011, p. IX-XLIV, URL: <https://www.cairn.info/critique-du-droit-du-travail--9782130559757-page-IX.htm>, p. 24.

120 Alain SUPIOT, “Préface de l’édition...”, cit., p. 27. “Et ces procédures transportent sur les contrats le poids des questions qualitatives dont la loi se décharge, ce qui transforme profondément leur nature.” (idem)

121 Ocorre-nos aqui a relatividade da distinção entre “descrição e avaliação”, o carácter informativo de ambos, em medida variável, e a relevância de critérios com referência aos quais se possa compreender uma distinção e «acreditar» numa avaliação – R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1964, pp. 111-126.

122 Conseil d’État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 23/12/2011, 346629 (considerou ilegal a designação para cargo de livre designação de pessoa que não tinha qualificações na área funcional do cargo), <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CE-TATEXT000025041149>.

123 Acórdão de 14 de julho de 2022 C436/20, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) v Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas, n.º 97.

lises de custos-benefícios) são considerados limites ao exercício da discricionariedade (sem prejuízo das críticas à sua efetividade)<sup>124</sup>.

- vi) A discricionariedade remete para um espaço de indeterminação, de abertura e de indefinição, a densificar na esfera administrativa. Estas características estão também presentes quando se delimita o quadro jurídico aplicável numa dada situação, quadro que é incerto e complexo, seja por ser plúrimo e diverso (são vários as normas e dados jurídicos relevantes provenientes de diferentes fontes), seja por entrecruzar e interpenetrar mais do que uma ordem jurídica<sup>125</sup>. Mesmo que hipoteticamente as normas desenhassem um quadro de vinculação, a sua articulação estática e dinâmica, o vai-vém interpretativo factos-normas e o contexto histórico e jurisprudencial confrontam o intérprete e o aplicador do direito com a mesma porosidade que se pode encontrar, por hipótese, numa norma legal única atributiva de discricionariedade de um diploma legal<sup>126</sup>. Há uma ideia de ma-

---

124 R. Grundmann, “The Problem of Expertise in Knowledge Societies”, *Minerva*, 2017, Vol. 55, pp. 25-48, <https://doi.org/10.1007/s11024-016-9308-7>.

125 V.g., Bertrand MATHIEU, «La Constitution cadre et miroir des mutations de la société», *Revue française de Droit constitutionnel*, 100, 2014, p. 1011 (“Le droit constitutionnel s’est transmué en un instrument normatif parmi d’autres, à la fois fondamental et concurrencé et dont le juge devient l’utilisateur quotidien”) e p. 1014.

126 Não se trata, pois, já de apenas ler as regras jurídicas à luz dos princípios (“assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité” – Conseil



lha jurídica presente na discricionariedade, mas também na necessidade de fazer a tessitura jurídica de todo um conjunto de normas jurídicas relevantes (ainda que todas vinculadas) e elementos jurídicos, de diferentes proveniências<sup>127 128</sup>. A ideia de sistema concreto- construção jurídica lógica, coerente e ponderada<sup>129</sup> - como método jurídico

---

d'Etat, Assemblée, du 17 février 1950, 86949, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636577/>)

127 Ver Conclusões do Advogado-Geral Poiares Maduro de apresentadas em 29 de junho de 2004, C-181/03 P, Albert Nardone contra Comissão das Comunidades Europeias. O processo é paradigmático da artificialidade da relevância que é atribuída à distinção entre discricionariedade e vinculação administrativas. Estava em causa uma decisão da Comissão de indeferimento de um pedido de concessão da pensão de invalidez, porque o recorrente não preenchia as condições previstas no artigo 13.º do anexo VIII do Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias. Portanto, *prima facie*, a decisão do pedido assentava numa mera interpretação subsuntiva. No entanto, como o Advogado-Geral afirmou e demonstrou. O processo só aparentemente era simples, suscitando, “na realidade, problemas jurídicos muito complexos” (n.ºs 1 e 2). Observa, designadamente: “no caso em apreço, a administração não tomou em consideração as circunstâncias do caso concreto no exame do processo. É forçoso notar que a decisão controvertida não menciona a circunstância da exposição considerável às poeiras de amianto invocada pelo recorrente no seu pedido nem a ligação que existiria entre a invalidez observada e o seu estado de saúde no momento em que cessou as suas funções, tal como resulta do processo médico anexado ao pedido. Deste processo, a Comissão decide reter apenas a referência a uma invalidez existente «atualmente» para concluir pela impossibilidade de satisfação das condições estabelecidas pelo Estatuto” (n.º 54).

128 Daí a referência de Bertrand MATHIEU (“*La Constitution...*”, cit., p. 1015) ao juiz como um artesão.

129 Sobre estas exigências quando está em causa o controlo judicial da discricionariedade, ver Consiglio di Stato Sez. IV n. 3683 del 12 aprile 2023, 14.1, § 5.

Pode ser estabelecido um certo paralelismo com o controlo jurisdicional efetuado pelo TEDH em relação à atuação dos tribunais nacionais perante situações de invocada violação de direitos fundamentais: quanto mais seguro e cuidada for a atuação da administração menos intenso se revela em concreto necessário aquele. Nas palavras do TEDH: “If

sobrepõe-se às características de normas em si<sup>130 131</sup>.

---

the reasoning of the national court demonstrates a lack of sufficient engagement with the general principles of the Court under Article 10 of the Convention, the degree of margin of appreciation afforded to the authorities will necessarily be narrower. Indeed, as the Court has previously held in the context of Article 10, ‘the quality of...judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including the operation of the relevant margin of appreciation’ (see *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 108, ECHR 2013 (extracts))” (Acórdão do TEDH de 21.10.2014, *Matúz v. Hungary*, processo n.º 73571/10, n.º 35).

130 Bellinda BARTOLUCCI e Regina STOILOVA, “Breaking down silos: the ECJ on the interactions between different sources of EU environmental legislation”, Blogpost 18/2023, 21.04.2023. Demonstrem, com referência ao caso, o carácter decisivo da inter-relação entre atos legislativos da União para decidir sobre a atualização de licença de exploração de uma instalação de combustão destinada a produzir energia elétrica, de uma instalação de produção de hidrogénio, bem como de um aterro para resíduos inertes, resíduos de construção e resíduos perigosos e não perigosos, para além dos valores limites às emissões poluentes (<https://europeanlawblog.eu/2023/04/21/breaking-down-silos-the-ecj-on-the-interactions-between-different-sources-of-eu-environmental-legislation/>).

Expressivamente, concluem: “to achieve the objectives of the various laws, all tools in each of the laws must be used”. Expressivamente também as conclusões do TJUE no Acórdão de 9 de março de 2023, C-375/21, *Sdruzhenie «Za Zemyata- dostap do pravosadie»*, n.º 68: “O artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição), lido em conjugação com o seu artigo 18.º, e com os artigos 13.º e 23.º da Diretiva 2008/50/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa à qualidade do ar ambiente e a um ar mais limpo na Europa, // deve ser interpretado no sentido de que: // ao apreciar um pedido de derrogação nos termos deste artigo 15.º, n.º 4, a autoridade competente deve, tendo em conta todos os dados científicos pertinentes relativos à poluição, incluindo o efeito cumulativo com outras fontes do poluente em causa, bem como medidas previstas no plano de qualidade do ar respetivo elaborado para a zona ou aglomeração em causa em conformidade com o artigo 23.º da Diretiva 2008/50, recusar essa derrogação quando a mesma for suscetível de contribuir para a excedência das normas de qualidade do ar definidas nos termos do artigo 13.º da Diretiva 2008/50 ou de violar as medidas desse plano destinadas a assegurar o cumprimento dessas normas e a limitar o período de excedência das mesmas à duração mais curta possível”.

131 V.g., *Federal Administrative Court, Supreme Court* [alemão], Judgment of 1 June 2017 - BVerwG 9 C 2.16, concluiu: “Regra geral, o poder discricionário da autoridade responsável pela conservação da natureza para impedir a utilização de uma ciclovias construída sem o necessário procedimento de aprovação do planeamento (*Planfeststellungsverfahren*), nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Lei Federal da Conservação da Natureza



Dorothea Endres aplica “o conceito de ‘malha de normas’ à análise da mudança no Direito internacional; explica que “[o] entrelaçamento contínuo de novos recursos com as normas existentes proporciona tanto estabilidade como mudança”, que “pensar na mudança jurídica em termos de malha de normas permite a ideia de uma norma em constante evolução e que é, ao mesmo tempo, algo estável”<sup>132</sup>. É expressiva a ideia de “malha de normas” como um entrelaçado dinâmico. Está presente, por exemplo, na compreensão de que o desvio de poder pode resultar do confronto com uma interpretação teleológica que abranja várias regras, ou seja, o desvio funcional é detetado a partir da articulação de diversas normas jurídicas, incluindo com referência “a uma função ou tarefa da administração ou parte de uma dessas tarefas”<sup>133</sup>.

Numa linha próxima, partindo da “hipótese de que uma sociedade cada vez mais diversificada e interligada pode criar regras cada vez mais diversificadas e interligadas”, foi salientada a importância do conceito de redes legais como “uma lente útil para observar a interação entre o direito e a sociedade”<sup>134</sup>. Esta ideia de rede normativa é mais um

---

(*BNatSchG, Bundesnaturschutzgesetz*), transforma-se numa obrigação legal quando essa utilização suscita receios concretos de efeitos adversos consideráveis para além da perturbação relacionada com a construção até à conclusão do subsequente procedimento de aprovação do planeamento.” (<https://www.bverwg.de/en/010617U9C2.16.0>)

132 “Conceptualizing legal change as ‘norm-knitting’ through the example of the environmental human right”, *Leiden Journal of International Law*, 2023, p. 26 (pp. 1-27), doi:10.1017/S0922156523000353.

133 Joseba K. Fernández Gaztea, “Las Verwaltungsaufgaben: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán”, *Revista de Administración Pública*, 2023, n.º 221, p. 118 (pp. 93-120), doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.03>.

134 Daniel Martin Katz, Corinna Coupette, Janis Beckedorf e Dirk Hartung, “Complex societies and the growth of the law”, *Scientific Reports*, 2020, Vol. 10, Issue 1, pp. 1-14.

fator que dilui a distinção entre vinculação e discricionariedade administrativas.

Em síntese, está posta em crise a conceção da discricionariedade como um “vazio legal”, um espaço concedido pela lei sujeito a uma abordagem diferente pelo Direito face às situações de vinculação legal<sup>135</sup>. Há um grau de limitação ou de leitura que respeite inteiramente o Estado de direito que deve ser considerado em concreto para além da natureza das normas jurídicas em causa<sup>136\_137</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES

O lugar distintivo da discricionariedade na relação da Administração com a lei tem vindo a ser posto em causa em diferentes geografias jurídicas. Não porque não se inscreva na legalidade administrativa e

---

<https://doi.org/10.1038/s41598-020-73623-x>.

135 Lukas van den Berge, “Montesquieu and judicial review of proportionality in administrative law: rethinking the separation of powers in the neoliberal era”, *European Journal of Legal Studies*, 2017, Vol. 10, No. 1, p. 232.

136 Joseph Raz escreve: “So, the question becomes what degree of curtailment of discretionary powers is ideal; what degree of curtailment could be regarded as complete compliance with the rule of law?” - “The Law’s Own Virtue”, cit., pp. 4-5.

137 Acautelado de diferentes formas. Por exemplo, na correção de provas de conhecimento, é essencial o anonimato das provas. “Al termine delle operazioni di correzione, delle quali dovrà essere dato atto a verbale, e dopo l’abbinamento del codice al tema della parte appellante, tutti gli altri codici cifrati, a cura del Presidente della commissione o di chi ne fa le veci, dovranno essere distrutti in modo da rendere impossibile risalire agli autori dei temi e/o comunque abbinare, mediante qualsiasi metodo, le valutazioni esperite dalla commissione alle identità di costoro.” (“Sul giudizio valutativo nelle prove dei concorsi pubblici: limiti di sindacabilità giurisdizionale e sufficienza motivazionale [Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 23 giugno 2023, n. 6216] n.º 6, penúltimo § - <https://dirittifondamentali.it/2023/07/19/sul-giudizio-valutativo-nelle-prove-dei-concorsi-pubblici-limiti-di-sindacabilita-giurisdizionale-e-sufficienza-motivazionale-consiglio-di-stato-sez-vii-sent-23-giugno-2023-n-6216/>).



não porque a evolução da Administração para uma Administração de informação, de conhecimento, técnica e cientificamente fundamentada justifique uma sindicância judicial de mérito<sup>138</sup>. É antes porque a distinção entre vinculação e discricionariedade administrativas se vai diluindo, por força da aplicação dos princípios da legalidade e da separação de poderes. Com efeito:

- (i) Um exercício da discricionariedade que se deixa entrever amiúde como um domínio de justificações rarefeitas e suspeitosas<sup>139</sup>, ou que se ancora em decisões políticas ou governativas, sem mediação do exercício verdadeiro e próprio do poder administrativo, para de seguida se subtrair a um controlo jurídico (e apenas jurídico) é contraditório com o

---

138 No entanto, Andrea VALSECCHI (“Algoritmo...”, cit., p. 7) escreve: “Come autorevolmente rilevato, unadecisione amministrativa automatizzata, che venisse estesa anche al di là di un’attività eminentemente vincolata, imporrà al giudice di valutare la correttezza e la trasparenza del procedimento in tutte le sue componenti, rendendo in questo modo sbiadita la distinzione tra legittimità – sindacabile – e merito – insindacabile – dell’azione amministrativa [\*]. La decisione automatizzata ribalterebbe così il rapporto tra amministrazione e giudice “a tutto ‘vantaggio’ di quest’ultimo, nella valutazione della correttezza delle relazioni intersoggettive tra cittadino e potere pubblico” [\*].”

139 O discurso da juridicidade ou das vinculações jurídicas ao exercício do poder judiciário é acompanhado de uma prática administrativa e judiciária que desmente a sua relevância; não poucas vezes, depois de serem exaustivamente elencados os limites jurídicos ao exercício da discricionariedade segue-se um discurso vago, genérico, sincopado sobre a sua aplicação no caso, como se no momento aplicativo caíssem as máscaras de um Direito pouco técnico, ideológico ou pouco credível. Ou então, segue-se um discurso aplicativo desligado dos factos e desligado da própria metodologia jurídica.

princípio da separação de poderes<sup>140</sup> (que descumpre<sup>141</sup>);

(ii) A qualificação da atuação administrativa como vinculada em face de determinadas normas legais é tendencialmente parcelar, dado a arquitetura jurídica a elaborar em concreto para a sua aplicação correta. Independentemente das características das normas jurídicas, esta implica um contínuo fazer e refazer de entrelaçados jurídicos, no quadro de dada rede(s) ou malha(s) legais.

(iii) As tecnologias digitais, em especial à abordagem jurídica à inteligência artificial, colocam em causa compreensões tradicionais da discricionariedade como um espaço de de-

---

140 Relativamente à realidade americana, por exemplo, é-nos dito: “The Obama Administration has faced significant scrutiny following a series of determinations in which the relevant federal agency charged with the implementation of a given statute has chosen to limit or delay the enforcement of specific provisions of federal law. (...) Notably, these policies have been grounded in practical or policy considerations, and have not been based on any argument that the statutory provisions themselves are unconstitutional or otherwise invalid.<sup>2</sup> Instead, the Administration has largely justified its inaction as consistent with a proper exercise of enforcement discretion a legal doctrine that generally shields executive branch enforcement decisions, including the determination of whether to initiate a criminal, civil, or administrative enforcement action, from judicial review.” (*The Take Care Clause and Executive Discretion in the Enforcement of Law*, name redacted Legislative Attorney, September 4, 2014, Congressional Research Service, p. 1)

141 Na Suécia, a independência do poder executivo do poder governativo convive com uma abordagem ao exercício do poder discricionário não diferenciada face ao do poder vinculado.

“The Swedish system of administrative law (the ‘Swedish administrative model’) is characterised by the independent organization and decision-making of the administrative authorities and the wide scope of the assessment of the administrative courts. (...) In contrast to many other legal systems, the administrative authorities are not considered to be part of an executive branch under the political leadership of a minister.” Henrik WENANDER, “Full Judicial Review or Administrative Discretion? A Swedish Perspective on Deference to the Administration”, In G. ZHU (Ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*; Vol. 39, Springer Nature, 2019, pp. 414-415 (pp. 405-415), [https://doi.org/10.1007/978-3-030-31539-9\\_18](https://doi.org/10.1007/978-3-030-31539-9_18).



ferência ou um *passe-partout* jurídico.

A utilização de tecnologias digitais no exercício da atividade administrativa tem associado um imperativo de efetiva responsabilidade<sup>142</sup>, que não se dissolve numa responsabilidade objetiva. Ancora-se em obrigações de diligência, específicas de cada um dos sujeitos que inter-vêm, designadamente, na sua conceção e aplicação, sem prejuízo da ponderação dos casos em que o comportamento dos sistemas técnicos seja menos determinado, previsível e transparente.

No plano da responsabilidade dos agentes públicos, a relevância da discricionariedade como um fator modelador ou amortecedor da mesma é prejudicado pelas mudanças assinaladas e pelo postulado de que as instituições devem ser equitativas, inclusivas e transparentes.

---

142 Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, cit., n.º J.



