

A REDESCOBERTA DA DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA: um novo horizonte para o modelo de atuação do controle (*self-restraint*)?

Anderson Sant'Ana Pedra¹

O controle da Administração Pública brasileira experimentou, nos últimos anos, notável expansão, resultando em ganhos inegáveis no que se refere à contenção de ilegalidades e arbitrariedades, sejam comissivas ou omissivas. Todavia, paralelamente a esses avanços, observa-se a consolidação de um fenômeno: o “excesso de controle” – o qual incide negativamente sobre o exercício da função administrativa e, sobretudo, sobre seus resultados, gerando ineficiência e insegurança jurídica tanto para os agentes públicos quanto para os particulares que interagem com o Estado.

Evidentemente, não há solução única para os “excessos no controle” das decisões discricionárias. No entanto, existem instrumentos capazes de mitigar eventuais usurpações de competência, dentre os quais se destaca o denominado *princípio da deferência administrativa* – pouco abordado pela doutrina, e pouco utilizado pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas e Ministério Público) e pelo Judiciário. Tal princípio estabelece que as decisões emanadas de autoridades investidas de competência específica, especialmente de natureza técnica, devem ser respeitadas pelos órgãos de controle e pelo Judiciário, ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de manifesta ilegalidade, irrazoabilidade ou desvio de finalidade.

Em julho de 2020, durante a pandemia do COVID-19, tive a oportunidade de escrever com a estimada amiga, Professora Gabriela Pércio, sobre as “Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã”², circunstância em que provocamos como deveria ser exercido o controle após a situação crítica instalada para o enfrentamento do COVID-19, especialmente na perspectiva da Recomendação CNJ nº 66, de 13.05.2020, que em seu art. 3º recomendou para que “todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que

¹ Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES. Autor e Palestrante. (<http://andersonpedra.adv.br>; @andersonspedra).

² PEDRA, Anderson Sant'Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020.

avaliem, com *maior deferência* ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na LINDB, durante o período de vigência do ‘estado de calamidade’ no Brasil”; ou seja, um reforço à importância do princípio da *deferência administrativa*.

Observamos uma preocupação do CNJ para que o gestor público se sentisse seguro para exercer sua competência e, eventualmente, sua *discricionariedade administrativa* para o enfrentamento do COVID-19, sem se preocupar com eventual atuação judicial posterior que adentrasse no mérito da escolha político-administrativa, ou seja, um respeito à *deferência administrativa*.

Passados cinco anos, ou seja, recentemente, verificamos o Tribunal de Contas da União (TCU), com fundamento no *princípio da deferência administrativa*, julgar improcedente representação (denúncia) que questionava exigência de duas certificações alegando que havia afetado a competitividade do certame³, constando ainda do voto do e. Relator que, “em princípio, as justificativas do [*omissis*] para a exigência de ambas as certificações foram exercidas dentro do poder discricionário do gestor. Vislumbro espaço, pois, para a aplicação do princípio da deferência administrativa, [...]”

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ), também recentemente, entendeu que a “possibilidade de aglutinação de itens de diversos ramos industriais ou comerciais não prejudica a competitividade do certame, cabendo *deferência* à opção da Administração, quando fundamentada que a divisão do objeto em itens não se mostraria técnica e operacionalmente viável”.⁴

Será que teremos, finalmente, a “redescoberta da *deferência administrativa*”, vez que, na nossa perspectiva, tal princípio não vem sendo respeitado por boa parte das análises dos órgãos de controle, descortinando, assim, um novo horizonte para o modelo de atuação do controle?

Pois bem, a *deferência administrativa* implica em se ter um respeito em relação à decisão do gestor, sobretudo quando ela foi tomada diante da *discricionariedade* existente no caso concreto, evitando-se que o controlador ou o

³ TCU, Plenário, Acórdão nº 1.091/2025. Consta do voto: “A exigência das certificações ISO 9001 e ISO 20000, em conjunto com a ISO 27001, não configura uma sobreposição desnecessária, mas sim uma abordagem complementar e estratégica para garantir que a futura contratada atue com qualidade, segurança e conformidade em diferentes níveis, alinhada à criticidade do ambiente desta autarquia.”

⁴ TCE-RJ, Plenário, Acórdão nº 080892/2024. Consta do voto: “Após detida análise dos autos, verifico, quanto a primeira irregularidade apontada, que a aglutinação não prejudica a competitividade do certame, cabendo *deferência* à opção da Administração, a qual fundamenta que a divisão do objeto em itens não se mostraria técnica e operacionalmente viável.”

magistrado subtraíam decisões legítimas e ponderadas por aquelas que sejam, subjetivamente, de sua preferência pessoal⁵; valendo-se de argumentos de invalidação que usurpem o juízo de conveniência e oportunidade exercido legitimamente pela Administração Pública, em consonância com a realidade fática então presente, isto é, considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” no momento da decisão administrativa (art. 22, *caput* da LINDB).

Desincentivo ao experimentalismo e à inovação, gestão administrativa balizada pelo controle, excesso de litígios com os órgãos de controle, medo de decidir e paralisia decisória vem sendo observados quando se tem “excesso de controle” e, principalmente, quando o controle não respeita o espaço decisório da Administração (discricionariedade administrativa).

Com efeito, toda e qualquer decisão de natureza política ou administrativa é adotada no contexto do enfrentamento de uma situação concreta e singular, a qual impõe à autoridade competente a consideração das circunstâncias fáticas, normativas, institucionais e políticas que a informam, ou seja, de acordo com “obstáculos e as dificuldades reais” daquela Administração – o que dialoga fortemente com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB (art. 22, § 1º), e que teve como *ratio* uma necessidade de autocontenção (*self-restraint*) dos órgãos de controle com a inolvidável *deferência* às escolhas administrativas.

É crucial exercitar os mecanismos de *deferência* e de *autocontenção* e dosar o *consequencialismo* da atuação do controle, respeitando às escolhas realizadas por órgãos e entidades legitimamente investidos de competência, bem como a adoção de um *consequencialismo* fundamentado em evidências, de modo a permitir a adequada consideração das implicações práticas das decisões proferidas pelos órgãos de controle.⁶ Trata-se de adotar perspectiva interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos; até porque o controle não é gestor de políticas públicas e, nem sempre, terá à sua disposição informações suficientes que lhe

⁵ MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público: lei nº 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 10 p. 123.

⁶ TCU. Plenário, Acórdão nº 2.195/2018. Registra-se ainda do STF: “5. Em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão. (...)” (ADI 6.148/DF, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.05.2022, DJe 14.09.2022).

permitam avaliar adequadamente todos os fatores que foram considerados nas “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação” do gestor.

Tem-se assim que o *princípio da deferência administrativa* impõe ao órgão de controle (Ministério Público e Tribunal de Contas) e ao Judiciário o dever de respeitar a escolha feita pelo gestor público entre as alternativas legalmente admissíveis e razoáveis. Trata-se de uma proposta de autocontenção (*self-restraint*) do controle, que reconhece a legitimidade da opção discricionária adotada, ainda que existam outras soluções plausíveis.

De acordo com o *self-restraint*, uma decisão administrativa de qualquer órgão ou entidade com competência específica para o uso da discricionariedade só pode ser considerado ilegítima se a violação for tão manifesta que não haja uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).⁷

Assim, decisões administrativas proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica⁸ e com conhecimento sobre as “dificuldades reais” e as “exigências das políticas públicas” – precisam ser respeitadas pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas e Ministério Público) e pelo Judiciário.

A *deferência administrativa* presta-se, então, de forma fecunda para a manutenção de uma harmonia entre o titular (órgão controlado) do exercício da função administrativa e os órgãos de controle.

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato (comissivo ou omissivo) administrativo. Se a suposta ilegitimidade da decisão administrativa (comissiva ou omissiva), em geral, não estiver acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção da escolha, inclusive omissiva, já que a ilegitimidade não pode ser presumida, há de ficar plenamente provada. Entre duas interpretações possíveis, escolhe-se aquela que não nega a opção realizada pelo titular do exercício da *função administrativa*, garantindo-se, assim, aos agentes públicos

⁷ Trata-se da concepção do *judicial self-restraint* formulada por Thayer, em artigo publicado no ano de 1893. (THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893).

⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. *Direito do Estado*, 12 mai. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em: 23 mai. 2025.

(controlados) e à sociedade, a segurança jurídica necessária para as decisões administrativas.⁹

Pela *deferência administrativa* temos que o órgão de controle ou o Judiciário deve se ater às suas competências e não pretender, (in)diretamente, exercer as competências específicas do controlado (gestor), intrometendo-se na legítima *discricionariedade administrativa* decorrente da sua maior aptidão técnico-política já que mais próximo “dos obstáculos e [d]as dificuldades reais”; das “exigências das políticas públicas a seu cargo” e das “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.¹⁰

Pela concepção de *deferência administrativa* não se tem a intangibilidade da decisão controlada, mas um comportamento respeitoso, de autolimitação (autocontenção ou *self-restraint*), face às ponderações e à escolha realizada pelo autor do ato controlado.

O *princípio da deferência* encontra seu fundamento no princípio da *especialização* e na *presunção de legitimidade* dos atos estatais.^{11,12}

A *deferência administrativa* deve então ser compreendida como atributo de efeitos sobre a *função controladora* determinando o dever: *i*) do órgão de controle

⁹ PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020. p. 22-23.

¹⁰ “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.” (Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018).

¹¹ Oriundo do direito americano no célebre caso *Chevron vs. NRDC*, a Suprema Corte americana em 1984 decidiu pela deferência judicial em relação às interpretações conferidas pelas agências reguladoras às normas legais quando forem razoáveis e não contrariarem claramente a legislação. Não obstante a sua relevância, o precedente *Chevron* (“doutrina *Chevron*”) foi superado pela Suprema Corte, em 2024, no julgamento do caso *Loper Bright Enterprises et. al. vs. Raimondo, Secretary of Commerce et. al.*, abrindo caminho, nos EUA, para maior interferência do Poder Judiciário nas decisões das agências reguladoras. Conferir ainda: STF. Pleno, ADI nº 4.874/DF, relª. Minª. Rosa Weber, DJE 1º.02.2019.

¹² O debate em torno das capacidades institucionais — e, por conseguinte, da definição do peso e do valor a serem atribuídos às deliberações emanadas desta ou daquela instância de poder, sobretudo em contextos de conflito — tem, como questão central, a própria alocação de poder entre as instituições envolvidas. Trata-se, a rigor, de temática que não é propriamente inédita, porquanto historicamente presente desde os primórdios da organização das coletividades políticas. Contudo, esse debate tem sido objeto de constantes revisitações, notadamente diante da superação do antigo esquema conceitual que atribuía à especialização funcional o critério exclusivo de solução para a repartição de competências institucionais. (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, 101, nº 4, 2003. p. 885-951).

de conhecer as condições (“dificuldades reais”) da opção administrativa que é objeto de análise; *ii*) de verificar se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada – e, se não está, por quais motivos; e *iii*) de que eventual impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para a eleição daquela específica “trilha de ação”^{13, 14}

Firmada a ideia central de *deferência administrativa*, deve-se compreender que a sua adoção não significa tolerância, anuência ou condescendência com práticas ilegais, fraudulentas, abusivas ou ímprobas, bem como não pode servir de alicerce para um comportamento omissivo dos órgãos de controle; na essência, a *deferência administrativa* impõe tão somente o devido respeito às decisões administrativas discricionárias tomadas por agentes públicos aos quais o ordenamento jurídico atribuiu competência, ou seja, uma postura de respeito e reconhecimento da capacidade técnica e da norma legal, consagrando o princípio da separação de poderes.¹⁵

Os órgãos de controle devem se conformar e reconhecer o seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia, na construção e na execução de políticas públicas. Compete aos representantes eleitos pelo povo e aos seus técnicos subordinados a *primazia* dessas escolhas, o que eles fazem principalmente por meio de atos normativos, mas também por escolhas realizadas durante o processo de contratação, notadamente no Estudo Técnico Preliminar e no Termo de Referência, deve ser respeitado.

Os órgãos de controle devem controlar o *devido processo administrativo* e a *consistência dos motivos* apresentados para as decisões discricionárias, mas apenas poderá se imiscuir no mérito da decisão quando essa for *flagrantemente* abusiva,

¹³ Quando se impugna (contesta) uma decisão administrativa no exercício de sua discricionariedade, mediante a escolha entre distintas possibilidades de ação, a crítica há de ser formulada em termos dialéticos. Isso implica que a impugnação não pode assumir contornos vagos ou genéricos, devendo, ao revés, enfrentar de modo específico e direto os fundamentos invocados pela Administração para justificar a opção adotada e, principalmente, considerando, principalmente, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (art. 22, *caput* da LINDB).

¹⁴ VALLE, Vanice R. Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 25, n. 1, p. 110–132, 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>. Acesso em: 17 maio. 2025.

¹⁵ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Comentários aos arts. 1º ao 5º. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. (Coords.) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: lei nº 14.133/2021. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. I. p. 151.

desproporcional, ilegítima, afastando de forma incontestada a presunção de legitimidade da escolha do controlado.

Desse modo, o exercício da função controladora só poderá ocorrer quando restar demonstrado de forma incontestada a ausência de opção legítima adotada pelo titular da função de administrar, de realizar as contratações públicas.

A legitimidade de exercício da função de controle não poderá jamais se converter em uma deslegitimação do controlado (Administração contratante), é dizer que a legitimidade dos órgãos de controle não suponha subvalorizar ou debilitar o processo de contratação pública e suas escolhas, que os processos administrativos não se convertam em algo permanentemente sob suspeita.

Devem os órgãos de controle respeitar o espaço de atuação da função administrativa nos processos de contratação, não podendo exercer sua competência de forma a reduzir o espaço de atuação dos agentes competentes para o exercício da função administrativa e normativa, sob pena de incorrer em uma usurpação ilegítima de competência e de negar a legitimidade democrática e técnica desses órgãos e agentes. Não se pode admitir os órgãos de controle como instância hegemônica e usurpadora da *função administrativa*. A *deferência administrativa* deve ser reconhecida como valor jurídico-político de um regime democrático com poderes separados e harmônicos, prestando-se como um elemento estrutural das relações institucionais entre os órgãos de controle e os órgãos e as entidades controladas.

Nessa autocontenção institucional e estrutural, o órgão de controle deve deixar de se intrometer na discricionariedade administrativa e respeitar as razões de decidir do controlado.

Por fim, os órgãos de controle devem assumir uma posição de maior deferência à legitimidade da decisão administrativa, restringindo-se a sua invalidação apenas às hipóteses de ilegalidade manifesta e incontestável e, diante: *i*) da “incerteza” deve-se dar deferência (primazia) à decisão administrativa: *ii*) de uma “zona de penumbra”¹⁶

¹⁶São as chamadas *lacunas de reconhecimento* que são oriundas da *zona de incerteza*, do *problema da penumbra*, dos *conceitos plurissignificativos*, isto é, vagos, imprecisos, indeterminados ou fluidos, pois se originam não da completude ou incompletude do direito (lacunas jurídicas), mas sim de certas propriedades semânticas da linguagem. Destaca-se, aqui, a *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa, e a *zona de certeza negativa*, em que seria certo que por ela não estaria obrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 209).

com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados¹⁷, deve-se respeitar o espaço de discricionariedade do gestor. São as chamadas *lacunas de reconhecimento* que são oriundas da *zona de incerteza*, do *problema da penumbra*, dos *conceitos plurissignificativos*, isto é, vagos, imprecisos, indeterminados ou fluidos, pois se originam não da completude ou incompletude do direito (lacunas jurídicas), mas sim de certas propriedades semânticas da linguagem.

Quero crer que as decisões aqui citadas no início do TCU e do TCE-RJ sinalizam um caminho virtuoso que deve ser seguido por todos os órgãos de controle (Tribunal de Contas e Ministério Público) e também pelo Judiciário. A *deferência administrativa* não representa abdicação do controle, mas sua reformulação a partir de critérios objetivos, técnicos e democráticos. É a reafirmação de que a legitimidade do controle não se constrói pela substituição das escolhas do gestor, mas pelo respeito à autonomia administrativa quando esta se exerce nos limites da legalidade e da proporcionalidade.

Controlar com deferência administrativa é exercer essa importante competência constitucional com responsabilidade jurídica-institucional. E é somente a partir dessa maturidade que se poderá construir uma gestão pública eficiente, propositiva e capaz de entregar excelentes e inovadoras soluções concretas à sociedade brasileira.

Que se multipliquem os exemplos e que a “redescoberta” da *deferência administrativa* se consolide, entre os controladores e o Judiciário, promovendo, assim, uma cultura de respeito à discricionariedade administrativa por meio de uma autocontenção (*self-restraint*).

“*Fé na vida, fé no homem, fé no que virá!*” (Gonzaguinha)

¹⁷ Nessa perspectiva, havendo dúvidas razoáveis, os órgãos de controle e o Judiciário devem presumir a legitimidade e a racionalidade das escolhas administrativas, sobretudo quando estiverem em jogo *conceitos jurídicos indeterminados* no exercício da *discricionariedade técnica*, tais como: proposta com resultado mais vantajoso (art. 11); “interesse público” (art. 18, *caput*, inc. I e § 1º, inc. I); critério de julgamento da proposta (art. 33); “artista consagrado” (art. 74, II); “notória especialização” (art. 74, III); “urgência” (art. 75, VIII); “interesse social” (art. 76); “gravidade da infração” (art. 156), dentre outros contidos na LLCA.