

Luis Manuel Fonseca Pires

Luis Manuel Fonseca Pires

Controle judicial

da discricionariiedade administrativa

Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas

4ª edição revista, ampliada e atualizada

FORUM

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Dos conceitos jurídicos
indeterminados às
políticas públicas

4ª edição revista, ampliada e atualizada

Área específica
DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins
DIREITO CONSTITUCIONAL.

Público-alvo/consumidores
PROFESSORES E ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO
E PÓS-GRADUAÇÃO.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 10001806

Trata-se neste livro do controle judicial da discricionariiedade administrativa. Na primeira parte, cuida-se dos conceitos jurídicos indeterminados para sustentar-se que estes se sujeitam exclusivamente à interpretação, e não à competência discricionária. Na segunda parte, inicia-se a perquirição do *espaço legítimo* da discricionariiedade. Analisam-se a estrutura da norma jurídica e os limites de atribuição da discricionariiedade em sua estática — isto é, qual o limite à norma jurídica para atribuir uma competência discricionária? Discorre-se sobre o controle judicial da discricionariiedade em face do regulamento administrativo, do ato administrativo e da imprecisa expressão “mérito administrativo” (conveniência e oportunidade). A competência discricionária é analisada conforme os âmbitos da função administrativa (ordenação, serviço público, gestão, fomento e outros). E ainda: a teoria da “redução a zero”, a “discricionariiedade técnica” (provas de concursos, perícias e exames psicotécnicos) e a teoria do desvio de finalidade. Por último, aborda-se o controle judicial dos atos políticos e das políticas públicas, e apresenta-se uma proposta de paradigmas jurídicos ao controle judicial das competências discricionárias da Administração Pública.

P667c

Pires, Luis Manuel Fonseca

Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas / Luis Manuel Fonseca Pires ; prefácio Silvio Luís Ferreira da Rocha ; apresentação Dinorá Adelaide Musetti Grotti. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

375 p.

ISBN 978-65-5518-045-9

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Rocha, Silvio Luís Ferreira da. II. Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. III. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 375 p. ISBN 978-65-5518-045-9.

Luis Manuel Fonseca Pires é Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo, titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Autor das obras: *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas* (3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 – com sua primeira edição sendo finalista do Prêmio Jabuti 2009); *Moradia e Propriedade. Um breve ensaio sobre conflitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2015); *O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade* (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012); *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade* (São Paulo: Quartier Latin, 2006); *Loteamentos urbanos: natureza jurídica* (São Paulo: Quartier Latin, 2006); e *Regime jurídico das licenças* (São Paulo: Quartier Latin, 2006). Coautor do livro *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica* (Belo Horizonte: Fórum, 2012). Cooordenador e coautor dos livros: *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos* (São Paulo: Quartier Latin, 2010); *Corrupção, ética e moralidade administrativa* (Belo Horizonte: Fórum, 2008) e *Intervenções do Estado* (São Paulo: Quartier Latin, 2008).

PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO	
Silvio Luís Ferreira da Rocha	11
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	13
NOTA À 4ª EDIÇÃO	15
NOTA À 3ª EDIÇÃO	17
NOTA À 2ª EDIÇÃO	19
INTRODUÇÃO	21

PARTE I
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS

1	ANOTAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	27
	Introdução.....	27
1.1	As teorias declarativas e o dogma da completude	30
1.1.1	Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen.....	32
1.1.2	As lacunas e as antinomias – O dogma da completude.....	40
1.2	A insuficiência da lógica formal.....	45
1.2.1	Outras perspectivas	50
1.2.2	A suposta presença da discricionariedade junto à interpretação jurídica	54
1.2.3	A tópica, a lógica do razoável e a retórica.....	59
1.3	Conclusões – Nossa posição.....	70
2	CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	77
	Introdução.....	77
2.1	Os conceitos jurídicos indeterminados.....	80
2.1.1	Em Portugal.....	80
2.1.2	Na Itália	83
2.1.3	Na Áustria e na Alemanha	83
2.1.4	Na França	90
2.1.5	Na Argentina	92
2.1.6	Na Espanha.....	93
2.1.7	No Brasil.....	100
2.2	Nossa posição.....	105
2.2.1	Precedentes administrativos e autovinculação	134
2.2.2	As cláusulas gerais e a interpretação jurídica.....	137

PARTE II
A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA ADMINISTRATIVA CONFORME
OS ÂMBITOS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O SEU CONTROLE
PELO PODER JUDICIÁRIO

3	NOÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	145
3.1	Evolução histórica – Do ato, do poder e da competência.....	145

3.1.1	Da competência fundada em regras e em princípios – A teoria dos poderes implícitos	154
3.2	A necessidade de demarcar como noções distintas a interpretação jurídica, os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e a competência discricionária	160
3.3	Competências vinculada e discricionária.....	164
3.3.1	Noções de discricionariedade administrativa	165
3.3.2	Fundamentos político e jurídico.....	170
3.3.3	Natureza jurídica	172
3.3.4	Classificações.....	173
4	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA (ESTÁTICA DA NORMA JURÍDICA).....	179
	Introdução.....	179
4.1	A estrutura da norma jurídica	181
4.2	A presença da competência discricionária na estática da norma jurídica	183
4.3	Metodologia proposta – Os limites de atribuição da discricionariedade administrativa na estrutura da norma jurídica (estática da norma jurídica) de acordo com o âmbito da função administrativa.....	188
4.3.1	Os âmbitos da função administrativa – Administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas.....	189
4.3.2	A importância do tema para o controle judicial das competências discricionárias e vinculadas – O controle da racionalidade da decisão administrativa no âmbito do direito administrativo sancionador	191
4.4	Síntese conclusiva	198
5	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO REGULAMENTO E ATO ADMINISTRATIVOS	201
	Introdução.....	201
5.1	A presença da competência discricionária no regulamento administrativo – Aspectos gerais.....	201
5.1.1	A competência discricionária de acordo com o âmbito da função administrativa – A motivação do regulamento.....	204
5.2	A presença da competência discricionária no ato administrativo de acordo com a sua sistematização	207
5.2.1	A competência ou o sujeito	208
5.2.2	A forma, os requisitos procedimentais, a formalização e o âmbito da função administrativa	210
5.2.3	O objeto, o conteúdo e o âmbito da função administrativa.....	212
5.2.4	O motivo de fato – A teoria dos motivos determinantes	213
5.2.5	A motivação e o âmbito da função administrativa.....	217
5.2.6	A vontade do agente	224
5.2.7	A finalidade e a causa	227
5.2.8	O mérito administrativo – Conveniência e oportunidade.....	229
5.3	Diante do caso concreto e a “redução a zero” da discricionariedade – A concreta realização do interesse público.....	233
5.4	Nosso conceito de discricionariedade administrativa.....	236
6	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS APRECIÇÕES TÉCNICAS	239
6.1	A inexistência da “discricionariedade técnica”	240
6.2	Casos concretos – Perícias, exames, julgamentos em licitações e provas em concursos públicos	250

7	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA CONFORME A TEORIA DO DESVIO DE FINALIDADE E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	257
	Introdução.....	257
7.1	Desvio de finalidade.....	258
7.1.1	Primeiras linhas da evolução histórica.....	258
7.1.2	Definição – Natureza jurídica	260
7.1.3	Espécies	266
7.1.4	O silêncio administrativo e o desvio de finalidade – O meio coercitivo de cumprimento da ordem judicial: a caracterização do ato de improbidade administrativa.....	269
7.1.5	A prova em juízo do desvio de finalidade.....	272
7.2	Princípios da Administração Pública.....	276
7.2.1	O procedimento de ponderação da teoria dos princípios	277
8	PARADIGMAS AO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	283
	Introdução.....	283
8.1	A racionalidade da decisão administrativa	284
8.2	O ônus da argumentação dos atores processuais	290
8.3	Tempo de omissão	293
8.4	Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro e a competência discricionária.....	296
9	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ATO POLÍTICO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	299
	Introdução – Explicações necessárias	299
9.1	A função política.....	300
9.2	A presença da competência discricionária no ato político	302
9.2.1	O controle dos cargos em comissão: a) a 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) o dever de motivar para a nomeação e a exoneração	306
9.2.2	O controle das emendas orçamentárias.....	313
9.2.3	O controle dos atos <i>interna corporis</i> do Legislativo	314
9.3	A presença da competência discricionária nas políticas públicas	317
9.3.1	Argumentos contrários ao controle – A teoria das reservas do possível.....	319
9.3.2	Argumentos favoráveis ao controle – A teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais	324
9.3.3	Soluções possíveis.....	333
9.3.3.1	Primeiras conclusões.....	334
9.3.3.2	Políticas públicas já existentes – Universalidade e a atualização técnica e/ou científica como critérios de definição do “novo patamar” do direito à prestação	342
9.3.3.3	Tutelas de remoção do ilícito	347
9.3.4	Orientações jurisprudenciais	351
	CONCLUSÃO	359
	REFERÊNCIAS.....	369