

MARCOS AUGUSTO PEREZ

TESTES DE LEGALIDADE

MÉTODOS PARA O AMPLO
CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

Área específica da obra

Direito Administrativo

Áreas afins do livro

Direito Público, Direito Constitucional.

Público-alvo/consumidores da obra

Profissionais do Direito, na área pública e privada.
Estudantes, Bacharéis e Pós-Graduandos em Direito.
Agentes do controle da Administração.

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm

CÓDIGO: 10001646

Testes de Legalidade

MÉTODOS PARA O AMPLO
CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA

MARCOS AUGUSTO PEREZ

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

FORUM

Marcos Augusto Perez é professor associado e livre-docente da cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado. Suas obras anteriormente publicadas pela Fórum tratam de instrumentos de participação na Administração Pública e da partilha de riscos entre as partes nos contratos de concessão de serviço público. O autor volta agora com uma obra de grande fôlego, que revisita um tema clássico: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. O autor parte de ideias como a efetividade da Constituição e do Estado Democrático de Direito e da análise das grandes transformações sociais, econômicas e políticas que acompanharam o desenvolvimento histórico do direito administrativo, desde o seu nascedouro até hoje, para combater a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário e defender a sistematização de novos métodos, que ampliem e aprofundem o exame jurisdicional da legalidade das decisões administrativas.

P438t Perez, Marcos Augusto

Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa / Marcos Augusto Perez.– Belo Horizonte : Fórum, 2019.

319p.; 14,5cm x 21,5cm
ISBN: 978-85-450-0708-1

1. Direito Administrativo. 2. Direito Público. 3. Direito Constitucional. I. 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):

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 319p. ISBN 978-85-450-0708-1.

Marcos Augusto Perez

Sócio fundador do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados. Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1988). Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1999). Doutor em Direito Público e do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2005). Livre-docente em Direito Público e do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2018). Atua há mais de trinta anos nas áreas de consultoria e contencioso judicial em Direito Administrativo, Constitucional, Financeiro e Empresarial.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Floriano de Azevedo Marques Neto	13
---	----

INTRODUÇÃO	17
------------------	----

I Algo diferente está acontecendo	17
II “No meio do caminho tinha uma pedra”	22
III Algumas questões formais.....	26
IV Agradecimentos	27

CAPÍTULO 1

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO UM TEMA GLOBAL E SUAS TENDÊNCIAS ATUAIS	29
--	----

1.1 A discricionariedade administrativa revisitada.....	29
1.1.1 Revendo a teoria e os conceitos.....	31
1.1.2 A norma jurídica discricionária.....	35
1.1.3 Graus de discricionariedade.....	36
1.1.4 Conceitos correlatos: interpretação e conceitos jurídicos indeterminados.....	38
1.2 O mundo complexo da discricionariedade administrativa	42
1.2.1 Ampliação das funções econômicas e sociais da Administração.....	43
1.2.2 Problemas no funcionamento do Legislativo, sobrecarga da Administração e outros fatores que podem levar ao arbítrio	44
1.2.3 O controle como reação ao arbítrio.....	46
1.2.4 <i>Stress</i> da separação de poderes e os riscos associados ao arbítrio jurisdicional	48
1.3 Um compromisso com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito	50
1.4 O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global?.....	54
1.4.1 Um panorama do tratamento do controle da discricionariedade em diferentes países.....	56
1.4.2 <i>Desvio de poder, princípios gerais do direito administrativo, erro manifesto e bilan</i> no direito administrativo francês.....	57
1.4.3 O abuso de poder, a ponderação de interesses e o processo administrativo no direito administrativo italiano	65
1.4.4 Procedimento administrativo, motivação e transparência no direito administrativo espanhol e português	70
1.4.5 Abuso de discricionariedade, correta instrução do processo, imparcialidade e <i>hard look</i> no <i>common law</i> norte-americano e britânico	76
1.4.6 Dividindo o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em países latino-americanos.....	83
1.5 Não há uma única resposta.....	87

CAPÍTULO 2

A TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DO MÉRITO COMO ASPECTO CENTRAL DO CONTROLE (OU DO NÃO CONTROLE) DA DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	91
--	----

2.1 A teoria da imunidade jurisdicional do mérito e seu sucesso no Brasil	91
2.2 As origens da teoria	94
2.3 Uma incrível sobrevida	108
2.4 Redemocratização e reação	121
2.4.1 Ampliação da noção de legalidade.....	126
2.4.2 Desvio de poder ou finalidade	128
2.4.3 Dever de motivação	129
2.4.4 Princípios gerais do direito administrativo.....	132
2.4.5 Valorização do processo administrativo	135
2.5 Ativismo judicial <i>made in Brazil</i>	137
2.6 A “morte e a morte” da imunidade do mérito.....	141
2.7 Basta a legalidade! Basta a legalidade?	146

CAPÍTULO 3

A SUPERAÇÃO DA TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E A NECESSÁRIA ADOÇÃO DE NOVOS MÉTODOS PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE		149
3.1	As contradições do quadro atual e seus problemas.....	149
3.1.1	Princípios, generalidades e insegurança jurídica	156
3.1.2	Insuficiência e inadequação dos regulamentos	162
3.1.3	Autoritarismo atávico	165
3.1.4	Os desafios que se impõem.....	172
3.2	Quem realiza o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?.....	173
3.3	Qual é o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?	178
3.3.1	Legalidade e elementos do ato administrativo	180
3.3.2	Do ato ao processo e do processo ao ato.....	186
3.3.3	Motivos e motivação.....	191
3.3.4	Controles de eficiência e resultados e controle jurisdicional	202
3.3.5	Atos políticos ou de governo	207
3.4	Em resumo	220

CAPÍTULO 4

MÉTODOS PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE.....		223
4.1	O <i>como</i> é mais importante!	223
4.2	Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	225
4.2.1	Os testes mais comuns de <i>competência, forma e objeto</i>	227
4.2.2	Os testes relacionados ao processo administrativo: existência do processo; instrução completa e adequada instrução imparcial.....	236
4.2.2.1	A efetiva instauração do processo	239
4.2.2.2	A instrução correta do processo	244
4.2.2.3	A instrução imparcial do processo	248
4.2.3	Os testes relacionados ao motivo: o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o <i>bilan</i> , a ponderação e a proporcionalidade.....	254
4.2.4	Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade.....	265
4.3	Algumas notas sobre a improbidade administrativa.....	272
4.4	<i>Ex lege</i> ou de <i>lege ferenda</i> ?	278
CONCLUSÃO		281
I	As primeiras questões colocadas	281
II	A importância do controle jurisdicional da discricionariedade e seus desafios	283
III	O controle jurisdicional da discricionariedade como um tema global.....	284
IV	A trajetória do direito brasileiro e a teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário.....	285
V	As contradições do presente e a necessidade de superar a <i>teoria da imunidade do mérito</i>	287
VI	Métodos ou técnicas de análise da legalidade das decisões discricionárias.....	289
VII	Falta de sistematização e de profundidade no tratamento das técnicas de controle	290
VIII	Controle jurisdicional focado no processo administrativo	291
IX	Testes de legalidade	292
X	O que fazer?	292

REFERÊNCIAS.....	295
------------------	-----

LISTA DA LEGISLAÇÃO REFERIDA	313
------------------------------------	-----

LISTA DE SITES CONSULTADOS.....	319
---------------------------------	-----