



Autor
Luis Manuel Fonseca Pires

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

**Dos conceitos jurídicos
indeterminados às políticas públicas**

Área específica
Direito Administrativo.

Áreas afins
Direito Constitucional.

Trata-se neste livro do controle judicial da discricionariedade 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 discricionariedade. Analisam-se a estrutura da norma jurídica e os limites de atribuição da discricionariedade em sua estática — isto é, qual o limite à norma jurídica para atribuir uma competência discricionária? Discorre-se sobre o controle judicial da discricionariedade 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 “discricionariedade 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.

Público-alvo/consumidores
Professores e estudantes de graduação
e pós-graduação.

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 10001194

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. 3. ed. Belo Horizonte.: Fórum, 2017.

361 p.

ISBN 978-85-450-0400-4

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

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 361 p. ISBN 978-85-450-0400-4.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO	
Silvio Luís Ferreira da Rocha	11
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	13
NOTA À 3ª EDIÇÃO	15
NOTA À 2ª EDIÇÃO	17
INTRODUÇÃO	19
PARTE I	
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	
1 ANOTAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	25
Introdução	25
1.1 As teorias declarativas e o dogma da completude.....	28
1.1.1 Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen	30
1.1.2 As lacunas e as antinomias – O dogma da completude	38
1.2 A insuficiência da lógica formal.....	43
1.2.1 Outras perspectivas.....	47
1.2.2 A suposta presença da discricionariedade junto à interpretação jurídica	52
1.2.3 A tópica, a lógica do razoável e a retórica	56
1.3 Conclusões – Nossa posição	67
2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	75
Introdução	75
2.1 Os conceitos jurídicos indeterminados	78
2.1.1 Em Portugal	78
2.1.2 Na Itália	81
2.1.3 Na Áustria e na Alemanha.....	81

2.1.4	Na França	88
2.1.5	Na Argentina.....	89
2.1.6	Na Espanha	91
2.1.7	No Brasil.....	98
2.2	Nossa posição	103
2.2.1	Precedentes administrativos e autovinculação.....	130
2.2.2	As cláusulas gerais e a interpretação jurídica	133

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

3 NOÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA		141
3.1	Evolução histórica – Do ato, do poder e da competência	141
3.1.1	Da competência fundada em regras e em princípios – A teoria dos poderes implícitos	150
3.2	A necessidade de demarcar como noções distintas a interpretação jurídica, os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e a competência discricionária	155
3.3	Competências vinculada e discricionária	159
3.3.1	Noções de discricionariedade administrativa.....	160
3.3.2	Fundamentos político e jurídico	166
3.3.3	Natureza jurídica.....	167
3.3.4	Classificações	168
4 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA (ESTÁTICA DA NORMA JURÍDICA).....		173
	Introdução	173
4.1	A estrutura da norma jurídica.....	175
4.2	A presença da competência discricionária na estática da norma jurídica	178
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.....	182
4.3.1	Os âmbitos da função administrativa – Administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas.....	183
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... 185	
4.4	Síntese conclusiva.....	191
5 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO REGULAMENTO E ATO ADMINISTRATIVOS		193
	Introdução	193
5.1	A presença da competência discricionária no regulamento administrativo – Aspectos gerais	193
5.1.1	A competência discricionária de acordo com o âmbito da função administrativa – A motivação do regulamento	196
5.2	A presença da competência discricionária no ato administrativo de acordo com a sua sistematização.....	199
5.2.1	A competência ou o sujeito.....	199
5.2.2	A forma, os requisitos procedimentais, a formalização e o âmbito da função administrativa	202
5.2.3	O objeto, o conteúdo e o âmbito da função administrativa	203
5.2.4	O motivo de fato – A teoria dos motivos determinantes.....	205
5.2.5	A motivação e o âmbito da função administrativa	208
5.2.6	A vontade do agente.....	216
5.2.7	A finalidade e a causa.....	218
5.2.8	O mérito administrativo – Conveniência e oportunidade	220
5.3	Diante do caso concreto e a “redução a zero” da discricionariedade – A concreta realização do interesse público.....	224
5.4	Nosso conceito de discricionariedade administrativa	227
6 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE		

ADMINISTRATIVA E AS APRECIÇÕES TÉCNICAS.....	231
6.1 A inexistência da “discricionabilidade técnica”	232
6.2 Casos concretos – Perícias, exames, julgamentos em licitações e provas em concursos públicos.....	242
7 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA CONFORME A TEORIA DO DESVIO DE FINALIDADE E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	249
Introdução	249
7.1 Desvio de finalidade	250
7.1.1 Primeiras linhas da evolução histórica	250
7.1.2 Definição – Natureza jurídica.....	252
7.1.3 Espécies.....	258
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	261
7.1.5 A prova em juízo do desvio de finalidade.....	264
7.2 Princípios da Administração Pública	268
7.2.1 O procedimento de ponderação da teoria dos princípios.....	269
8 PARADIGMAS AO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	275
Introdução	275
8.1 A racionalidade da decisão administrativa	276
8.2 O ônus da argumentação dos atores processuais.....	281
8.3 Tempo de omissão.....	284
9 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ATO POLÍTICO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	289
Introdução – Explicações necessárias.....	289
9.1 A função política	290
9.2 A presença da competência discricionária no ato político.....	292
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.....	295
9.2.2 O controle das emendas orçamentárias	303
9.2.3 O controle dos atos <i>interna corporis</i> do Legislativo.....	303
9.3 A presença da competência discricionária nas políticas públicas ...	306
9.3.1 Argumentos contrários ao controle – A teoria das reservas do possível	308
9.3.2 Argumentos favoráveis ao controle – A teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.....	313
9.3.3 Soluções possíveis	322
9.3.3.1 Primeiras conclusões.....	323
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.....	331
9.3.3.3 Tutelas de remoção do ilícito.....	336
9.3.4 Orientações jurisprudenciais	340
CONCLUSÃO	347
REFERÊNCIAS	355