

GEORGES ABBOUD

**DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA
E JUDICIAL**

O Ato Administrativo e a Decisão Judicial

Apresentação
NELSON NERY JUNIOR

Prefácio
FRIEDRICH MÜLLER

Posfácio
LENIO STRECK

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

**DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**
O Ato Administrativo e a Decisão Judicial

GEORGES ABBUD



© desta edição |2015|

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Visite nosso site: www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil |11-2014|

Profissional

Fechamento desta edição: |28.10.2014|



ISBN 978-85-203-5696-8

SUMÁRIO

Apresentação – NELSON NERY JUNIOR	13
Prefácio – FRIEDRICH MÜLLER	19
Vorwort – FRIEDRICH MÜLLER	23
Nota do autor – Como são e como devem ser decididas as questões jurídicas. Ou de como não há, nem pode haver, mistério no Direito	27
Introdução: de como as questões jurídicas não podem ser decididas no paradigma Rubião	41
1. PÓS-POSITIVISMO: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO.....	53
1.1 Aspectos metodológicos e filosóficos do trabalho.....	53
1.2 Elementos fundamentais para a compreensão do paradigma pós-positivista.....	54
1.2.1 O paradigma positivista revisitado para a ciência jurídica e sua superação pelo pós-positivismo.....	55
1.2.2 O giro linguístico como fundamento filosófico para superação do positivismo	56
1.2.3 Conceitos fundamentais para a compreensão da teoria estruturante do direito.....	63
1.2.4 A necessária distinção entre texto e norma.....	64
1.2.4.1 A literatura borgiana como síntese literária do pós-positivismo.....	70
1.2.4.2 A concretização da norma jurídica: do texto normativo à decisão	74
1.2.5 Para além de um conceito positivista de norma: a visão pós-positivista.....	75
1.2.6 A superação da interpretação como ato que revela a vontade da lei ou do legislador.....	76
1.2.7 A inexistência da dicotomia: “questão de fato” e “questão de direito”.	79
1.2.8 A necessidade de superação do silogismo como premissa necessária para compreensão pós-positivista do fenômeno jurídico	82

1.2.9	Do equívoco em se comparar o neoconstitucionalismo ao pós-positivismo	85
1.2.9.1	O neoconstitucionalismo.....	85
1.2.9.2	O pós-positivismo	86
1.3	Conclusões principais	96
2.	DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	101
2.1	Prolegômenos ao conceito de discricionariedade administrativa.....	101
2.2	Controle jurisdicional do ato administrativo. A discricionariedade como o último fronte a ser superado	103
2.2.1	Aspectos gerais do controle jurisdicional	103
2.2.2	Aspectos contramajoritários do controle jurisdicional.....	106
2.2.3	Aspectos processuais do controle jurisdicional	113
2.3	A possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo	116
2.3.1	O controle da finalidade do poder	117
2.3.2	O controle dos fatos determinantes.....	118
2.3.3	O controle imposto pelos princípios jurídicos.....	120
2.4	Do ato político ao ato administrativo: reminiscências da discricionariedade.....	121
2.5	As modalidades de discricionariedade: a aleatoriedade e o caráter <i>extra legem</i> como elementos fundamentais do agir discricionário	124
2.5.1	Discricionariedade interpretativa.....	126
2.5.2	Discricionariedade optativa	130
2.5.3	Discricionariedade performática.....	136
2.5.4	Discricionariedade volitiva	146
2.5.5	Discricionariedade técnica.....	150
2.6	O elemento em comum em todas as modalidades de discricionariedade: a alforria jurídico-constitucional	154
2.7	Crítica e a necessidade de superação da discricionariedade no Estado Constitucional	156
2.7.1	O novo conceito de Administração Pública e a nova posição do cidadão perante o Estado.....	158
2.7.2	Os direitos fundamentais e o novo conceito de Administração Pública	159
2.7.3	Discricionariedade e ativismo: O novo conceito de Administração Pública diante do princípio da legalidade.....	164
2.7.3.1	Breve análise da judicialização das políticas públicas em nossos Tribunais Superiores.....	166
2.7.3.2	A jurisprudência alemã.....	170

2.8	Crítica hermenêutica: a superação da dicotomia “ato vinculado” e “ato discricionário” por uma visão pós-positivista	171
2.8.1	A desconstrução da dicotomia no paradigma pós-positivista	171
2.8.2	O mito da interpretação da vontade da lei e vontade do legislador no pós-positivismo	175
2.9	Crítica histórico-decisória: o caso <i>Bonham</i> como o precedente histórico mais importante do controle do mérito do ato administrativo	178
2.9.1	Aspectos gerais do <i>Bonham's case</i>	178
2.9.2	Diferença qualitativa do <i>Bonham's case</i> em relação aos julgados dos Tribunais brasileiros hodiernos	182
2.9.3	O paradigma <i>Bonham</i> para a <i>judicial review</i> do mérito administrativo	185
2.9.4	Perspectiva do exame do mérito administrativo na doutrina pátria	187
2.10	Crítica constitucional: do princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade. Da necessária superação do conceito de interesse público	189
2.10.1	A releitura do princípio da legalidade	189
2.10.2	A superação do conceito interesse público na jurisprudência alemã	193
2.10.2.1	BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich)	193
2.10.2.2	BVerfGE 39, 315 (Brokdorf)	194
2.10.2.3	BVerfGE 49, 89 (Kalkar I [08.08.1978])	195
2.10.3	O princípio do constitucionalismo como superação do princípio da legalidade	197
2.10.4	Reconstrução do conceito de interesse público	200
2.10.5	A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público	202
2.10.6	A primazia dos direitos fundamentais e a vinculação da Administração Pública	205
2.11	Crítica teórica. Impossibilidade de se decidir as questões jurídicas com base em relativismo: a obrigação da Administração Pública proporcionar o melhor ato administrativo para o cidadão	207
2.11.1	A distinção entre discricionariedade e arbitrariedade	222
2.11.2	De como o romance <i>Cem Anos de Solidão</i> evidencia a desnecessária distinção entre arbitrariedade e discricionariedade em nossa doutrina	223
2.12	O ato administrativo controlável: aquele que decide questões jurídicas ou possui questões juridicizáveis	225
2.12.1	O critério de conteúdo jurídico da decisão	225
2.12.2	O caso <i>Cesare Battisti</i> e a discricionariedade da decisão do Presidente da República	228
2.12.3	Os solitários julgados irrestritamente favoráveis ao controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário	230

2.12.4	O critério para se admitir o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário	233
2.13	Requisitos obrigatórios que o ato administrativo deve atender	234
2.13.1	Deve estar autorizado ou embasado na Constituição ou na lei	234
2.13.2	Deve ser proporcional	236
2.13.3	Deve estar assentado no interesse social	240
2.13.4	Deve ser rigorosamente fundamentado	241
2.13.5	Pode ter seu mérito e sua forma avaliados em face de critérios legais e constitucionais, por consequência pode ser revisado pelo Judiciário	246
2.13.5.1	A extensão do controle de constitucionalidade a todos os Poderes	250
2.13.5.2	Da inexistência de invasão de esfera dos Poderes	252
2.13.5.3	A possibilidade de revisão do mérito do ato administrativo	255
2.14	Conclusões principais	259
3.	DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	265
3.1	Sistema decisório romano	266
3.1.1	O processo civil romano clássico: noções elementares	266
3.1.1.1	A estrutura da “sentença” do juiz privado no processo <i>per formulas</i>	268
3.1.2	Acepção do termo: “ <i>iurisprudentia</i> ” e “jurisprudência”	269
3.1.3	Conceito romano de <i>iurisprudentia</i>	269
3.1.4	A “motivação” da “sentença” do <i>iudex privatus</i> no processo <i>formular</i>	274
3.1.5	A ruptura do princípio da não exigência de motivação da sentença no século XVIII	277
3.2	A tradição jurídica	279
3.2.1	A relação da escrita e do costume com o sistema jurídico	280
3.3	Sistema decisório do <i>common law</i>	282
3.3.1	O histórico diálogo do <i>common law</i> com o <i>civil law</i>	289
3.3.2	Aspectos comparativos do <i>common law</i> com o <i>civil law</i>	290
3.3.3	A importância da história na formação do sistema decisório do <i>common law</i>	294
3.3.4	A diferente posição da jurisprudência no <i>common law</i> em relação ao <i>civil law</i>	299
3.3.4.1	Jurisprudência como fonte do direito	302
3.3.4.2	Princípios informadores da atividade decisional (jurisprudência)	302
3.3.4.2.1	Princípio da congruência	303

3.3.4.2.2	Princípio da motivação	303
3.3.4.2.3	Princípio da colegialidade e publicidade.....	306
3.3.4.2.4	Princípio da igualdade	306
3.3.4.3.	As funções da jurisprudência	306
3.3.5	O processo de formação da decisão judicial no <i>common law</i> : o <i>stare decisis</i> e o precedente judicial	307
3.3.6	O precedente, a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i> : elementos fundamentais para criação da decisão judicial no <i>common law</i>	308
3.3.7	A flexibilidade do sistema de precedentes	311
3.4	Discrecionariedade judicial.....	312
3.4.1	Dos modelos hermenêuticos contemporâneos para se decidir as questões jurídicas.....	322
3.4.2	Implicações da opção metodológica hermenêutica no paradigma decisório jurídico	323
3.4.3	Os riscos de se inserir a discrecionariedade no âmbito judicial.....	325
3.4.4	Da relação entre ativismo e decisionismo	326
3.4.5	A modulação de efeitos e a impossibilidade de sua utilização a partir de parâmetros discricionários	328
3.4.5.1	O argumento consequencialista e sua dimensão discricionária	330
3.4.6	Discrecionariedade, segurança jurídica e modulação de efeitos.....	333
3.4.7	O duelo no âmbito decisório entre a discrecionariedade e a boa-fé objetiva	336
3.5	Sistema decisório do <i>civil law</i>	342
3.5.1	A primazia da lei	343
3.5.2	Jurisprudência dos conceitos	346
3.5.3	Jurisprudência dos interesses.....	348
3.5.4	Jurisprudência dos valores	352
3.5.5	A atividade decisória: as razões porque não é democrático permitir que o juiz disponha da legislação	354
3.5.5.1	O uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	357
3.5.5.2	O decisionismo, ou quando a lei é inimiga da necessidade ..	360
3.6	Direito jurisprudencial: ou ainda a nossa equivocada aposta na discrecionariedade.....	361
3.6.1	Os riscos das soluções teóricas e legislativas que apostam na discrecionariedade.....	362
3.6.1.1	Repercussão geral	368
3.6.1.2	Decisões dotadas de efeito vinculante.....	372
3.6.1.3	Súmula vinculante.....	381

3.6.2	O novo Código de Processo Civil e os riscos ao sistema decisório – Jurisprudência vinculante e o incidente de demandas repetitivas	388
3.6.3	A função dos Tribunais Superiores	407
3.6.4	A objetivação da atividade jurisdicional do STF e do STJ não possui respaldo no texto constitucional	413
3.7	Ativismo judicial	416
3.7.1	Ativismo judicial à brasileira	423
3.7.2	Decisionismo: ou quando a vontade se confunde com o direito	438
3.7.3	De como o STF tem construído uma jurisprudência de cariz ativista e decisionista	441
3.7.4	A jurisprudência do STF tem contribuído para dinamitar nossa engenharia constitucional suprimindo inclusive a separação de poderes... ..	447
3.7.5	De como o teorema dos dois corpos do rei nos possibilita compreender a correta função do Poder Judiciário em especial dos Tribunais Superiores	454
3.7.6	Julgador e Constituição. O porquê de que somente Zeus poderia ser ativista. E o porquê de que sentença não é decidir por sentimento	457
3.8	A construção da resposta correta para o caso concreto: prolegômenos para uma teoria da decisão judicial	461
3.8.1	A tese da resposta correta e o construtivismo de Dworkin para eliminação da discricionariedade judicial	462
3.8.2	A tese de Lenio Streck: o direito fundamental à resposta correta	469
3.8.3	Requisitos mínimos necessários para se construir a resposta correta no caso concreto.....	472
3.9	Conclusões principais	475
À GUIA DE POSFÁCIO – O FENÔMENO POSITIVISTA E A DISCRICIONARIEDADE: PORQUE DEVEMOS ENFRENTAR DE FRENTE ESSE FANTASMA – LENIO LUIZ STRECK		
1.	Uma breve introdução	495
2.	O positivismo exegético e sua “permanência no imaginário dos juristas” ..	495
3.	A superação da subsunção como um problema paradigmático. E de como superar a subsunção não implica discricionariedade (ou ponderações)	498
4.	Por uma hermenêutica crítica	502
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		507
ÍNDICE ONOMÁSTICO		527
ÍNDICE REMISSIVO		535