

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Louise Freiburger Bassan Hartmann

O CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE DO EXERCÍCIO DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
o olhar para o processo administrativo

Porto Alegre
2022

LOUISE FREIBERGER BASSAN HARTMANN

**O CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE DO EXERCÍCIO DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
o olhar para o processo administrativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre
2022

LOUISE FREIBERGER BASSAN HARTMANN

**O CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE DO EXERCÍCIO DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
o olhar para o processo administrativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Aprovada em _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Orientador

Profª. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma

Prof. Dr. Bruno Nunes Barbosa Miragem

Profª. Dra. Roberta Camineiro Baggio

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos pelo incentivo, suporte e inspiração na realização e conclusão desta etapa são indispensáveis.

Agradeço à minha família – àquela em que eu tive o privilégio de nascer e me desenvolver e àquela que hoje eu tenho a felicidade de formar com o meu companheiro de vida. Aos meus pais, Antônio e Ursula, tradução de cuidado e amor, por me ensinarem desde cedo a importância do estudo. Ao meu marido, Stefan, por ser estímulo e apoio, disciplina e inquietação, sonho e realização.

Agradeço ao Prof. Dr. Rafael Maffini, pela oportunidade de realizar o mestrado acadêmico sob sua orientação, pelos ensinamentos de método e conteúdo e pelas lições aprofundadas de Direito Administrativo.

Agradeço a Aline Lazzaron, colega de mestrado e de profissão, pela troca, auxílio e incentivo durante os últimos dois anos. Foi uma alegria caminhar com você.

Agradeço a todos os amigos que, cada um à sua maneira, partilhando a jornada da vida, vivenciaram comigo a trajetória do mestrado.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo estudar o controle judicial da administração pública. Mais precisamente, a possibilidade de realização do controle judicial deferente (menos intenso) do exercício da discricionariedade administrativa a partir de um enfoque procedimental. A hipótese lançada é no sentido de que o controle judicial do exercício da atividade administrativa discricionária não dispensa o olhar atento do controlador para o processo decisório administrativo, sendo que a questão relativa à intensidade do controle judicial demonstra um caminho para essa conexão. Com tal intuito, por meio de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e de natureza descritiva, esta dissertação, focada no Direito Administrativo brasileiro, está dividida em duas grandes partes. Em um primeiro momento, o estudo aborda aspectos gerais e específicos do controle judicial da administração pública até chegar à particularidade do problema, que envolve a seguinte constatação: o regime inaugurado pela Constituição de 1988 assegura o controle judicial de legalidade ampla sobre o exercício da atividade administrativa discricionária, sendo necessário que se pense no modo de realização desse controle, principalmente quando se considera que esse controle representa um ponto de tensão entre função administrativa e função judicial. Com isso em mente, propõe-se a compreensão do controle judicial da atividade administrativa do ponto de vista da sua intensidade, chegando-se à conclusão parcial de que o modelo de controle judicial menos intenso (deferente), a ser aplicado nos casos de existência de uma escolha administrativa, pode ser promovido por meio do enfoque procedimental. Em um segundo momento, o estudo investiga a importância do processo administrativo no Estado Democrático e sua potencialidade enquanto parâmetro para realização do controle judicial menos intenso do exercício da discricionariedade administrativa. A conclusão geral é de que o processo administrativo, ao cuidar da realização processual de normas substantivas dirigidas ao administrador e de garantias constitucionais dos cidadãos, tais como motivação, contraditório e proporcionalidade, traz balizas objetivas para o exercício da discricionariedade, as quais se convertem em balizas objetivas de controle judicial menos intenso.

Palavras-chave: Controle Judicial. Discricionariedade Administrativa. Intensidade do controle judicial. Processo Administrativo Decisório.

ABSTRACT

This dissertation discusses the judicial review over administrative action. More precisely, the possibility of carrying out judicial deference of administrative discretion from a procedural approach. The research hypothesis is that the judicial deference of administrative discretion demands the attention of the controller for the administrative decision-making process. To this end, through bibliographical research, with qualitative approach and descriptive nature, this dissertation, focused on the Brazilian Administrative Law, is divided into two large parts. At first, the study analyzes general and specific aspects of the judicial review over administration action until addresses the particular issue, which involves the following finding: the regime inaugurated by the Constitution of 1988 ensures the judicial review of broad legality over the administrative discretion, being necessary to think about the way of carrying out this control, mainly when it is considered that this control represents a point of tension between the administrative function and the judicial function. Therefore, it is proposed to understand the judicial review over administrative action from the point of view of its intensity. The partial conclusion is that the judicial control less intense (deferential) (applied when an administrative choice between legal options is taken) can be promoted by a procedural approach. In a second moment, the study investigates the importance of the administrative decision-making in the Democratic State and its potentiality as a parameter for judicial deference of administrative discretion. The general conclusion is that administrative decision-making, by promoting substantive norms directed to the administrator and by ensuring constitutional rights, such as motivation, purpose, contradiction and proportionality, tracing objective markers for the exercise of discretion, which are objective markers for the judicial deference.

Keywords: Judicial control. Administrative Discretion. Deference. Administrative decision-making.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – PREMISSAS TEÓRICAS ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	12
1 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO	12
1.1 Aspectos gerais	13
1.1.1 A origem do controle judicial da Administração Pública	13
1.1.2 A separação dos poderes e a dualidade de sistemas de controle jurisdicional	14
1.1.3 Distinção entre controlar e decidir	20
1.1.4 As categorias formais <i>vinculação</i> e <i>discricionariedade</i>	22
1.2 Aspecto específico: o controle judicial da discricionariedade administrativa	23
1.2.1 Distinção entre controle judicial de <i>exercício</i> dos poderes discricionários e o controle judicial de <i>atribuição</i> de poderes discricionários	24
1.2.2 Conceito e fundamento da discricionariedade administrativa	27
1.2.3 A questão envolvendo discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e interpretação da norma jurídica	33
1.2.3.1 <i>Definição de conceito jurídico indeterminado</i>	35
1.2.3.2 <i>A utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela norma jurídica significa atribuição, pelo legislador ao administrador, de poder discricionário e, portanto, teria repercussão na forma de controle judicial?</i>	36
1.2.3.3 <i>Conceitos jurídicos indeterminados e interpretação jurídica como fenômenos que perpassam o campo do Direito Administrativo</i>	40
1.2.3.4 <i>Voltando para o Direito Administrativo: uma posição intermediária</i>	43
1.2.4 O controle judicial da atividade administrativa discricionária como ponto de tensão entre função administrativa e função judicial	50
2 TÉCNICAS DE CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	57
2.1 O avanço das técnicas de controle do exercício da discricionariedade administrativa no Brasil: da imunidade judicial do ato discricionário ao amplo controle da legalidade	57

2.1.1 O Direito brasileiro e a teoria da imunidade jurisdicional do mérito administrativo.....	58
2.1.2 O Estado Constitucional de Direito e o controle amplo da legalidade.....	63
2.1.3 Os paradoxos do momento atual e a necessidade de se pensar no modo de realização do controle judicial do exercício da atividade administrativa discricionária	69
2.2 A questão da intensidade do controle judicial da Administração Pública e os seus modelos de controle.....	74
2.2.1 Deferência judicial: conceito e fundamento.....	75
2.2.2 Modelos de controle judicial com base na intensidade do controle: modelo não deferente e modelo deferente	77
2.2.3 O modelo deferente ou juízo de razoabilidade (<i>standard of reasonableness</i>)	81
2.2.4 A promoção do juízo de razoabilidade a partir de um enfoque procedimental.....	84
PARTE II – PROCESSO ADMINISTRATIVO E CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE DO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	89
1 PROCESSUALIDADE E EXERCÍCIO DO PODER ESTATAL	90
1.1 A processualidade ampla.....	91
1.1.1 Da processualidade judicial à processualidade ampla.....	91
1.1.2 Processualidade: pertinência ao exercício do poder, legitimidade e democracia	96
1.1.3 Procedimento e processo.....	102
1.2 A processualidade administrativa	104
1.2.1 A questão terminológica: a processualidade administrativa qualificada como processo....	105
1.2.2 O movimento de valorização do processo administrativo e suas finalidades	111
1.2.3 O processo administrativo no Direito brasileiro	115
2 PROCESSO ADMINISTRATIVO: INSTRUMENTO PARA O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E VETOR PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL MENOS INTENSO	119
2.1 Legalidade ampla, enfoque procedimental da atividade administrativa discricionária e controle judicial.....	120
2.2 A construção da decisão administrativa discricionária por meio do processo e o seu controle judicial.....	123
2.2.1 Existência de processo administrativo	125
2.2.2 Contraditório	128

2.2.3 Participação e integração de interesses por meio do processo	133
2.2.4 Instrução processual	140
2.2.5 Motivação.....	144
2.2.5.1 <i>Fundamento jurídico da motivação (o dever de motivar)</i>	145
2.2.5.2 <i>Motivação como compensação da programação normativa deficiente e como contrapeso ao exercício da discricionariedade administrativa</i>	148
2.2.5.3 <i>O exemplo do controle judicial sobre a motivação administrativa lançada em provas de concursos públicos</i>	157
2.2.5.4 <i>Momento da motivação</i>	158
2.3 O processo administrativo como vetor para a realização do controle judicial menos intenso da decisão administrativa discricionária	160
CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar como realizar o controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa sob o enfoque da processualidade administrativa no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. Depreende-se aqui três cortes metodológicos: (1) em que pese a administração esteja submetida a múltiplos controles, o enfoque é o operado pelo Poder Judiciário; (2) dentro do âmbito do controle judicial da Administração Pública, o estudo concentra-se no operado em face da atuação administrativa no exercício de competência discricionária; (3) em meio às múltiplas possibilidades de pesquisa dentro do controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa, este estudo volta os olhos para o potencial da processualidade administrativa enquanto vetor para a realização desse controle. Salienta-se, ainda, que, embora o controle judicial da atividade administrativa possa ser analisado sob perspectivas teóricas e práticas distintas, este trabalho está inserido no campo teórico do Direito Administrativo.

O objetivo proposto surge da constatação (a ser demonstrada no corpo do trabalho) acerca da existência de dificuldades no que toca ao modo de realização do controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa no Direito brasileiro em tempos de legalidade ampla. A hipótese de pesquisa é no sentido de que o controle judicial da atividade administrativa discricionária – de modo a realizar o efetivo controle da legalidade, mas com observância do espaço próprio de decisão entre escolhas igualmente lícitas que cabe à função administrativa – não dispensa o olhar atento do controlador para o processo decisório administrativo. Para demonstrar a viabilidade científica dessa hipótese, o foco na intensidade do controle judicial e, especialmente, no modelo de controle deferente parece apresentar um caminho, e, portanto, serão objeto de exame.

A fim de demonstrar a constatação e enfrentar o questionamento, propõe-se uma divisão do trabalho em duas grandes partes. Cada uma delas é dividida em dois pontos.

A Parte I cuidará das premissas teóricas que se apresentam como substrato fundamental para uma pesquisa que almeja tratar do controle judicial da atividade administrativa, em especial daquela atividade realizada no exercício da discricionariedade administrativa. O primeiro ponto da Parte I apresenta-se como uma aproximação inicial do tema. Nesse momento, os objetivos genéricos são: (a) examinar a origem teórica por trás do controle judicial da Administração Pública; (b) conhecer a existência de dois modelos distintos de controle judicial e compreender a razão originária para a sua diferenciação; (c) reconhecer que *controlar* é diferente de *decidir*; (d) entender

a relação entre controle judicial, poder vinculado e poder discricionário. Já os objetivos específicos referem-se: (a) à necessidade de distinguir o controle de exercício da discricionariedade administrativa e o controle de atribuição da discricionariedade administrativa, e ao esclarecimento de que este estudo tratará do primeiro; (b) ao conceito e fundamento da discricionariedade administrativa; (c) à relação entre discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e interpretação da norma jurídica; (d) à tensão entre função administrativa e função judicial, presente quando se fala em controle judicial da discricionariedade administrativa. Com isso, espera-se chegar a uma conclusão parcial em que seja possível relacionar discricionariedade administrativa, função administrativa e função judicial de controle jurídico, e demonstrar a razão pela qual esse tema mostra-se como um dos mais sensíveis do Direito Administrativo.

Posta a dúvida acerca de como realizar o controle judicial do exercício da atividade discricionária sem que tal controle judicial adentre o âmago da função administrativa, o segundo ponto da Parte I partirá para o exame das técnicas de controle judicial da discricionariedade administrativa. Nesse momento, os esforços estarão concentrados em investigar quais foram e quais têm sido as soluções apresentadas no âmbito desse tema no Direito Administrativo brasileiro, os impactos decorrentes da Constituição de 1988 e os paradoxos que hodiernamente se apresentam. Observadas as dificuldades no enfrentamento do tema, será proposta a compreensão do controle judicial da atividade administrativa do ponto de vista da sua intensidade enquanto técnica de controle, o que levará os estudos para o campo dos diferentes modelos de controle judicial com base na intensidade (modelo deferente e modelo não deferente) e para a hipótese de o enfoque procedimental mostrar-se como uma forma viável de realização do controle judicial deferente (menos intenso), próprio para as situações em que há uma escolha administrativa entre opções igualmente lícitas.

O enfoque procedimental da atividade administrativa e a sua potencialidade em se apresentar enquanto instrumento para o controle judicial deferente (menos intenso) do exercício da discricionária administrativa abrirão os caminhos para a Parte II deste estudo, intitulada “Processo administrativo e controle judicial deferente do exercício da discricionariedade administrativa”. O primeiro ponto desta Parte trabalhará acerca da processualidade ampla e da processualidade administrativa, a fim de demonstrar as bases legitimadoras e as finalidades do processo administrativo, bem como a sua importância no cenário brasileiro atual. O segundo ponto desta Parte examinará o processo administrativo sob o prisma específico do exercício da

discricionariedade administrativa e seu correlato controle judicial. Nesse momento, os esforços estarão concentrados na compreensão da construção da decisão administrativa discricionária por meio do processo, pretendendo-se demonstrar que tal construção traz balizas objetivas para o exercício da discricionariedade administrativa, as quais se convertem em balizas para o seu correlato controle judicial menos intenso.

Dito isso, esclarece-se que, antes de se tratar de uma técnica nova e original, a hipótese de realização de um controle judicial deferente do exercício da discricionariedade administrativa, tendo-se por parâmetro o processo administrativo, apresenta-se antes como uma sistematização possível do controle de legalidade sob o ponto de vista da intensidade do controle. A justificativa para a pesquisa decorre do intuito de se contribuir com a sistematização do tema do controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa no Brasil, visando à promoção de maior segurança jurídica e equilíbrio entre os Poderes Executivo e Judicial em um ambiente de amplo controle de legalidade promovido pela Constituição de 1988, a partir da perspectiva da intensidade do controle judicial e dos potenciais advindos da processualização da atividade administrativa.