

MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

9.^a edição

revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

9.ª edição revista, atualizada e ampliada

MARÇAL JUSTEN FILHO

Saraiva: 1.ª edição: 2005 – 2.ª edição: 2006 – 3.ª edição: 2008 – 4.ª edição: 2009 – 5.ª edição: 2010 –
Editora Fórum: 6.ª edição: 2010 – 7.ª edição: 2011 – 8.ª edição: 2012.



Este livro também pode ser
adquirido na versão eBook.
visite: livrariart.com.br

© desta edição [2013]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI

Diretora responsável

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).

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

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [04-2013]

Universitário (texto)

Fechamento desta edição [11.04.2013]



00262

EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-203-4763-8

Lembre-se que motivação não significa mera invocação da norma constitucional ou legal atributiva da competência para decidir. Consiste na indicação dos fundamentos de direito e de fato que dão supedâneo às conclusões do agente administrativo. A motivação é a exteriorização do processo de concretização do direito para o caso analisado. Deve indicar as normas e princípios jurídicos escolhidos pelo agente para nortear sua decisão, o que pressupõe a indicação da avaliação dos fatos por ele promovida. Não é possível omitir, inclusive, os processos de valoração que entranharam a atividade decisória.

Jurisprudência do STJ

“(...) 3. No Processo Administrativo Disciplinar (PAD) a Administração Pública se despoja de suas notas eminentes, em especial a discricionariedade, pois jungida a decisão ao contexto das provas coletadas, cuja avaliação se faz sob a luz do princípio da proporcionalidade” (MS 13.000/DF, 3.ª S., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25.06.2008, DJe 19.08.2008).

“(...) 4. Em processo administrativo, estando fundamentado o voto do relator, condutor da decisão vencedora, não há nulidade na ausência de fundamentação específica dos demais votos que a acompanharam” (RMS 21.425/MS, 1.ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26.06.2007, DJ 02.08.2007).

6.7 O procedimento na produção de decisão administrativa não litigiosa

Como visto, há uma modalidade procedimental que envolve a produção de atos administrativos regulamentares e há o regime jurídico dos “processos administrativos”. A terceira manifestação procedimental envolve atividades administrativas orientadas à produção de decisão sobre caso concreto, sem cunho litigioso. São as hipóteses em que a Administração escolhe determinada alternativa, aplicando o direito sem que isso importe gerar normas de conduta abstratas e gerais. Não produz ato regulamentar, nem elimina um litígio, mas provê a satisfação de uma necessidade estatal ou privada. É o caso da seleção da proposta mais vantajosa de contratação, da avaliação de pedido de fornecimento de alvará de construção, de seleção de candidatos a concursos públicos.

6.7.1 Adequação do procedimento em vista da complexidade da questão

A titularidade de competência administrativa para decidir não autoriza a Administração a produzir ato decisório não antecedido de um procedimento, cuja complexidade será disciplinada pelo princípio da proporcionalidade.

Seria inviável exercitar adequadamente a atividade administrativa se a Administração fosse obrigada a promover um longo e demorado procedimento antece-

dente a cada uma das decisões que está obrigada a adotar. Isso tornaria a atividade administrativa tão burocrática e lenta que colocaria em risco a própria eficácia da atuação estatal. É evidente que existem decisões que a Administração deverá adotar rotineiramente, sem necessidade de maiores discussões. Nesses casos, o procedimento será bastante sumário – mas sempre existirá.

À medida que a decisão for apta a gerar efeitos relevantes, aumenta a necessidade de um procedimento mais complexo.

Isso significa, em termos práticos, a invalidade de decisões graves e relevantes que surpreendam os potenciais interessados. Se a Administração pretende escolher uma dentre diversas soluções possíveis e se essa decisão afetará de modo relevante o universo de interesses, não há cabimento de sua promoção sem um procedimento que seja não apenas detalhado e minucioso, mas levado ao conhecimento público.

6.7.2 Instauração do procedimento e titularidade do interesse afetado

A instauração do procedimento depende da titularidade do interesse a ser afetado pela decisão. Há casos em que a Administração decide sobre interesses coletivos ou difusos e há aqueles em que se trata de interesse privado.

Quando a decisão afetar interesse privado, a regra é a ausência de competência para a Administração atuar de ofício. A decisão e o procedimento que a antecederá dependerão de manifestação de vontade do interessado.

Já nos outros casos, de interesses coletivos ou difusos, a decisão reflete o desenvolvimento das atividades administrativas, cabendo ao titular da competência o dever de promovê-la independentemente de qualquer iniciativa de terceiros.

A distinção produz efeitos relevantes, para fins procedimentais. Num caso, o particular é titular da faculdade para desencadear a atividade administrativa. No outro, a Administração é titular do dever-poder de dar prosseguimento à atividade. Em ambos os casos, haverá a necessidade de procedimento, mas as regras sobre sua instauração serão distintas.

6.7.3 A instauração do procedimento para decisão sobre interesse privado

Nos casos em que a produção da decisão depende de provocação de um terceiro, é evidente que a Administração não disporá de competência para instaurar procedimento algum. O particular escolherá a oportunidade para pleitear à Administração que exerceite sua faculdade decisória. Essa iniciativa do particular será uma manifestação da titularidade do interesse ou de um direito privado.

6.7.4 A instauração de procedimento para decisão sobre interesses transindividuais

Em outras hipóteses, a decisão envolve preponderantemente interesses coletivos ou difusos, transindividuais, ainda que possa afetar indiretamente interesses

privados específicos. Nesse caso, caberá à Administração produzir a decisão sem depender da provocação de um terceiro.

A relevância dos interesses supraindividuais em jogo ou dos potenciais efeitos sobre os interesses privados determina a complexidade do procedimento a ser adotado, segundo o princípio da proporcionalidade.

6.7.5 *Formalidades complementares à instauração do procedimento*

Uma vez instaurado um procedimento, a Administração deverá adotar as providências complementares impostas pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, se houver potencialidade de interesses de terceiros serem afetados, caberá divulgar a existência do procedimento e as perspectivas de decisão. Deverá ser facultada a intervenção de qualquer potencial interessado, na defesa de seu ponto de vista.

6.7.6 *A fase de instrução*

Uma vez promovida a instauração do procedimento e executadas as formalidades complementares, deverá produzir-se a colheita de informações e a oportunidade de manifestação de potenciais interessados.

Aplicam-se aqui as considerações realizadas anteriormente. Em essência, a disciplina discricionária é outorgada para a produção da decisão mais satisfatória e compatível com as necessidades confiadas ao Estado. Isso significa a invalidade de decisões desacompanhadas de avaliação minuciosa sobre os fatos e não fundadas no conhecimento técnico-científico disponível. Se houver margem de escolha a ser realizada, de cunho discricionário, tal escolha deverá ser exercitada do modo mais bem informado e racional possível.

Logo, a atividade administrativa de instrução é indispensável à validade de uma decisão discricionária. Isso significa a possibilidade de questionamento da validade de uma decisão sob fundamento de que a Administração não adotou as providências necessárias à perfeita avaliação da melhor solução para o caso concreto? A resposta é positiva. Aliás, a questão é de evidência cristalina. Se a Administração dispõe de competência para escolher a melhor solução, segundo juízo de conveniência e oportunidade, não poderá qualificar sua decisão concreta como a melhor se não tiver adotado as providências necessárias a avaliar outras possíveis alternativas. É essencial reconhecer que competência para emitir decisão discricionária não equivale à competência para produzir uma decisão qualquer, uma decisão arbitrária, adotada ao sabor da conveniência “pessoal” do agente. Assim, é cabível o controle sobre a correção da decisão adotada no exercício de competência discricionária, pois igualmente sujeita aos princípios regentes da Administração Pública.

Sempre que a decisão for apta a afetar interesses privados específicos ou em que houver intervenção de terceiros, deverá dar-se a todos a oportunidade não

apenas de manifestação, mas também de produção de provas. Será relevante ouvir especialistas, realizar exames de campo, produzir perícias técnicas. Certamente, essa cautela se traduzirá na produção de decisões muito mais bem fundamentadas e reduzirá o risco de exercício desastrado das competências públicas.

6.7.7 Fase de decisão

Esgotada a produção de provas, a Administração deverá decidir. Essa decisão refletirá a natureza da competência outorgada e o modelo normativo adotado. É fundamental destacar que a autonomia prevista na norma não se traduz, necessariamente, em margem ampla de liberdade no caso concreto. As informações disponíveis poderão conduzir a Administração a constatar que inúmeras alternativas, teoricamente imagináveis, são concretamente inviáveis ou absolutamente lesivas ao patrimônio público ou privado.

A decisão deverá ser orientada pelo princípio da proporcionalidade, o que envolve a necessidade de uma avaliação de custos e benefícios. Será inválida decisão administrativa destituída dessa ponderação, mesmo que produzida no exercício de competência discricionária.

Mais ainda, a decisão deverá ser motivada, com indicação exata e precisa das razões que a motivaram. Essa motivação deverá ser completa, apontando as diversas variáveis e possibilidades. Não será válida decisão sumária a ponto de omitir as razões que fundamentam a conclusão atingida.

Assim, é nula a motivação de decisão fundada apenas em “razão de interesse público”. Não se compadece com a ordem jurídica a simples afirmativa de que certa situação atende ao interesse público. Em primeiro lugar, o vício deriva de ser o “interesse público” uma expressão indeterminada, incapaz de indicar, no caso concreto, os benefícios e desvantagens que uma solução trará para o Estado e para a comunidade. Depois, porque a avaliação quanto ao interesse público é sempre complexa e envolve uma pluralidade de potenciais interesses, que podem estar em contraposição. Essa complexidade deverá ser exposta e avaliada.

Também é inválida a decisão discricionária fundada apenas em manifestações técnicas ou jurídicas. Se existe um componente decisório fundado na escolha pessoal do governante, deverá ele expor essa escolha de modo claro e inquestionável. Não cabe remeter a responsabilidade da decisão político-administrativa a um parecer que avaliou o tema sob outro ângulo.

6.8 A questão da preclusão e da coisa julgada administrativa

A procedimentalização da atividade administrativa conduz à inevitável incorporação dos institutos da preclusão e da coisa julgada administrativa ao âmbito do direito administrativo.³⁰

30. Sobre o tema, cf. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 463 e 1.063; e MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 731 et seq.