

VERA MARIA LOUZADA VELLOSO

**A MOTIVAÇÃO COMO INSTRUMENTO
DE CONTROLE
DO ATO ADMINISTRATIVO**

Mestrado em Direito

PUC/SP
SÃO PAULO
2006

VERA MARIA LOUZADA VELLOSO

**A MOTIVAÇÃO COMO INSTRUMENTO
DE CONTROLE
DO ATO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo, sob orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

PUC/SP
SÃO PAULO
2006

Banca Examinadora

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos.

São Paulo, 31 de agosto de 2006

Ao PEDRO PAULO,
companheiro de todas as horas, com imenso amor

AGRADECIMENTOS

A DEUS pela oportunidade.

Aos desembargadores federais do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região
pelo inestimável apoio.

À Professora DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI pelo estímulo e compreensão
no desenrolar deste trabalho, meu reconhecimento.

Ao Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO pelo auxílio
na descoberta de novos horizontes.

À Professora MARIA HELENA DINIZ pela dedicação ao magistério.

Ao Professor PAULO DE BARROS CARVALHO pela presteza e solicitude.

Ao Professor JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA pela amizade e colaboração.

Ao saudoso PROFESSOR CELSO RIBEIRO BASTOS pela lição de superação.

Aos meus pais JENNY e **AMAURY** pelo exemplo de vida, integridade e fé.

Aos meus filhos FELIPE, DANIEL e GABRIEL pelo tempo roubado
à nossa convivência.

“De quanto no mundo tenho visto
o resumo se abrange nestas cinco palavras:
não há justiça sem Deus.”

(RUI BARBOSA)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo abordar a motivação como um dos mais importantes instrumentos de controle do ato administrativo, cujos pilares de sustentação decorrem do Estado Democrático de Direito e demais princípios constitucionais da Administração Pública. Para tanto, partiu-se do ato administrativo e de sua sistematização, situando-se a motivação em sua estrutura, seu conceito, natureza jurídica, fundamentos e teleologia.

O tema não é novo, mas apresenta-se renovado diante do advento da Constituição Federal de 1988 e das leis gerais de processo administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, sobressaindo-se sua dimensão material, a par da dimensão formal, com repercussão nos vícios de motivação e, por via de consequência, no regime de invalidação (diferentes reações da ordem jurídica) e controle dos atos administrativos.

A plurifuncionalidade da motivação revela suas múltiplas facetas, cuja abordagem contou com a relevante contribuição do direito comparado e da jurisprudência dos pretórios pátrios e alienígenas. O controle do ato administrativo sobreleva-se como uma das finalidades precípua da motivação, com ênfase no controle jurisdicional no âmbito do controle externo, além do precontencioso ou preventivo no âmbito interno e demais modalidades de controle externo.

O estudo não olvidou as demais funções da motivação e seu entrelaçamento com aspectos outros que tocam de perto ao tema. O Estado Democrático de Direito e demais princípios da Administração Pública, aos quais a motivação se vincula, não se coadunam com a atuação administrativa sem controle. Cuidou o estudo com mais detença do controle dos aspectos discricionários do ato administrativo, hipótese em que a motivação ganha vulto em razão da apreciação valorativa que envolve. Privilegiou o controle dos limites da discricionariedade, seja no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados ou não, enfrentando o mal compreendido mérito administrativo, no qual a motivação atua a um só tempo como instrumento de controle e limite à discricionariedade administrativa.

São, por fim, apresentadas sínteses conclusivas.

Palavras-chave: motivação – controle – garantia.

ABSTRACT

The present study aims at approaching motivation as one of the most important instruments of control of the administrative procedure, whose foundations are a result of the Democratic Rule-of-Law State and other constitutional principles of the Public Administration. For this purpose, beginning from the administrative procedure and from its systematization, motivation was addressed regarding its structure, concept, legal nature, foundations and teleology.

The subject is not new, however, it is presented renewed facing the Federal Constitution of 1988 and the general laws of administrative process in the Brazilian legal system, chiefly its material dimension, as well as its formal dimension, with repercussion in the vices of motivation and, as a consequence, in the regimen of invalidation (different reactions of the legal system) and control of the administrative procedures.

The plurifunctionality of the motivation discloses its multiple faces, including the relevant contribution of the comparative law and of the jurisprudence of the Brazilian and foreign courts. The control of the administrative act shows as one of the most important purposes of motivation, with emphasis in the jurisdictional control in the scope of the external control, beyond the prelitigation or preventive in the internal scope and other modalities of external control.

The study did not forget the other functions of motivation and its interlacement with other aspects regarding the subject. The Democratic Rule-of-Law State and other principles of the Public Administration to which the motivation ties do not match with the administrative performance without control. The study dedicated special attention to the control of the discretionary aspects of the administrative procedure, in which the motivation is important due to value appreciation. It privileged the control of the limits of the discretionarity, either in the scope of the indeterminate legal concepts or not, facing the misunderstood administrative merit, in which the motivation acts at the same time as a instrument of control and limit to the administrative discretionarity.

Conclusive syntheses are, finally, presented.

Keywords: motivation – control – guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO – ATO ADMINISTRATIVO	
1.1 Conceito.....	16
1.2 Elementos e pressupostos.....	18
1.2.1 Elementos do ato	20
1.2.2 Pressupostos de existência.....	23
1.2.3 Pressupostos de validade	23
CAPÍTULO II – MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO	
2.1 Conceito.....	35
2.2 Terminologia: motivação, fundamentação, justificação.....	41
2.3 Natureza jurídica.....	46
2.4 A vinculação da motivação com os princípios constitucionais da Administração Pública	52
2.4.1 Estado Democrático de Direito.....	55
2.4.2 Legalidade.....	57
2.4.3 Razoabilidade	61
2.4.4 Moralidade	66
2.4.5 Publicidade.....	73
2.5 Teleologia da motivação	77
2.5.1 Controle da função administrativa.....	80
2.5.2 Interpretação do ato administrativo	83
2.5.3 Integração de interesses indispensável a uma Administração democrática.....	89
2.5.4 Eficiência e Administração: interesse público – grau ótimo – otimização de meios e fins	94
2.6 Requisitos da motivação	101
2.6.1 Suficiência.....	101
2.6.2 Clareza.....	104
2.6.3 Congruência.....	105
2.6.4 Tempestividade ou contemporaneidade	106
2.7 Composição da enunciação lingüística dos motivos: contextual e aliunde	110
2.8 Teoria dos motivos determinantes	113

CAPÍTULO III – OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

- 3.1 Contribuições do direito estrangeiro para o exame da matéria..... 118
- 3.2 Direito brasileiro 127

CAPÍTULO IV – INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO EM RAZÃO DE VÍCIO DE MOTIVAÇÃO

- 4.1 Panorama geral da invalidação do ato administrativo..... 147
- 4.2 Correlação dos vícios de motivação com a invalidação dos atos administrativos 159
 - 4.2.1 Nulidade 162
 - 4.2.2 Anulabilidade..... 171
 - 4.2.3 Irregularidade 173

CAPÍTULO V – O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO A PARTIR DA MOTIVAÇÃO

- 5.1 Modalidades de controle do ato administrativo 177
 - 5.1.1 Social 179
 - 5.1.2 Administrativo..... 184
 - 5.1.2.1 Controle dos atos endoprocessuais..... 191
 - 5.1.2.1.1 Fase de iniciativa 194
 - 5.1.2.1.2 Fase instrutória 195
 - 5.1.2.1.3 Fase decisória ou deliberativa 200
 - 5.1.2.1.4 Fase controladora ou integrativa 201
 - 5.1.2.1.5 Fase de comunicação..... 202
 - 5.1.2.1.6 Fase recursal 205
 - 5.1.3 Parlamentar..... 207
 - 5.1.4 Tribunal de Contas..... 212
 - 5.1.5 Ministério Público 216
 - 5.1.6 Judicial 218
 - 5.1.6.1 A motivação na jurisprudência brasileira 231
 - 5.2 Diferença de incidência no regime da vinculação e discricionariedade .. 245
 - 5.2.1 Motivação e controle dos atos praticados no exercício da competência vinculada..... 248
 - 5.2.2 Motivação e controle dos atos praticados no exercício da competência discricionária 252
 - 5.2.2.1 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade 253
 - 5.2.2.2 Discricionariedade e mérito 263
 - 5.2.2.3 Controle dos limites da discricionariedade..... 270

CONCLUSÃO..... 284

BIBLIOGRAFIA 306

INTRODUÇÃO

A presente dissertação objetiva abordar a motivação como instrumento de controle do ato administrativo.

O tema não é novo, mas merece ser revisitado diante da edição das leis gerais de processo administrativo nos âmbitos federal e estadual.

A partir do Estado de Direito toda atividade estatal somente pode ser exercida em conformidade com a lei e o direito, desempenhando a motivação, como instrumento de controle, papel primordial no exercício da função administrativa.

Ao lado da função informativa a motivação realiza a função de justificação da decisão, operando em relação à opinião pública como uma espécie de controle difuso e democrático (exercido *uti civis* por cada membro da sociedade), bem como em relação aos interessados e potenciais recorrentes, denotando a motivação do ato administrativo, na primeira hipótese, o mesmo fundamento que a exigência de motivação da sentença (quanto ao caráter extraprocessual e não endoprocessual), além de facilitar a interpretação e o controle do ato emanado no exercício da função administrativa.

A motivação não foi expressamente agasalhada pela Constituição Federal entre os princípios da Administração Pública relacionados no art. 37, constando apenas tal exigência para as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X, com a redação dada pela EC 45/2004) e do Ministério Público (art. 128, § 4.º, com a redação dada pela EC 45/2004). Sua observância, porém, com maior razão, se aplica à Administração Pública no exercício das suas funções típicas, inclusive em decorrência de outros princípios constitucionais (a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade), e por consagração infraconstitucional expressa (Lei 9.784/1999, arts. 2.º, *caput*, e 50).

Visando atingir o cerne da proposta em estudo, tem-se com uma das premissas que a motivação é uma exigência do Estado Democrático de Direito e

demais princípios da Administração Pública com os quais se vincula (fundamentos), não apenas sob a ótica do administrado, mas em razão do próprio interesse público, diante do potencial de controle que engloba na aferição da legitimidade do ato administrativo, máxime no âmbito do controle judicial, afastando o arbítrio e o despotismo das autoridades que a ordem jurídica constitucional repudia e o regime democrático deplora.

Parte o presente trabalho de uma categoria de atos jurídicos dentre os diversos atos produzidos pela Administração Pública na realização das inúmeras tarefas que lhe competem, os quais surgiram para individualizar um tipo de ato estatal, cujas características evidenciam pontos de antinomia em relação aos demais atos típicos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou seja, o ato administrativo, em cuja estrutura a motivação se aloja.

Para o desenvolvimento da matéria no Capítulo I faz-se necessária uma sistematização doutrinária do ato administrativo, fracionando-o em elementos e pressupostos a fim de melhor estudá-lo e situar a motivação em sua estrutura.

Esta será conceituada no Capítulo II num sentido abrangente, perpassando-se por sua natureza jurídica, seus fundamentos, sua teleologia nas múltiplas facetas, requisitos legais e doutrinários, pontuando-se a composição da enunciação lingüística dos motivos, ou seja, contextual ou *aliunde*, bem como da teoria dos motivos determinantes.

No Capítulo III apresenta-se a contribuição do direito estrangeiro para o exame da matéria e aborda-se a questão da obrigatoriedade do dever de motivar e seus temperamentos no direito brasileiro.

Por sua vez, o Capítulo IV cuida da invalidação do ato administrativo em razão de vício de motivação, partindo de um panorama geral da invalidação do ato administrativo na classificação adotada e correlacionando os vícios de motivação com as hipóteses de invalidação e as diferentes reações na ordem jurídica.

Pontuam-se a nulidade, anulabilidade ou irregularidade dos atos administrativos a depender do tipo de vício de motivação que venham a ostentar, a partir da presença ou não dos diferentes requisitos legais da motivação, apontados no Capítulo II.

O Capítulo V cuida do controle dos atos administrativos a partir da motivação, conceituando e delimitando suas diferentes modalidades, seja no âmbito interno ou externo, quais sejam: social; administrativo (incluído o controle dos atos endoprocessuais); parlamentar; Tribunal de Contas; Ministério Público e Judicial.

Referido capítulo cuida também da evolução da motivação na seara dos Tribunais Superiores, bem como, de forma mais detida, da motivação e do controle dos aspectos vinculados e discricionários do ato administrativo, previamente analisados no mesmo capítulo, com ênfase no controle dos limites da discricionariedade.

Os textos estrangeiros citados, quando não transcritos de outras obras, foram traduzidos para o português pela autora deste trabalho, respeitado o seu sentido original, sujeitos, no entanto, às limitações inerentes às traduções dessa natureza.

CAPÍTULO I

ATO ADMINISTRATIVO

No exercício da função administrativa, o Estado contemporâneo desempenha uma atividade bastante diversificada para realizar as múltiplas tarefas que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico. Desincumbindo-se de seus deveres, a Administração Pública produz atos jurídicos e fatos jurídicos.

O ato jurídico é espécie do gênero fato jurídico e, como a própria denominação sugere, produz efeitos jurídicos. A diferença entre fato e ato jurídico pode ser reduzida à teoria de Hans Kelsen: o ato jurídico é prescritivo e pertence ao mundo do “dever ser”, enquanto o fato jurídico pertence ao mundo do “ser”, não determina nada. É a lei quem fala sobre ele. Os atos jurídicos são dicções jurídicas, ou seja, declarações, comandos prescritivos de direito; os fatos jurídicos são eventos, acontecimentos fáticos, ocorrências não-prescritivas, às quais o Direito atribui conseqüências jurídicas¹.

Dessa totalidade de atuações que implicam alterações no mundo do direito, importa separar a categoria “ato administrativo”, que surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, marcado pela existência de características que evidenciam pontos de antinomia em relação aos atos civis e aos atos típicos dos Poderes Legislativo e Judiciário (lei e sentença, respectivamente).

A elaboração da teoria do ato administrativo nasceu da concepção de separação de funções e do advento do Estado de Direito. Décio Carlos Ulla registra que a noção de ato administrativo é contemporânea ao constitucionalismo, ao aparecimento do princípio da separação de poderes e à sujeição da Administração Pública ao Direito (Estado de Direito), ou seja, é produto de certa concepção ideológica; só existe nos países em que se reconhece a existência de um regime

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 348.

jurídico-administrativo, a que se submete a Administração Pública, diferente do regime de direito privado².

Dessa forma, a concepção de ato administrativo teve origem e se desenvolveu nos países filiados ao sistema europeu continental, em particular França, Itália e Alemanha³.

1.1 Conceito

Na ausência de um conceito legal de ato administrativo, existem divergências entre os autores e inúmeros critérios têm sido admitidos para conceituá-lo. Ninguém pode arvorar-se o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro que o outro. Independentemente da conceituação adotada, é pacífico o entendimento de que o ato administrativo provém do exercício da função administrativa⁴, seja ela típica ou atípica, ou dos que façam as vezes do Estado.

O ato administrativo é um ato jurídico, eis que produz efeitos jurídicos, e, assim sendo, aloja-se no gênero fato jurídico. Sendo o ato jurídico um ato prescritivo, produtor de efeitos jurídicos, pode-se afirmar que será considerado ato administrativo quando exarado pelo Estado – ou por quem lhe faça as vezes – no exercício da função administrativa.

O destaque desse pressuposto tem relevância na medida em que, sem essa característica, o ato deixaria de ser administrativo para ser apenas um ato jurídico.

Marcos M. Fernando Pablo anota que o ato administrativo é um ato jurídico, sem que seja necessário qualificar a intencionalidade que preside a manifestação exterior como declaração de vontade negocial, enquanto os efeitos se produzirão,

² Décio Carlos Ulla. *Concepto y caracteres del acto administrativo. Acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 24.

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 202.

⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, função administrativa “é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (*Curso de direito administrativo*, p. 36).

não tanto por efeito da vontade ou intencionalidade, quanto pela norma aplicada, a norma atributiva da “potestade”, ou da norma na presença da qual se atua⁵.

A qualificação como ato jurídico permite afirmar que os componentes estruturais do ato administrativo são a declaração e os efeitos jurídicos, embora posteriormente cada autor inclua, em cada uma destas perspectivas, elementos ou requisitos diferentes, ou se refira a eles com terminologia distinta⁶.

Neste passo, convém, desde logo, ressaltar que se acompanha a proposição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, partindo da noção de ato jurídico, dá uma acepção ampla e restrita de ato administrativo. Em sentido lato, ato administrativo é a:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁷.

Nesse conceito estão abrangidos atos gerais e abstratos, como os regulamentos, as instruções e muitas resoluções, além dos atos convencionais, como os denominados contratos administrativos⁸.

Esclarece esse autor, na seqüência, que pode ocorrer que a Constituição regule, excepcionalmente, de modo totalmente vinculado, um determinado comportamento administrativo *obrigatório*, ocasião em que poderá “haver ato administrativo imediatamente infraconstitucional, pois a ausência de lei, da qual o ato seria providência jurídica de caráter complementar, não lhe obstará à expedição”⁹.

Em sentido restrito, Bandeira de Mello conceitua ato administrativo com os mesmos termos empregados, acrescentando as características: concreção e unilateralidade, ou seja,

⁵ *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 184.

⁶ Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 184.

⁷ *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 358.

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 358.

⁹ *Ibidem*, p. 359.

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁰.

1.2 Elementos e pressupostos

O ato administrativo costuma ser fracionado em elementos, “como abstração visando a facilitar-lhe o estudo”¹¹. Umberto Fragola fala, por analogia com as ciências médicas, em anatomia do ato administrativo, para indicar os elementos que o compõem; pretende, com isso, examinar os vícios que esses elementos possam apresentar sob o título de patologia dos atos administrativos¹².

Os autores dissentem quanto ao nome, ao número e à identificação de elementos dos atos administrativos. Muitas vezes, porém, a divergência procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, fundem ou desdobram os mesmos preceitos.

A terminologia entre os autores varia. Alguns usam a palavra requisitos, como Hely Lopes Meirelles¹³, para mencionar as figuras referidas. Oswaldo A. Bandeira de Mello fala em causas do ato administrativo, valendo-se dessa expressão no sentido aristotélico-tomista de “causas do ser”¹⁴.

No Brasil utilizam-se elementos, quase que de forma geral. Na Europa e na América Latina se encontram tanto elementos como requisitos¹⁵. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade”¹⁶. Lembra que no direito privado os elementos do ato jurídico (ou negócio jurídico, na terminologia do Código Civil de 2002) são o sujeito,

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 360.

¹¹ *Ibidem*, p. 362-363.

¹² Umberto Fragola. *Gli atti amministrativi*. 2. ed. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1964. p. 12.

¹³ *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 150.

¹⁴ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1969. v. 1, p. 438-439.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 363.

¹⁶ *Direito administrativo*, p. 213.

o objeto e a forma, o que denota as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo.

O ordenamento jurídico brasileiro, no art. 2.º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.06.1965), faz menção à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade como elementos do ato administrativo, assim como Hely Lopes Meirelles¹⁷ definindo-os no parágrafo único do mesmo artigo. A Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784, de 29.01.1999), em seu art. 2.º, parágrafo único, faz menção aos critérios que deverão ser observados para a validade dos processos administrativos, enquanto a Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo (Lei 10.177, de 30.12.1998), no art. 8.º, aponta como inválidos os atos administrativos emanados por pessoa jurídica, órgão ou agente incompetente, com omissão de formalidades ou procedimentos essenciais, com impropriedade do objeto, inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito, desvio de poder, falta ou insuficiência de motivação.

Contrariando a maioria da doutrina, Queiró entende que a divisão do ato administrativo em elementos serve mais para complicar do que facilitar a sua análise. São suas palavras:

O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes fatos, a competência e os fins ou atribuições da Administração são essencialmente uma e a mesma coisa. São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas de direito administrativo¹⁸.

Em face da ausência de concordância doutrinária sobre a inclusão ou exclusão de certos requisitos, dependendo da ótica de quem faz a seleção, acompanha-se a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello, que separa os elementos do ato administrativo (conteúdo e forma) dos seus pressupostos, os quais, por sua vez, dividem-se em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência (objeto, pertinência ao exercício da função administrativa) e de validade, isto é, de sua lisura jurídica (sujeito – pressuposto

¹⁷ *Direito administrativo brasileiro*, p. 150-151.

¹⁸ Afonso Rodrigues Queiró. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: ———. *Estudos de direito público*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989. v. I, p. 103-104.

subjetivo; motivo e requisitos procedimentais – pressupostos objetivos, finalidade – pressuposto teleológico, causa – pressuposto lógico e formalização – pressuposto formalístico). Não inclui a vontade, nem entre os elementos – pois, quando existente ou quando valorada pelo direito, precede o ato, sendo, pois, impossível considerá-la como parte componente dele – nem entre os pressupostos, por se tratar de uma realidade psicológica, e não jurídica¹⁹.

Razão assiste ao autor²⁰ quando afirma que a expressão “elementos do ato administrativo” é imprópria para indicar os requisitos do ato administrativo por denotar a idéia de “parte componente de um todo”, não sendo adequada, portanto, para expressar a totalidade dos requisitos, tendo em vista que alguns deles são exteriores ao ato administrativo²¹.

Decompor o ato administrativo e analisar cada um de seus elementos e pressupostos permitirá visualizar a motivação do ato administrativo, que constitui o objeto central do presente trabalho.

1.2.1 Elementos do ato

O conteúdo do ato administrativo pode ser identificado como seu núcleo, sua razão de ser. É o que produz alteração nas relações jurídicas, sendo, muitas vezes, apontado por grande número de doutrinadores como sinônimo do objeto do ato administrativo²². No entanto, é necessário distingui-los a fim de não se privilegiar a imprecisão na dissecação do ato administrativo.

Para Diógenes Gasparini o conteúdo “é aquilo para que o ato administrativo se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 364-366.

²⁰ *Ibidem*, p. 364.

²¹ Nessa linha, Régis Fernandes de Oliveira sustenta que não existem elementos do ato administrativo se o objetivo é decompô-lo em sua essência. A compreensão dos elementos como parte de um todo só permite identificar como tal o conteúdo e a forma (*Ato Administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 65-66).

²² Nesse sentido: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 80; André Gonçalves Pereira. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. p. 99.

ordenamento jurídico”. O objeto “é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo”²³.

Na esteira de Zanobini, Régis Fernandes de Oliveira ressalta que o conteúdo é o que o ato dispõe, ordena, permite, atesta ou certifica. Ou seja, o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é o objeto do ato. Exemplifica citando um ato demissional de servidor público, no qual o conteúdo do ato é a demissão que recai sobre a relação funcional do agente com a Administração, que se constitui, no caso, em objeto do ato²⁴.

Diante dessas duas realidades distintas, considera-se o conteúdo como um elemento do ato administrativo e, conseqüentemente, ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de nulidade.

A forma é um elemento do ato administrativo e consiste em meio de exteriorização do mesmo; é o modo pelo qual revela sua existência ao mundo e possibilita externar seu conteúdo alterando, assim, relações jurídicas. É parte integrante do ato: sem forma não existe ato administrativo, pois a intenção precisa ser exteriorizada para que passe a existir no ordenamento jurídico, eis que o direito não se ocupa de pensamentos ou meras ilações.

De acordo com André Gonçalves Pereira, a forma é o modo pelo qual se revela a vontade administrativa, e, tendo em conta que o ato administrativo é um ato jurídico, deve haver um mínimo de manifestação de vontade exteriorizada para que exista²⁵.

Faz-se mister atentar que forma, na acepção enunciada, não se confunde com formalização, pressuposto formalístico, modo específico de apresentação da forma que, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, consiste em “uma dada solenização requerida para o ato”²⁶.

²³ *Direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67.

²⁴ *Ato administrativo*, p. 70.

²⁵ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 99.

²⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 367.

A esse mesmo respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que,

quando se fala em formalismo do ato administrativo, o que se quer afirmar é a necessidade de que ele seja “expresso” e “escrito”, salvo hipóteses excepcionais de atos verbais ou até mesmo tácitos. Não significa o formalismo que todos os atos administrativos tenham forma determinada pela lei²⁷.

Sustenta Renato Alessi que a atividade volitiva da Administração não precisa de declaração expressa, bastando que tenha reconhecimento exterior inequívoco, razão pela qual podem existir atos tácitos, desde que respeitem essa condição²⁸.

A lei pode, por exemplo, estabelecer que a exteriorização do ato seja feita por escrito, devendo, nesse caso, a Administração obedecer ao preceito legal. No caso de silêncio normativo a esse respeito, a Administração, sem ater-se a uma forma obrigatória específica, poderá escolher a forma de enunciar o ato administrativo, desde que essa escolha garanta a Administração e o administrado em seus direitos. Também pode a lei facultar à Administração a liberdade de escolha quanto à forma de revestimento de certo ato administrativo, como ocorre quando uma orientação administrativa pode ser exarada por circular ou por portaria intersecretarial.

A escolha discricionária da Administração quanto à forma do ato administrativo deverá, portanto, sempre observar o ritual formalístico mínimo imprescindível à validade do ato perante o ordenamento jurídico e a defesa dos particulares diante da Administração.

Se, por um lado, os elementos são imprescindíveis à existência de qualquer ato administrativo, pois são suas partes integrantes, por outro, sem os pressupostos (que são anteriores à existência do ato administrativo), não há que falar em ato administrativo válido.

²⁷ *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p. 83.

²⁸ *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 255-256.

1.2.2 Pressupostos de existência

Objeto “é aquilo sobre o que o ato dispõe”²⁹, não integrando o ato e possuindo relevância autônoma. Weida Zancaner qualifica o objeto como

“condição” ou “pressuposto de existência do ato”, pois sua ausência, ou a existência de um objeto impossível de ser albergado pelo ordenamento jurídico, não torna o ato inválido, mas, ao menos em nosso entender, o faz material ou juridicamente impossível, conforme o caso³⁰.

A pertinência do ato ao exercício da função administrativa é da máxima importância, tendo em vista que o ato deve estar adstrito à função administrativa, da qual o ato é a realização concreta. Mister que o ato seja imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, sob pena de haver ato jurídico, mas não ato administrativo.

1.2.3 Pressupostos de validade

Sujeito (pressuposto subjetivo) é a pessoa a quem a lei atribuiu a competência para a prática do ato; é o produtor do ato; é quem detém os poderes jurídico-administrativos imprescindíveis para produzi-lo. É exterior ao ato, com ele não se confundindo; não se constitui elemento seu, mas uma condição à sua validade.

A competência é conferida por lei aos agentes públicos para que a exerçam de acordo com as finalidades e nos limites por ela traçados. Nesse sentido afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

o sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público. A competência para a prática de atos administrativos é fixada em lei; é “inderrogável”, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros, embora possa ser

²⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 367.

³⁰ *Da convalidação e da invalidação do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31-32.

objeto de “delegação” ou “avocação”, desde que não conferida a determinado órgão ou agente com exclusividade³¹.

A propósito, sustenta Régis Fernandes de Oliveira que o sujeito é “alguém dotado de quantidade de poder que lhe foi atribuída pelo sistema normativo”, tendo “competência para a prática do ato” e “capacidade específica para a realização de determinado ato”³².

No que tange ao pressuposto subjetivo, é preciso atentar também para o aspecto inerente à capacidade da pessoa jurídica, às atribuições do órgão, à competência do agente e à existência ou não de impedimentos para o seu exercício no caso concreto³³, pois, dependendo da situação, tais vícios poderão implicar a invalidação do ato ou permitir sua convalidação, se houver o atendimento do interesse público de forma excelente.

Os pressupostos objetivos referem-se aos motivos e aos requisitos procedimentais necessários à emanção do ato.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello o motivo é o mesmo que causa ocasional do ato administrativo, a qual consiste no motivo que solicita a vontade do agente para praticá-lo. “Corresponde, na realidade, à consideração do fato em face do direito, que influi sobre a vontade do agente para decidi-lo a praticar o ato ou sobre o modo de praticá-lo, isto é, ao seu fundamento.”³⁴ Dessa forma, tanto os elementos quanto os pressupostos do ato se inserem nas “causas”.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello o motivo “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”³⁵. Constitui a situação do mundo empírico, real, apta a desencadear a prescrição administrativa e, portanto, externa ao ato administrativo.

³¹ *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p. 80.

³² *Ato administrativo*, p. 68.

³³ José Roberto Pimenta Oliveira. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331.

³⁴ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 467.

³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 369.

Como antecedente lógico necessário à produção do ato, o motivo é indispensável à sua validade, e sua ausência o invalida, razão pela qual é um de seus pressupostos.

Quando expresso em lei, não confere ao agente margem de liberdade em sua atuação, o qual somente poderá praticar o ato em caso de ocorrência da situação legalmente prevista.

Por outro lado, na ausência de previsão legal, o agente terá liberdade de escolha do motivo (da situação) visando a prática do ato. Vale lembrar que, ainda que não haja previsão legal quanto aos motivos “propiciatórios” ou “exigentes” de um ato, não remanesce liberdade ao agente na expedição de um ato em face de um motivo qualquer ou na falta de motivo³⁶.

Nesse passo, José Osvaldo Gomes delimita o conceito de motivo ou fundamento, máxime diante das opiniões dissonantes, esclarecendo que alguns autores valem-se de “uma noção filosófica de motivo, concebido como toda a causa de natureza mental que produz ou tende a produzir uma ação voluntária, identificando os dois conceitos”, e procedendo a partir disso a uma análise dos motivos em sede da teoria da causa dos atos administrativos³⁷.

Outros autores, como André Gonçalves Pereira, distinguem motivo da causa do ato administrativo, conceituando-a como a relação de adequação entre os seus pressupostos e o objeto³⁸.

José Osvaldo Gomes adota a posição de Marcello Caetano³⁹, para quem a causa não é uma relação, mas um “antecedente de certo efeito”, entendendo ser despicienda a distinção entre causa e motivo em direito público, com fulcro em Gaston Jèze, conceituando “motivos ou fundamentos” como as razões de fato e de direito que determinaram o ato administrativo ou, na formulação de Marcello

³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 369-370.

³⁷ *Fundamentação do acto administrativo*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 48-49.

³⁸ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 122.

³⁹ *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, t. I, p. 481, nota 1.

Caetano, as razões de fato e de direito por que o órgão administrativo tomou certa decisão⁴⁰.

Destarte, José Osvaldo Gomes afasta-se dos autores que consideram “os motivos como os fatos objetivos, anteriores e exteriores ao ato, cuja existência determinou seu autor”, ou dos que “os concebem como o suporte fático da decisão”, ou, ainda, daqueles que “os identificam com a situação de fato existente no momento em que é tomada a decisão”. Critica ainda as concepções que tomam em conta “apenas os elementos ou razões subjetivas do agente”⁴¹.

Aduz o autor lusitano que, por força do princípio da legalidade, o agente administrativo deve levar em conta as duas ordens de motivos ou fundamentos, ou seja, de fato e de direito.

García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández alertam que nos atos administrativos há de “aparecer, por um lado, a realidade do pressuposto normativo de fato a que o ato se aplica, e, por outro, o serviço ao interesse público específico que constitui o fim próprio do poder administrativo que se exerce”⁴².

Conclui José Osvaldo Gomes que o motivo distingue-se do fim do ato, pois, “enquanto aquele respeita às razões determinantes do agente, este se refere ao para que da sua conduta”⁴³, afirmando que tais aspectos foram tidos em conta pelo Decreto-lei 256-A/1977, de 17 de junho, que preceituava que “a fundamentação deve ser expressa através da sucinta exposição dos fundamentos de fato e de direito da decisão”⁴⁴.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao se reportar aos diferentes enfoques dados ao termo “motivo” no direito administrativo, assinala uma “orientação subjetivista” e outra “objetivista”⁴⁵.

⁴⁰ *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, t. I, p. 479.

⁴¹ *Fundamentação do acto administrativo*, p. 49-50.

⁴² *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. t. I, p. 560.

⁴³ *Fundamentação do acto administrativo*, p. 50-51.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁵ *Motivo e motivação de ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979. p. 87-94 e 108.

Dentre os doutrinadores pátrios há prevalência da corrente “objetivista”, que, como visto, considera o motivo como situação de fato ou de direito para a prática do ato, deixando de conferir relevância ao aspecto da vontade do agente (psicológico) ao praticar o ato⁴⁶.

Deverá o motivo ser pertinente de forma lógica e racionalmente adequado ao conteúdo do ato, tendo sempre em mira o interesse visado pela lei. Figura como antecedente lógico necessário à produção do ato, sendo indispensável para sua validade. Por via de consequência, a ausência de motivo leva à invalidade do ato, eis que o fato previsto na norma não ocorreu, considerando-se que a prática do ato não estava autorizada, já que os poderes no âmbito da Administração não lhe são conferidos a fim de serem utilizados ao bel prazer dos agentes públicos, mas no cumprimento dos fins do Estado, vale dizer, no interesse público previsto na lei.

Resulta do que foi dito a inarredável demonstração do motivo do ato administrativo como garantia do interesse público, do administrado, possibilitando a aferição de sua validade pela própria Administração e pelo Poder Judiciário. Não há como visualizar eventuais vícios contidos no ato ou no curso do processo administrativo se a prática do ato não decorreu de um determinado fato realizado no mundo empírico, fato este contido na previsão legal. Não se verificando o fato previsto legalmente, o ato praticado foi motivado em fato inexistente com o consectário lógico de um ato inválido.

Motivo do ato não se confunde com a sua descrição na norma legal (motivo legal), a qual serve de embasamento legal ao primeiro como pressuposto objetivo do ato administrativo. Igualmente, o motivo não se confunde com o móvel, eis que o motivo importa numa situação objetiva, no pressuposto de fato do ato administrativo,

⁴⁶ Elucida Antônio Carlos de Araújo Cintra que uma corrente relevante se atém a uma noção subjetiva, psicológica do motivo do ato administrativo, representada pela concepção de Alessi que conceitua motivos como “a série de representações psicológicas que condicionaram a vontade da autoridade à emanação do ato” (*Instituciones e derecho administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 275), acompanhado por Jaccarino, Jèze, Juso, entre outros. Menciona também a corrente objetivista, igualmente autorizada, na qual o aspecto psicológico não apresenta relevância, representada por Laubadère ao se referir aos motivos como “fatos objetivos, anteriores e exteriores ao ato, e cuja existência levou seu autor a praticá-lo” (*Traité de droit administratif*. 6. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973. v. I, p. 539), acompanhada por Waline, bem como Celso Antônio Bandeira de Mello (Discricionariedade: fundamentos, natureza e limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 122, p. 1-19).

enquanto o móvel concerne à intenção do agente (representação interna, subjetiva do agente).

Em suma, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o motivo do ato difere do motivo legal e do móvel do agente, o que insere sua conceituação naquelas de caráter objetivista⁴⁷.

Destarte, motivo do ato (é objetivo, e daí ser pressuposto objetivo) é a própria situação fática que conduz à prática do ato; motivo legal (previsão legal) consiste na previsão abstrata dessa situação fática e móvel (subjetivo), é a intenção do agente na prática do ato, razão pela qual será relevante quando ensejar apreciação subjetiva do agente no caso concreto, com vistas à finalidade legal, como se dá no exercício da competência discricionária.

Dessume-se do exposto que, ao se adotar a corrente objetivista, não importa o aspecto interno do agente quanto ao motivo do ato, adquirindo o móvel relevância no exercício dos poderes discricionários.

Os requisitos procedimentais (pressuposto objetivo) consistem em atos que devem preceder a um determinado ato por imposição normativa. São atos jurídicos independentes, que praticados pela própria Administração ou por particulares constituem pré-requisito essencial para a válida produção de determinado ato administrativo. A título de exemplificação, o ato de adjudicação em uma concorrência só poderá ocorrer após o ato de classificação.

Ressalta Karina Houat Harb que, na ausência do pressuposto procedimental, “pode haver a convalidação do ato administrativo se for possível convalidar a ausência de ato do procedimento sem que haja o desvio de sua finalidade”⁴⁸.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “tanto o motivo como os requisitos procedimentais são condições para a prática de um certo ato. Mas diferem

⁴⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 370-371.

⁴⁸ *Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados*. 2001. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 80.

porque o motivo é um ‘fato jurídico’, ao passo que o pressuposto procedimental é um ato jurídico”⁴⁹.

A finalidade é o pressuposto teleológico do ato administrativo, disposto em lei, a qual confere competência para sua emanção, decorrendo daí a aquisição de tipicidade pelo ato. Consiste, assim, no bem jurídico objetivado pelo ato administrativo, no resultado previsto em lei como o adequado à tipologia do ato, e, ainda, no alcance dos objetivos insertos no ato (é o objetivo inerente à categoria do ato).

A identidade categorial do ato administrativo, da qual também nos fala Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, reside em sua subordinação ao fim previsto para o ato (para sua categoria) no direito positivo.

Karina Houat Harb, na esteira de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰, confere dois sentidos à concepção da finalidade como pressuposto de validade do ato:

em sentido amplo é, a rigor, o interesse público a finalidade maior e precípua da Administração e, em sentido restrito, é o fim específico que a lei atribui a cada ato, tipificando-o como hábil para alcançá-lo. Por isso, todo resultado objetivado pela lei, como finalidade corresponde a uma categoria específica de ato administrativo, estará sempre fundamentado no alcance do interesse público de alguma forma⁵¹.

Sustentam alguns autores⁵² a impossibilidade de uma atuação administrativa evitada de discricionariedade quanto ao fim da lei, dado o fato de ser a finalidade genérica da norma o interesse público.

Divergindo da opinião majoritária da doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim, salientando:

embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em *certa medida*, de uma apreciação

⁴⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 377.

⁵⁰ *Direito administrativo*, p. 220.

⁵¹ *Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados*, p. 80.

⁵² Dentre eles, destaquem-se Roger Bonnard, García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández.

subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*⁵³ (grifos do autor).

Na mesma trilha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que, embora a Administração esteja sempre vinculada a fins de interesse público,

isso não é suficiente para afastar certa margem de discricionariedade quando os fins têm que ser analisados em relação a cada caso concreto. É aqui que se coloca, do mesmo modo que no motivo do ato, a questão dos conceitos indeterminados, quando a lei se refere à finalidade do ato como sendo a ordem pública, a moralidade, o bem-estar, o interesse público, o bem comum, e não há critérios objetivos que permitam concluir, em cada caso, o que é melhor para a consecução daqueles objetivos, ainda que a Administração tenha que observar determinadas limitações, como a competência, a forma, a motivação, a proporcionalidade dos meios aos fins, a razoabilidade⁵⁴.

Nesse sentido, também ressalta Marçal Justen Filho:

Afirmar que o aplicador da norma está vinculado a realizar o interesse público configura uma simplificação. É evidente que o exercente de função pública tem o dever de dispor das competências públicas para satisfazer fins a ele alheios, mas isso não significa a ausência de atribuição de competência para promover a ponderação desses fins. Assim colocada a questão, é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos, o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de organização dos diferentes “fins de interesse público”. [...] É relevante colocar em destaque a ocorrência de discricionariedade quanto aos fins para propiciar seu controle e evitar que a invocação genérica ao “interesse público” constitua a forma pela qual escolhas inadequadas sejam adotadas e se tornem imunes ao controle⁵⁵.

Há, portanto, consenso doutrinário no sentido de que todo ato administrativo deve ser voltado ao atendimento do interesse público; a discricionariedade, por sua vez, deve ser utilizada com o fito único de atingir a finalidade da norma da melhor maneira possível. Dessa forma, quando o agente se vale de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em “desvio de poder” ou

⁵³ *Curso de direito administrativo*, p. 399.

⁵⁴ *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p. 86.

⁵⁵ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 169.

“desvio de finalidade”⁵⁶. O desvio de poder vicia a finalidade do ato que emanou em dissonância com a finalidade legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello resume de modo preciso o desvio de poder, dizendo que “ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida”⁵⁷.

A causa como pressuposto lógico é definida por André Gonçalves de Oliveira como uma “relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”⁵⁸, ou seja, é a relação existente entre o motivo do ato e o seu conteúdo.

No entanto, com vistas à avaliação da validade do ato, é preciso aditar um critério à definição de André Gonçalves Pereira, consistente na finalidade do ato, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello ao enunciar que causa é “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato”⁵⁹. Justifica tal acréscimo por julgá-lo essencial para dar suporte racional e jurídico à noção⁶⁰.

A ausência de “causa”, inclusive nos casos em que a lei não tenha estabelecido os motivos ensejadores da prática do ato, deixando sua escolha ao administrador, invalida o ato administrativo, ou seja, se os motivos em que se embasou o agente não guardam pertinência lógica nem congruência com o ato que praticou, este será viciado.

A causa é de fundamental relevância nos atos praticados no exercício de competência discricionária por servir como instrumento de aferição da prática do ato dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, cuja inobservância conduz à invalidação do ato.

⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 378.

⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 379.

⁵⁸ *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, p. 122.

⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 380.

⁶⁰ *Ibidem*, mesma página.

A formalização (pressuposto formalístico) nada mais é do que a exteriorização exigida em lei para a válida produção do ato, seja a forma escrita (via de regra), oral, por sinais ou gestos.

A formalização deve obedecer às exigências legais e o ato deve ser externado em consonância com a mesma. Admite Celso Antônio Bandeira que certos defeitos de formalização sejam tidos como irregularidades, não afetando a validade do ato, desde que sejam absolutamente irrelevantes para fins de garantia do administrado.

Como a função da formalização reside na padronização da veiculação de distintos atos administrativos, pode decorrer da violação destas regras de mera uniformização que venha acarretar apenas uma sanção para o agente que descumpriu o dever legal, sem, contudo, afetar a validade do ato, desde que, como anotado, não interfira na defesa do administrado, bem como nas demais garantias constitucionalmente asseguradas.

Difere da forma, na medida em que esta é um dos elementos do ato administrativo, enquanto a formalização é a forma específica a ser observada para a produção do mesmo. Como elemento, a forma se reporta à existência do ato, enquanto a formalização constitui pressuposto de validade do ato administrativo.

CAPÍTULO II

MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

No Estado de Direito, pelo qual toda atividade estatal só pode ser exercida na conformidade da lei e do direito, a motivação é a pedra de toque que revela a observância das normas constitucionais e infraconstitucionais à atividade administrativa. Registra José Roberto Dromi que a motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos⁶¹.

A submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico só se viabiliza mediante o cumprimento do dever de motivação da atuação administrativa realizada para alcançar o interesse público⁶², assim caracterizado em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.

A motivação dos atos administrativos constitui um importante instrumento de garantia dos administrados porque demonstra “tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões

⁶¹ *Derecho administrativo*. 9. ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 269.

⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello muito contribuiu para o estudo do conceito de interesse público ao demonstrar que não se pode tomar o interesse público como algo oposto ao interesse pessoal, particular, individual. Reconhece que pode haver um interesse público contrário a um dado e específico interesse individual, mas alerta que “não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade” (*Curso de direito administrativo*, p. 49).

Essa colocação é cuidadosamente analisada e, ao final ressalta: “o que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* –, e que, de par com isto, existe também o *interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem enquanto *partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras”. [...]

“Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

“[...] do ponto de vista jurídico, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior” (*Curso de direito administrativo*, p. 50-51).

técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto”⁶³.

A oportunidade de reagir seria inútil, se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A este fim responde a regra *da motivação dos atos administrativos*, pois por ela se percebe como e quanto determinado fato, documento ou alegação influenciou sobre a decisão final.

A exigência de motivação permite aferir o cumprimento da legalidade substancial, ensejando o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, das demais modalidades de controle externo (parlamentar, popular, Tribunal de Contas e Ministério Público), bem como do controle interno. Não basta demonstrar a racionalidade formal no cumprimento da lei; é preciso também destacar, em todos os seus contornos, os caracteres da razoabilidade necessários e suficientes para validade da atuação⁶⁴.

Num Estado Democrático de Direito os agentes administrativos “não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses [...]”⁶⁵. No dizer de Marcos Fernando Pablo,

os poderes jurídico-públicos se exercem segundo um cânon de legitimação racional e objetiva, que traslada à apreciação da comunidade uma espécie de controle difuso e democrático (exercido *uti cives* por cada membro da mesma, seja ou não o *interessado uti singulis*) sobre a racionalização ou não-arbitrariedade do poder. Neste sentido, a exigência da motivação do ato administrativo apresenta o mesmo fundamento que a exigência de motivação da sentença⁶⁶.

A motivação propicia o reforço da transparência administrativa, do princípio da legalidade – que qualifica o Estado de Direito e que lhe dá a identidade própria – e uma exigência do Estado Democrático de Direito, não só do ponto de vista do administrado eventualmente lesado pela Administração, como no âmbito do

⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 471.

⁶⁴ José Roberto Pimenta de Oliveira. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 276-277.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 374.

⁶⁶ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 33.

Judiciário para verificar a validade do ato e, ainda, em razão do próprio interesse público⁶⁷, afastando desde logo o sintoma do arbítrio e o despotismo das autoridades que a ordem constitucional repudia e o regime democrático deplora.

2.1 Conceito

A maioria dos doutrinadores pátrios e alienígenas considera a motivação do ato administrativo como a explicitação dos motivos que levaram a autoridade administrativa a tomar uma decisão. Ocorre, porém, que os autores sequer adotam conceituação unívoca no que tange ao conceito de motivo do ato administrativo⁶⁸.

Além do mais, freqüentemente se têm confundido motivo e motivação, fazendo-se alusão à última quando se quer mencionar o primeiro. Stassinopoulos, por exemplo, vale-se do termo *motif* (motivo em francês) para designar motivação, equivocadamente, já que em francês *motivation* significa motivação, confundindo, desse modo, os pressupostos de fato com a exposição destes, além dos demais aspectos do ato administrativo que a motivação visa revelar⁶⁹.

Dentre os doutrinadores, no que concerne à sua abrangência, há os que empregam o conceito de motivação em sentido restrito, enquanto outros preferem um sentido amplo. Assim, há os que limitam a motivação à exposição dos motivos de fato e de direito que antecedem a prática do ato. É a posição de Presutti, para quem a motivação consiste na exposição das circunstâncias de fato em vista das quais a Administração pratica o ato⁷⁰. Por sua vez, José Roberto Dromi limita a motivação à “declaração das circunstâncias de fato e de direito que induziram a emissão do ato. Está contida dentro do que usualmente se denominam “considerandos”. Constituem-na, portanto, os “pressupostos” ou “razões do ato. É a fundamentação fática e jurídica dele, com que a Administração sustenta a legitimidade e oportunidade de sua decisão”⁷¹⁻⁷².

⁶⁷ Diogo Freitas do Amaral. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II, p. 348-350.

⁶⁸ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 105.

⁶⁹ Michel Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*. Paris: Athènes, 1954. p. 198.

⁷⁰ Errico Presutti. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Messina: Giuseppe Principato, 1931. v. I, p. 169.

⁷¹ *Derecho administrativo*, p. 269.

Em geral, o termo “motivação” é utilizado de modo apartado da idéia de “motivo”, no sentido de “pressuposto fático que autoriza ou exige a prática do ato”⁷³, também chamado “causa”. Ou seja, não se restringe à simples exposição dos motivos que antecederam a prática do ato administrativo, mas é usado também para indicar a manifestação “de todos os elementos que influem na legalidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo”⁷⁴

Juan Carlos Cassagne não se atém ao critério da doutrina clássica que “limita a motivação à enunciação dos antecedentes de fato e de direito (é dizer, a expressão da causa)”⁷⁵. Saliencia que, embora tal conclusão não seja reconhecida de forma expressa, “eis que muitos tratadistas a admitem virtualmente quando afirmam que o requisito da motivação constitui um dos primeiros passos em direção ao reconhecimento do recurso do desvio de poder”⁷⁶, o certo é que, “ao limitar o conceito de motivação à expressão da causa, nem todos percebem a importância que ela pode ter para a aferição da existência de um defeito ou vício no elemento finalidade”⁷⁷. Para esse autor, a motivação “consiste na exteriorização das razões que justificam e fundamentam a emissão do ato, que versam tanto nas circunstâncias de fato e de direito (causa) como no interesse público que se persegue com a emanção do ato (finalidade)”.

⁷² Para José Roberto Dromi a motivação “Deve ser uma autêntica e satisfatória explicação das razões da emissão do ato. Não se trata de um mero escrúpulo formalista, nem tampouco se admite uma fabricação *ad hoc* dos motivos do ato”. “Com isto não se busca estabelecer formas pelas formas mesmas, mas preservar valores substantivos, e aparece como uma necessidade tendente à observância do princípio da legalidade na atuação dos órgãos estatais, e que, do ponto de vista do particular ou administrado, traduz uma exigência fundada na idéia de uma maior proteção dos direitos individuais. De seu cumprimento depende que o administrado possa já conhecer de uma maneira efetiva e expressa os antecedentes e razões que justifiquem a decisão do ato (CNCiv., 6/12/93, ‘Boaglio, Carlos J. A v. Municipalidad de Buenos Aires’, JA 22/6/94)” (*Derecho administrativo*, p. 269-270). Afirma Dromi que “a motivação expressará sucintamente o que resulte do expediente, as ‘razões’ que induzem a emissão do ato e, se impuserem ou declararem obrigações para o administrado, o fundamento de direito. A motivação não pode consistir na remissão a propostas, ditames ou resoluções prévias” (*Derecho administrativo*, p. 270). Logo, do contexto das explicações desse autor extrai-se que a motivação não se restringe ao conceito restritivo acima transcrito, pois admite que a motivação não se limita à exposição dos motivos que precedem a prática do ato, ao considerar que a ausência de motivação implicará não só vício de forma, mas também e principalmente o vício de arbitrariedade (op. cit., p. 270), ou seja, deixa entrever que a ausência de motivação pode indicar a finalidade do ato, na medida em que pode revelar *vício de arbitrariedade* ou eventual *desvio de poder*.

⁷³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 369.

⁷⁴ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 90.

⁷⁵ *Derecho administrativo*. 7. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. t. II, p. 113.

⁷⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁷ *Ibidem*, mesma página.

No mesmo sentido, Agustín Gordillo averba que:

A fundamentação ou motivação do ato, contida dentro de seus considerandos, é uma declaração de quais são as circunstâncias de fato e de direito que levaram à sua emanção, ou seja, os motivos ou pressupostos do ato; é a exposição e argumentação fática e jurídica com que a administração deve sustentar a legitimidade e oportunidade da decisão tomada. Por isso é o ponto de partida fundamental para o julgamento dessa legitimidade. Deve incluir não uma mera enunciação de fatos, mas também uma argumentação dos mesmos, ou seja, deve revelar as razões pelas quais se expede o ato, o que pode orientar o intérprete para sua finalidade⁷⁸.

A fundamentação de um ato administrativo na visão de Diogo Freitas do Amaral “consiste na enunciação explícita das razões que levaram o seu autor a praticar esse ato ou a dotá-lo de certo conteúdo”⁷⁹.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández registram que:

Motivar um ato administrativo é reconduzir a decisão contida no mesmo a uma regra de direito que autoriza tal decisão ou de cuja aplicação emerge. Por isso, motivar um ato obriga a fixar, em primeiro lugar, os fatos de cuja consideração se parte e a incluir tais fatos na hipótese de uma norma jurídica; e, em segundo lugar, a arrazoar como tal norma jurídica impõe a resolução que se adota na parte dispositiva do ato⁸⁰.

Para Lúcia Valle Figueiredo “constitui-se a motivação na exposição administrativa das razões que levaram à prática do ato. Na explicitação das circunstâncias de fato que, ajustadas às hipóteses normativas, determinaram a prática do ato”⁸¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a motivação é a justificativa do ato, compreendendo a exposição dos fundamentos fáticos e de direito, além da

⁷⁸ *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. t. 3, cap. X, p. X-15. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 27 set. 2005.

⁷⁹ *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II, p. 348-350.

⁸⁰ *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 570.

⁸¹ *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 193.

procedência lógica da medida, “em face não apenas de uma racionalidade abstrata, mas também em face das diretivas encampadas pelo sistema jurídico”⁸².

Acrescenta que a motivação não seria bastante se apenas fizesse alusão à norma jurídica de atribuição de competência, como também não o seria, em diversas hipóteses, se além da regra atributiva de competência incluísse a remissão a um determinado fato (motivo) sem esclarecer por que tal fato justifica o ato perante o direito em vigor, “já que nem tudo que é abstratamente razoável pode ser validamente efetuado”. Logo, não basta que a conduta do administrador público seja não-proibida ou vedada, mas permitida anteriormente pela lei, além de guardar consonância com a finalidade legal, quando então poderá dizer que a atuação administrativa é conforme o direito positivo⁸³. Aduz, ainda, que a motivação

é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados: a) a regra de direito habilitante; b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente; c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado⁸⁴.

Antônio Carlos de Araújo Cintra igualmente adota uma conceituação abrangente. Pontua que, a despeito da ligação semântica direta da motivação com a idéia de motivos, diversos autores ampliam o sentido da motivação. Menciona Zanobini, Stassinopoulos, Diez e Cassagne, aduzindo que o último expressamente se manifesta favorável ao conceito mais amplo, como demonstrado alhures, incluindo na motivação a indicação da finalidade do ato, além de seus motivos.

Acolhendo os ensinamentos de Taruffo, para quem “a motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado”⁸⁵, Antônio Carlos de Araújo Cintra examina-a “pelo prisma em que se manifesta com um discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo”. Com isto quer dizer que, por intermédio da motivação,

⁸² Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, p. 65, abr.-jun. 1989.

⁸³ *Ibidem*, p. 66-67.

⁸⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 372-373.

⁸⁵ Michele Taruffo. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 55-57.

o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência⁸⁶.

Nesse diapasão, adere a uma visão mais abrangente da motivação “aproximando-se da linha preconizada por Stassinopoulos, para fazer incidir não apenas nos motivos da decisão administrativa, mas em todos os seus aspectos de legalidade e de oportunidade e conveniência”⁸⁷, linha essa que parece ser a mais adequada para o conceito de motivação e que é perfilhada na presente dissertação.

A Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo brasileiro, contempla a motivação em sentido amplo, eis que aponta como critérios (na verdade, trata-se de princípios) a serem observados no processo administrativo, entre outros (art. 2.º, parágrafo único), a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (inc. VII – motivação), além da atuação conforme a lei e o direito (inc. I), ou seja, legalidade no sentido mais abrangente, consoante os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inc. IV – moralidade), cuja interpretação deva atingir da melhor forma o fim público a que se dirige (inc. XIII). Acresce a isso a motivação obrigatória dos atos administrativos, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, nas hipóteses elencadas pelo art. 50, *caput*, da Lei 9.784/1999.

Ademais, a mencionada Lei Federal, ao explicitar que “os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão” (art. 38, § 1.º), veio sanar a preocupação quanto ao requisito da congruência no que tange à decisão relativa ao conteúdo probatório do processo administrativo, eis que prevê expressamente que a motivação deve reportar-se a tais elementos constantes do processo. Portanto, deflui da leitura do referido diploma legal que a motivação não se limita à indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que determinarem a decisão, devendo expressar as razões que definiram a prática do ato à luz da instrução probatória, além de decorrer da “congruência interna ao texto da decisão e

⁸⁶ *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 105-107.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 107.

relativa ao conteúdo do processo, provas e pleitos dos interessados”⁸⁸, razão pela qual o conceito é acolhido no sentido amplo⁸⁹.

Entretanto, pontifica Florivaldo Dutra de Araújo que se deve distinguir a motivação em sentido material e em sentido formal. Quanto à primeira, reportando-se aos ensinamentos de D’Alessio, assinala que, em sentido substancial, não se pode conceber a inexistência de motivação, uma vez que toda “declaração de vontade do Poder Público tem de guardar uma relação de interdependência lógica com as razões que influíram em sua determinação”, e, quanto à segunda, que “seria a expressão das razões, com a demonstração da existência da relação”⁹⁰. E conclui que o ato administrativo será materialmente motivado, “quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática” e que “a *motivação formal constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da motivação substancial*. Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal”⁹¹.

⁸⁸ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 333.

⁸⁹ Reportando-se ao direito italiano, anota Roberto Scarciglia que, anteriormente à Lei 241 de 1990, o “provimento” administrativo na Itália continha a obrigação de motivar advinda da jurisprudência, de modo diverso do aludido diploma legal, o qual numa concepção ampla impõe “a indicação do pressuposto de fato e as razões jurídicas (não se identificando necessariamente com a disposição normativa) que determinaram a decisão da Administração, em relação ao resultado da instrução”, devendo-se entender razão jurídica como “toda argumentação lógico-jurídica, não se limitando à disposição que atribui o poder a ser exercitado – necessária a correlação dos pressupostos à decisão final e, por via de consequência, à interpretação jurídica que se deu ao fato” (*La motivazione dell’atto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 245 e 255). Segundo Roberto Scarciglia, a interpretação mais correta da obrigação de motivar deve considerar o fato de o “provimento” estar estreitamente ligado ao procedimento no interior do qual se formou. Assevera que até mesmo uma interpretação literal do artigo da Lei italiana leva à conclusão de que “a motivação deva indicar o pressuposto de fato e a razão jurídica nos quais se embasou a decisão, à luz da instrução probatória”, e uma recente orientação do Conselho de Estado impôs que “a motivação deva se adequar aos diversos tipos de ações administrativas, a fim de garantir a eficácia e a economicidade da ação, segundo prevê o artigo de lei, do procedimento administrativo (op. cit., p. 291). Para Roberto Scarciglia, a motivação ampla constitui-se da: “a) justificação jurídica; b) justificação fática; c) justificação procedimental e d) justificação da oportunidade”. Logo, para a motivação ser suficiente deve conter sempre a justificação jurídica e fática e, no provimento discricionário, a justificação procedimental e da oportunidade.

⁹⁰ *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 90.

⁹¹ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 91.

2.2 Terminologia: motivação, fundamentação, justificação

Há discrepância na doutrina e na legislação acerca da terminologia, notando-se que a expressão “motivação” encontra resistência por parte de alguns doutrinadores, que a consideram inadequada, preferindo as expressões “fundamentação” ou “justificação”.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari salientam que motivação não se confunde com fundamentação, que é a mera indicação da norma legal que embasou a decisão adotada. A motivação vai muito além disso⁹², impondo à autoridade administrativa a explicitação das razões que ensejaram a tomada de uma decisão. Motivar significa “explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados”, eis que a ausência de explicitação dos motivos dificulta sobremaneira a sindicância, o sopesamento e a aferição da correção do que foi decidido⁹³.

Para Carlos Ari Sundfeld “a expressão motivação é inconveniente”, pois reduz “o objeto que designa”, preferindo os termos “fundamentação ou justificação”, por implicarem “noção mais técnica”, além de evitarem “a confusão entre os motivos do ato e sua exposição, freqüente sobretudo na jurisprudência”. Reconhece, contudo, tratar-se de terminologia consagrada e inútil seria “propor seu abandono”. Tal entendimento decorre do fato de considerar a motivação não uma simples exposição dos motivos do ato (situação fática que o embasa), “mas sim uma demonstração ampla dos vários aspectos que influem em sua legalidade”⁹⁴.

A doutrina italiana sempre chamou a atenção para as diferenças entre a “justificação” e a “motivação”.

Com base na distinção entre “motivos” (visão subjetiva) e “pressupostos” (noção objetiva) do ato administrativo, Juso procede à diferenciação entre motivação e justificação, consistindo a motivação na exposição de motivos, isto é, dos

⁹² Sérgio Ferraz; Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59.

⁹³ *Ibidem*, p. 58.

⁹⁴ Carlos Ari Sundfeld. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público* n. 75, p. 118, 1985.

“elementos lógicos da formação da vontade” e a justificação na mera externalização dos pressupostos, ou seja, dos fatos jurídicos⁹⁵.

Para Iaccarino a justificação consiste na enunciação da situação de fato e de direito, enquanto a motivação constitui na expressão do motivo, que significa o raciocínio que conduz ao ato, ou, em outros termos, a demonstração de que o critério eleito com base em determinadas circunstâncias de fato e de direito é o melhor que se podia eleger⁹⁶. Por isso, a motivação implicaria sempre a existência de uma prévia justificação, mas esta nem sempre conteria a motivação⁹⁷. O objetivo da motivação seria demonstrar que o critério escolhido com base em determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas é o melhor por que se poderia optar.

Marcos Fernando Pablo observa que duas grandes linhas doutrinárias se formaram ao longo dos últimos setenta anos de elaboração da dogmática da motivação do ato, especialmente na doutrina italiana, acerca do

papel que corresponde a aquele elemento no ato, partindo da adesão genérica de todos os estudiosos dos atos dos poderes públicos à premissa que vê na motivação a expressão ou externalização dos motivos do *provvedimento* (legislativo, jurisdicional, administrativo),

ou seja, partindo do conceito de motivação como simples apartado discursivo dirigido a enunciar ou exteriorizar os motivos que o agente levou em conta ou impulsionaram a ação administrativa⁹⁸.

A partir de tal idéia,

a primeira corrente dogmática, cuja origem remonta à obra de Iaccarino, conduz [...] à redução da motivação a um papel “formalista”, identificado na prática jurisprudencial com o regime dos elementos formais do ato, em contraposição aos requisitos substanciais ou de fundo⁹⁹.

⁹⁵ Raffaele Juso. *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1963. p. 33-34.

⁹⁶ Iaccarino. *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*. Roma, 1933, apud Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, t. II, p. 114.

⁹⁷ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁸ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 179.

⁹⁹ *Ibidem*, mesma página.

Uma segunda linha doutrinária, conservando o mesmo conceito *enunciativo* de motivação, mas operando num plano conceitual diferente,

dá lugar a uma certa identificação entre motivos e motivação, considerando este último elemento do ato de maneira mais próxima, seja quanto ao conteúdo do ato, seja quanto aos motivos (elemento não formal), com os quais, em certas ocasiões, parece chegar a confundir-se, direta ou indiretamente¹⁰⁰.

Esta corrente acabou

abandonando o conceito enunciativo e assumindo a noção de justificação, formulou a noção de motivação do ato administrativo em termos de “objetiva justificabilidade do ato mesmo”, formulação que parte da perda de transcendência do enunciado formal da motivação e a identifica com a soma dos fatores que justificam, no plano jurídico, o ato, vale dizer, a totalidade do material de justificação que resulta do expediente¹⁰¹.

Tal noção apresenta o inconveniente de identificar “a motivação com a legitimidade substancial do ato, ou seja, com a ‘concreta idoneidade do conteúdo dispositivo do ato para tutelar os interesses normativamente estabelecidos’”¹⁰².

Por outra parte, e mais importante, observou-se que esta doutrina, no fundo, “considera a ‘justificabilidade’ como uma qualidade (formal ou substancial) que o ato possui originalmente, não como o resultado de uma valoração do ato por parte do ordenamento”¹⁰³.

Entretanto, a jurisprudência, na década de 80, evoluiu para um “conceito estritamente enunciativo da motivação, no qual se somam as funções de tutelar a adequada formação da vontade administrativa e a posterior defesa dos interessados”. Esclarece Fernando Pablo que a Lei de Processo Administrativo espanhola (art. 43) considera a motivação cumprida mediante a “sucinta referência a fatos e fundamentos de direito”, ou com “a exteriorização ou exposição dos motivos do ato”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p.180.

¹⁰¹ Ibidem, mesma página.

¹⁰² Ibidem, mesma página.

¹⁰³ Ibidem, p.181.

¹⁰⁴ Ibidem, mesma página.

Não obstante, o Supremo Tribunal espanhol, ao defrontar com atos que afetam os direitos fundamentais, tem recebido a noção de motivação como discurso justificativo, de modo que os destinatários conheçam as razões pelas quais seus direitos foram sacrificados e os interesses pelos quais se sacrificaram¹⁰⁵. Acresceu-se posteriormente a este posicionamento que “tal justificação pode e deve manifestar-se tanto no momento de emanar-se a resolução, na qual devem estar enunciados, ainda que sucintamente, os critérios utilizados para realizá-la, como em um momento posterior [...]”, se bem que “a eventual justificação *ex post* não libera a autoridade competente de sua obrigação de motivar adequadamente o ato [...]”¹⁰⁶.

Contudo, a doutrina em que se fala claramente da “motivação justificativa não meramente enunciativa” se ratificará posteriormente com relação a outros direitos fundamentais¹⁰⁷.

Posteriormente, foi desenvolvida pela jurisprudência (constitucional e ordinária) “a idéia de que a justificação, em que consiste a motivação que há de acompanhar os atos que interferem nos direitos fundamentais, deve fundamentar a restrição imposta, com maior intensidade do que os atos que afetam outros direitos”¹⁰⁸.

José Carlos Vieira de Andrade assinala que o ordenamento jurídico português optou pelo conceito de “fundamentação”, remetendo a uma noção abrangente (genérica), englobando momentos e aspectos distintos da mera externalização das razões do ato. Na verdade, o discurso fundamentador tanto pode referir-se à indicação das normas aplicáveis como à exposição dos fatos que propiciam a existência de situação de interesse público prevista pela lei, como, também, à revelação dos interesses ponderados pelo agente na escolha do conteúdo, na medida em que este não resulte imediatamente da lei.

Alerta, no entanto, que a preferência pelo termo “motivação” em grande parte se explica pela circunstância de o problema ser analisado por meio do prisma da

¹⁰⁵ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 182.

¹⁰⁶ *Ibidem*, mesma página.

¹⁰⁷ *Ibidem*, mesma página.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 183.

fiscalização jurisdicional. Enquanto exigência concreta para efeitos de controle, a “fundamentação” poderá reduzir-se praticamente à “motivação”. Outros serão os resultados, se a fundamentação for vista como “exigência abstrata, legislativa, não destinada apenas ao controle, mas à reflexão decisória determinada pela realização do interesse público”, razão pela qual reputa o conceito de “fundamentação mais adequado ao tratamento dogmático de um imperativo formal do tipo corporizado na ordem jurídica portuguesa”¹⁰⁹.

Juan Carlos Cassagne discorda da postura da doutrina italiana que distingue motivação e justificação, ressaltando que tem sido tachada de artificial, pois, em definitivo, considera que justificação e motivação são termos que coincidem¹¹⁰.

Da mesma forma, Florivaldo Dutra de Araújo não visualiza qualquer utilidade prática nas distinções propostas por Iaccarino e Juso. Acrescenta que “a dicotomia motivação/justificação poderia prestar-se, ademais, à mitigada fuga da Administração em anunciar pública e amplamente todas as razões e finalidades de seu agir”, alertando para “o perigo de nova válvula de escape do administrador em relação a seus deveres para com a coletividade, na medida em que tal separação de conceitos levasse a nova discussão: estaria a Administração obrigada a motivar seus atos ou apenas a justificá-los?”¹¹¹. Optou por não estabelecer divisórias entre os significados de fundamentação, justificação e motivação, embora reconheça que os dois primeiros vocábulos melhor se prestavam a uma visão mais abrangente, e que, num primeiro momento, o termo “motivação” poderia ser confundido, como acontece com alguns autores, com “a mera expressão das circunstâncias fáticas que facultam ou autorizam a emissão do ato”. Esclarecido, porém, o significado amplo dado à expressão, não há maiores inconvenientes em seu emprego, até porque seu uso é já consagrado¹¹².

Caminha-se nessa linha, não se vislumbrando inconveniente na utilização do termo motivação, a ele atribuindo-se uma conceituação ampla, como anotado no item 2.I, tendo em conta que está expresso no ordenamento jurídico brasileiro (em

¹⁰⁹ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 22.

¹¹⁰ Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, t. II, p. 113-114.

¹¹¹ *Motivo e controle do ato administrativo*, p. 92.

¹¹² *Ibidem*, p. 91-92.

sede constitucional e legal). Não se vislumbra, outrossim, inadequação no emprego dos demais termos (fundamentação e justificação) como sinônimos.

2.3 Natureza jurídica

Não há uniformidade doutrinária sobre a natureza jurídica da motivação. Para alguns se relaciona à forma do ato administrativo; para outros, ao seu conteúdo, havendo aqueles que a consideram um requisito procedimental, bem como os que preconizam a sua dupla natureza – formal e substancial.

Assim, para Cassagne, a motivação é um requisito que integra o elemento forma e consiste “na exteriorização das razões que justificam e fundamentam a emissão do ato, que versam tanto nas circunstâncias de fato e de direito (causa) como no interesse público que se persegue com o ditado do ato (finalidade)”¹¹³.

Acompanhando as lições de Giannini, Ramón Parada considera a motivação um dos elementos formais de exteriorização do ato administrativo, quais sejam o procedimento, a forma da declaração e a motivação, quando decorrente de exigência legal¹¹⁴.

Por seu turno, corroborando a posição de Ramón Real, averba Bandeira de Mello que a motivação é de *essência do ato, requisito indispensável de sua validade*, nas hipóteses em que a motivação *a posteriori* não pode garantir de modo absolutamente indubitado que motivos ulteriormente aduzidos preexistiam e eram suficientes para sua válida produção, por coincidirem com o requerido pela lei. E conclui que “a motivação do ato é importante requisito de sua formalização”¹¹⁵.

¹¹³ Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, v. II, p. 114. Para Renato Alessi, embora a motivação não esteja compreendida no conceito de forma própria e verdadeira, constitui de todo o modo um requisito formal (*Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 275). Na França, André de Laubadère entende que a motivação é uma condição de forma do ato administrativo (*Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: R. Pichon. 1970-1977. t. I, p. 263). Segundo Marçal Justen Filho, a motivação se relaciona à forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo [...]. A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 205).

¹¹⁴ Ramón Parada. *Derecho administrativo*. 10 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. I, p. 138.

¹¹⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 68, 101 e 383.

Há, porém, os que consideram a motivação como conteúdo do ato administrativo. Assim, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández alçam a motivação a um relevo muito superior à simples forma sacramental. Encaram-na como um meio técnico de controle da causa do ato, razão pela qual “não se trata de requisito meramente formal, mas de fundo (mais tecnicamente: a motivação é *interna corporis*, não *externa*; referindo-se mais à perfeição do ato do que às formas exteriores deste)”¹¹⁶.

Bartolomé Fiorini sustenta que a motivação é “um requisito de forma com caráter de exigência e necessidade sobre a legitimidade do ato”. Acrescenta que “nem por suspeita é expoente de uma garantia simplesmente formal, embora integre a forma exterior do ato”, e isto acontece porque “todo o direito público é forma. A motivação responde a valores de transcendência que deve defender o jurista e a cidadania toda”¹¹⁷.

Pertinente é a observação de Florivaldo Dutra de Araújo no sentido de que “é imprescindível fixar-se nos conceitos básicos do ato administrativo, pois daí se poderá extrair conclusão mais segura”¹¹⁸.

Por sua vez, Carlos Ari Sundfeld afirma que a discussão acerca da natureza jurídica da motivação está mal posta “por não fazer a devida distinção entre a *forma*, a *formalidade* e os *requisitos procedimentais* do ato administrativo”¹¹⁹ (grifos do autor). Na esteira do que foi ressaltado no Capítulo I, item 1.2.1, deste trabalho, registra que

forma é seu revestimento externo, a exteriorização do conteúdo, a revelação da alteração jurídica produzida. Sem ela, elemento que é do ato, este sequer chega a existir. Daí o problema que em relação a ela que se põe é o da existência, não o da validade do ato. Já a formalidade não se situa entre os elementos, mas entre os pressupostos do ato, razão porque atina à sua válida produção. Se

¹¹⁶ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 571.

¹¹⁷ *Derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 422

¹¹⁸ *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 93.

¹¹⁹ Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, n. 75, p. 124.

forma é exteriorização, formalidade é o modo específico de exteriorização do conteúdo¹²⁰.

Atribui a dissensão doutrinária sobre a natureza jurídica da motivação ao uso indistinto feito pela doutrina estrangeira dos termos forma e formalidade do ato administrativo, o que acarreta o equívoco de entender que motivação é questão de forma, criando-se, assim, um falso dilema, como costuma ocorrer quando se usa a “mesma expressão para nomear coisas diferentes”¹²¹.

Ressalta que a motivação se constitui em “um ato de administração diverso do ato motivado; um ato não-autônomo, umbilicalmente ligado ao ato administrativo, mas diverso dele”, ainda que contidos num mesmo instrumento. Aduz que a motivação não é forma nem formalidade do ato administrativo, porque não é a explicitação de seu conteúdo, mas de seus pressupostos¹²². Como “requisito procedimental necessário à validade de qualquer ato administrativo, serve à revelação dos pressupostos de fato ou de direito que autorizaram ou exigiram a atuação administrativa, bem assim de sua finalidade e causa”¹²³.

Como se tem conhecimento, a maioria das motivações e os atos que fundamentam são expressos num mesmo instrumento, embora também admitidas em instrumentos apartados daqueles que revelam o ato (motivação *aliunde*). Sabe-se, contudo, que a motivação é obrigatória como regra, mas comporta exceções.

Para aqueles que visualizam a motivação como um requisito procedimental, sendo este um ato jurídico distinto que, por imposição legal, deve preceder certos atos administrativos, deveria ser sempre obrigatória, não admitindo exceções.

¹²⁰ Carlos Ari Sundfeld. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, n. 75, p. 124.

¹²¹ *Ibidem*, mesma página.

¹²² *Ibidem*, mesma página.

¹²³ *Ibidem*, p.118.

Para os que aceitam a motivação como *pressuposto formalístico*, esta não constitui ato jurídico autônomo, “distinto do ato que ela fundamenta, pois o compõe – ainda que em instrumento apartado”¹²⁴. A propósito, afirma Karina Houat Harb:

Tampouco se pode dizer que a motivação consista em um ato jurídico autônomo, como podem ser os requisitos procedimentais, porque se de ato jurídico se tratar, então deve gerar efeitos jurídicos, o que não é o caso, já que serve apenas para demonstrar pressupostos como o motivo, a finalidade e a causa do ato administrativo, este, sim, gerador de efeitos jurídicos¹²⁵.

Há ainda os que preconizam a dupla dimensão (formal e substancial) conferida à motivação. Neste sentido, para José Carlos Vieira de Andrade a fundamentação obrigatória dos atos administrativos deve incluir uma dimensão formal, que consiste na “exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão” e outra substancial, compreendida como “a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique”¹²⁶.

De igual modo, como elucida Germana de Oliveira Moraes¹²⁷, essa dupla dimensão encontra-se nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera a motivação como princípio constitucional implícito do direito administrativo brasileiro, o qual

implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo¹²⁸.

Propugna também Wallace Paiva Martins Júnior a conjugação da fundamentação em sentido formal com um entendimento substancial do procedimento, com vistas à natureza complexa e aberta da instrução, à tutela do particular e ainda à exigência objetiva de uma atividade administrativa apta a

¹²⁴ Karina Houat Harb. *Motivação do ato administrativo*: instrumento de garantia dos administrados, p. 125.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 126.

¹²⁶ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 11.

¹²⁷ Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. *Interesse Público*, São Paulo, n. 8, p. 44, out.-dez. 2000.

¹²⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 100.

perseguir adequadamente o interesse público¹²⁹. Reporta-se aos ensinamentos de Luís Filipe Colaço Antunes, para o qual, sob a ótica formal, privilegia-se o controle e a transparência administrativa, cuja ênfase recai sobre os aspectos formalísticos pela exigência de concentração de todo o *iter* justificativo na decisão final, sob pena de vício de forma e conseqüente invalidade (falta ou insuficiência). Do ponto de vista da garantia material, sobreleva-se a perspectiva substancial-procedimental, na medida em que procura colher do procedimento administrativo as razões e os motivos justificativos do ato, especialmente daqueles que sejam lesivos à esfera jurídica dos particulares¹³⁰.

Por sua vez, José Roberto Pimenta Oliveira acentua que a motivação não se esgota na revelação do motivo do ato, por abarcar inarredavelmente “o dever do seu conteúdo, incluindo a verificação caso a caso da pertinência desta atuação perante o direito positivo, em sua integralidade, nas circunstâncias que demandam o agir da Administração”. A qualificação da motivação como mero requisito formal ou formalístico, sem relevância, deve ser afastada, por não se coadunar com a necessidade de “operar a legitimação jurídica do ato administrativo”. A fundamentação é imprescindível “para assentar a validade jurídica do conteúdo de toda decisão administrativa”, pois há “um direito público subjetivo autônomo de exigir a motivação dos atos administrativos”, de cuja inobservância decorre eventual invalidação¹³¹.

Na realidade, a motivação, visualizada como princípio, “deve abandonar seu *status* de requisito formalístico dos atos administrativos” e ganhar a relevância que lhe cabe “como pressuposto substancial de legitimidade, na sua incidência ao curso e ao final dos procedimentos administrativos, dos quais resultam os atos administrativos em geral”¹³².

Pondera que, em razão da sua “vinculação com a transparência e publicidade da ação administrativa, a motivação é conexa ao conjunto de atos e fatos

¹²⁹ *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 239.

¹³⁰ *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 22-28.

¹³¹ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 278.

¹³² *Ibidem*, mesma página.

procedimentais anteriores à emanção dos atos, dos quais o conteúdo colhe sua sustentação fática e jurídica”¹³³.

A posição da dupla dimensão da motivação se aplica no ordenamento jurídico português¹³⁴, no espanhol¹³⁵, como também no brasileiro, eis que decorre dos princípios constitucionais da Administração Pública, independentemente da existência de previsão de norma constitucional expressa e da Lei Federal 9.784, de 29.01.1999, cujos arts. 2º e 50 impõem o dever de motivar com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, conjugados com a obrigatoriedade de que os elementos probatórios (instrução do processo administrativo) constem na motivação do relatório e da decisão (§ 1.º do art. 38).

Discorda-se daqueles que classificam a motivação quer como requisito procedimental, quer como mero pressuposto formalístico (formalização). Em que pese tratar-se de requisito de validade do ato administrativo, sua natureza é mista (formal e substancial).

Viu-se a motivação em sua dupla dimensão (garantia formal e material). Tratou-se, via de consequência, da motivação que, como princípio, constitui um pressuposto substancial de legitimidade.

Na linha de raciocínio de Pimenta Oliveira, na hipótese de uma demissão, por exemplo, em que todo o processo administrativo foi percorrido normalmente, mas o relatório restou contraditório, não há como dizer que houve vício procedimental, uma vez que todo o *iter* foi percorrido. O problema está, em verdade, na revelação dos fundamentos. O procedimento pode ser regular e, no momento de produzir o ato, a motivação pode vir a ser insuficiente. Nessa esteira, trata-se de requisito substancial, pois o ato não se sustenta.

Concorda-se com os ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, supradescritos, ao resumir a motivação em seu aspecto formal, associada à

¹³³ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 278.

¹³⁴ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 11.

¹³⁵ Cf. legislação espanhola (Lei 30, de 26.11.1992). Ademais, a conversão da motivação de um requisito legal de mera forma em um requisito substancial se vê, ainda, afetada pela circunstância derivada da incorporação do direito comunitário europeu (Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 24).

transparência da decisão, manifestando seu caráter público, de modo a tornar-se acessível aos administrados (o seu conhecimento crítico), além de viabilizar o controle do ato administrativo¹³⁶.

De igual modo, no aspecto material, acompanha-se o posicionamento do autor português, o qual dá relevo à idoneidade substancial do ato praticado, integrando-o num sistema de referências em que encontre bases de legitimidade, assegurando a reflexão de um poder decisório responsável¹³⁷.

2.4 A vinculação da motivação com os princípios constitucionais da Administração Pública

O princípio da legalidade reclama a submissão do administrador público aos comandos legais, em especial sua sujeição ao ordenamento jurídico vigente, englobando regras e princípios, vale dizer, um conjunto de normas¹³⁸, entendido sob o aspecto filosófico, no esquema proposto por Karl Larenz, como a idéia do direito, “fórmula sintetizadora das idéias de paz jurídica e justiça”¹³⁹.

¹³⁶ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 11-13.

¹³⁷ *Ibidem*, mesma página.

¹³⁸ Os princípios são as premissas básicas de um sistema, compondo o seu equilíbrio e determinando a unidade, harmonia e racionalidade interna do regime. Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que o princípio é o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (*Curso de direito administrativo*, p. 902-903). Parece estar superada a distinção que antes se fazia entre norma e princípio. Para a dogmática moderna, as normas jurídicas podem consubstanciar duas espécies: as normas-princípio e as normas-disposição, também referidas como regras (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141). Carlos Ari Sundfeld observa que os princípios ajudam no ato de conhecimento e devem ser considerados para solucionar problemas jurídicos concretos, pois são verdadeiras normas jurídicas. “Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas. [...] Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. [...] Na aplicação do direito – isto é, na edição das leis, na produção de atos administrativos, na solução judicial dos litígios etc. – os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras e permitem a colmatação de suas lacunas (integração). Quanto à função dos princípios na interpretação das regras, pode-se dizer que: a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio” (*Fundamentos de direito público*, 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 143-148).

¹³⁹ *Derecho justo*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Bosch, 1990. p. 42.

A partir da segunda metade do século XX abriu-se caminho para o desenvolvimento de uma linha de pensamento que se designou pós-positivismo, na qual é promovida a valorização do papel desempenhado pelos princípios e o reconhecimento de sua normatividade¹⁴⁰. A atual dogmática constitucional reconhece que o ordenamento jurídico acha-se estruturado normativamente em princípios e regras que, embora tenham traços diferenciados, apresentam um denominador comum fundamental: ostentam eficácia normativa.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção aos princípios a que se submete a Administração Pública direta e indireta no art. 37, *caput*, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último acrescentado pela EC 19/1998. Entretanto, fácil é verificar que

inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional; uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências [...] dos aludidos princípios; outros, [...] por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo¹⁴¹.

A motivação não foi expressamente agasalhada entre os princípios da Administração Pública elencados no art. 37, apesar da previsão constante em projetos de Constituição que tramitaram na Assembléia¹⁴², constando apenas tal exigência para as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X, com a redação dada pela EC 45/2004)¹⁴³ e do Ministério Público (art. 128, § 4.º, com a redação dada pela EC 45/2004).

¹⁴⁰ Como expõem Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética” (O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Luis Roberto Barroso (Org). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 336).

¹⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 84.

¹⁴² O Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização de novembro de 1987 dispunha em seu art. 44: “A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”.

¹⁴³ A redação originária do referido dispositivo não sofreu alteração substancial com o advento da EC 45/2004, embora esta também tenha se descurado de inseri-lo no capítulo próprio da Administração Pública.

Na Constituição Paulista, a exemplo de outras Constituições estaduais, o art. 111 (com a redação dada pela EC estadual 21/2006) inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Por sua vez, o princípio da motivação é previsto no art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/1999, constando no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, impondo, no art. 50, o dever de motivar diante de atos restritivos de direito.

Se a motivação é exigida no que tange às decisões administrativas dos Tribunais no âmbito do Poder Judiciário, tal exigência impõe-se com maior razão às decisões administrativas dos demais Poderes, máxime no exercício das funções administrativas típicas, além de decorrer de outros princípios constitucionais, “tais como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, já que a conformação do próprio estado democrático de direito advém de seu reconhecimento”¹⁴⁴.

De outra parte, o art. 5.º, XXXV, da Constituição da República também clama pela necessidade de motivação, na medida em que dá possibilidade de acesso amplo à jurisdição quando houver lesão ou, até mesmo, apenas ameaça a direito. Ora, sabida é a impossibilidade de acesso ao Judiciário se as decisões não forem motivadas, não havendo possibilidade de a parte discutir o seu direito se não souber sequer o fundamento das decisões.

Ademais, no art. 5.º, LV, encontra-se o assecuramento do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, tanto no processo judicial quanto no administrativo. Não seriam viáveis, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa, se motivação não houvesse¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cláudio Mastrangelo Coelho. Motivação dos atos administrativos e judiciais: dever e direito fundamental. *Palestras: Curso de Atualização para Magistrados*, Porto Alegre, v. I, n. 1, p. 435, 2000.

¹⁴⁵ Lucia Valle Figueiredo. Estado de direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 11, p. 9-10, fev. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIRDO.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2006. Pontua Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “o princípio da motivação é instrumental e conseqüente do *princípio do devido*

Desde a previsão expressa de tais dispositivos constitucionais (arts. 5.º, XXXV e LV, e 93, X, da Constituição Federal)

decidir consiste em “ato de autoridade” e “obra de razão e persuasão”, ou seja, a motivação corresponde à autêntica garantia do cidadão, livrando-o dos abusos da Administração Pública, máxime no que pertine aos atos discricionários, suscetíveis de encobrirem arbitrariedades¹⁴⁶.

Vale, ainda, registrar a observação de Alberto Ramón Real no sentido de que a necessidade de motivar os atos administrativos constitui um princípio geral de direito, cuja importância vem realçada nas seguintes conclusões:

1.º – *A necessidade de motivar ou fundamentar obrigatoriamente os atos administrativos, é um princípio geral de direito administrativo contemporâneo. Este princípio deve ser reconhecido como tal nos Estados cujas leis e jurisprudência ainda não o tenham proclamado.*

2.º – Este novo princípio geral do direito administrativo se arraiga nas bases constitucionais do Estado de direito e tem fundamento comum com a necessidade de fundamentar os atos jurisdicionais.

3.º – A fundamentação obrigatória é penhor da boa administração, uma vez que garantia democrática dos administrados.

4.º – A omissão ou defeito grave da fundamentação gera nulidade por vício de um elemento essencial do ato, que excede sua formalidade e toca seu conteúdo e racionalidade¹⁴⁷ (grifos nossos).

Em suma, os fundamentos do dever de motivar os atos administrativos provêm da Constituição Federal brasileira e dos princípios da Administração Pública dela decorrentes, especialmente os do Estado Democrático de Direito, da legalidade, razoabilidade, moralidade e publicidade.

2.4.1 Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal brasileira, em seu Preâmbulo¹⁴⁸, adota um Estado Democrático de Direito reafirmando-o no art. 1.º, além de reiterá-lo, de forma

processo da lei (art. 5.º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre também implícito no devido processo de elaboração das normas legais, no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e regimentos das casas legislativas)” (*Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 92).

¹⁴⁶ Cláudio Mastrangelo Coelho. *Motivação dos atos administrativos e judiciais: dever e direito fundamental*. Palestras: Curso de Atualização para Magistrados, p. 435.

¹⁴⁷ Alberto Ramón Real. *La fundamentación del acto administrativo*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 15, n. 62, p. 5e ss., abr.-jun. 1982.

expressa, em vários setores da Administração Pública, notadamente na parte referente à ordem social.

José Afonso da Silva alerta para a importância do art. 1.º da Constituição de 1988, “quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”¹⁴⁹.

A motivação configura uma exigência do Estado Democrático de Direito afastando desde logo o arbítrio e o despotismo das autoridades repudiados pela ordem constitucional e pelo regime democrático.

Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que o fundamento da obrigação de motivar está implícito tanto no fundamento constitucional da cidadania e do princípio democrático que preconiza que todo poder emana do povo, quanto no princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁵⁰, acrescentando, na esteira de Ramón Real, que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática¹⁵¹, uma vez que “os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam”, pugnando ainda, por sua consideração junto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais¹⁵².

Esclarece Viera de Andrade que o imperativo da fundamentação dos atos administrativos deverá ser visualizado na sua “essência” ou “núcleo” como uma norma de direito objetivo que concretiza os princípios do Estado de Direito

¹⁴⁸ Grande é a preocupação da doutrina em salientar as disposições contidas no preâmbulo de uma Constituição, especialmente por consagrar valores fundamentais que embasam todo o direito.

Georges Vedel e Pierre Delvolvé aduzem que “em todas as suas disposições, tendo natureza de prescrições, o Preâmbulo e os textos aos quais ele remete possuem regras de direito positivo, de natureza constitucional”, citando a jurisprudência do Conselho de Estado Francês, a qual confere valor jurídico às disposições do Preâmbulo, invocando-o como fonte positiva e constitucional de modo a explicar o alcance dos “princípios gerais do direito perante a Administração” (*Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p. 376).

¹⁴⁹ *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 119.

¹⁵⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 101, 374 e 475.

¹⁵¹ Alberto Ramón Real. La fundamentación del acto administrativo. *Revista de Derecho Público*, n. 62, p. 17.

¹⁵² *Curso de direito administrativo*, p. 374.

Democrático e da juridicidade da Administração, impondo à última uma conduta transparente e racional¹⁵³.

2.4.2 Legalidade

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, sendo “justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”¹⁵⁴, impondo limites à atuação administrativa e contenção de eventual arbítrio¹⁵⁵.

É por meio da legalidade que se dá o exercício concreto do Estado Democrático de Direito, pois é mediante a aplicação formal e substancial da lei que a Administração Pública cumpre a vontade popular¹⁵⁶.

Decorre da consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que,

de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei. Consiste ainda o princípio numa tradução jurídica de um propósito político, impondo aos administradores públicos um “*quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos*”¹⁵⁷.

Os fundamentos constitucionais do princípio da legalidade encontram-se expressos no art. 5.º, II, da Constituição Federal, figurando entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; no art. 84, IV, ao dispor que compete ao Presidente da República “[...] expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”, e no art. 37, *caput*, no capítulo dedicado à Administração Pública.

¹⁵³ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 215.

¹⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 88-89.

¹⁵⁵ Afirma Renato Alessi que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza (*Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 12). Por sua vez, assevera Afonso Rodrigues Queiró que a Administração é a *longa manus* do legislador e que “a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais (Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: ———, *Estudos de direito público*, p. 103).

¹⁵⁶ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 76-77.

¹⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 88-89.

Ademais, encontra-se explicitamente consagrado entre os princípios da Lei de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei 9.784/1999, art. 2.º), estatuinto no parágrafo único, inciso I, de seu art. 2.º, que nos processos administrativos a conduta do administrador público deverá ser conforme a lei e o direito. Dessume-se daí que a legalidade é empregada em sentido amplo, tendo em conta que a Administração não deve subordinação apenas à lei, devendo respeito à legalidade, “encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável”¹⁵⁸, não querendo com isso dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao direito, pois, no dizer de Juarez Freitas,

a legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada¹⁵⁹.

Tal entendimento é corroborado por Lúcia Valle Figueiredo ao ensinar que o princípio da legalidade não pode ser visto “de maneira acanhada, de maneira pobre”, uma vez que é muito mais amplo do que a mera sujeição do agente público à lei, “pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante”¹⁶⁰.

Adverte Germana de Oliveira Moraes, na esteira dos ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que a constitucionalização dos princípios gerais do direito ocasionou de certo modo o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, propiciando a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, conduzindo à substituição da idéia do direito restrito à legalidade pela noção de juridicidade, “não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43-44.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁶⁰ Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

¹⁶¹ *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 29-30.

Ressalta a importância de observar e discernir “as fronteiras desses dois campos complementares e intercomunicáveis”. Na esfera da *juridicidade* há o domínio amplo do direito, “composto de princípios e regras jurídicas, ou seja, de normas jurídicas”, enquanto a esfera da *legalidade* está “circunscrita às regras jurídicas”. Dessa forma, a noção de legalidade dá-se no sentido de conformidade dos atos administrativos com as leis, ou melhor, com as regras (normas em sentido estrito), ao passo que “a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”¹⁶².

Partilha-se o entendimento de que a legalidade deve ser entendida como “juridicidade”, uma vez que o administrador público submete-se não apenas à lei, mas também ao direito (o que restou consagrado no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei Federal 9.784/1999), o qual pode vir instrumentalizado por princípios e regras jurídicas (normas jurídicas).

Observa Marcos M. Fernando Pablo que obrigar a motivar um ato de qualquer das esferas do Poder Público é limitá-lo não somente em sua atuação alusiva ao *princípio da legalidade*, mas também à necessidade de invocar e aplicar um *critério objetivamente aceitável, por razoável e prefigurado pelo ordenamento jurídico*¹⁶³ (grifos nossos). Esclarece, outrossim, que a motivação das sentenças não decorreu de simples exigência de legalidade, “mas, sim, de opções conscientes dos revolucionários franceses, a fim de submeter os juízes à *obrigação de demonstrar a racionalidade de seus julgados*”¹⁶⁴ (grifos nossos).

A legalidade constitui a primeira norma limitadora do arbítrio, ou seja, “a degeneração subjetiva do arbítrio legítimo, traduzida na obrigação da decisão vir acompanhada de um discurso justificativo”¹⁶⁵.

¹⁶² *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 30-31.

¹⁶³ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 21.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 21-22.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

A motivação, entre outros princípios, é considerada essencial para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo exercido pelos Poderes Judiciário, Legislativo e popular¹⁶⁶, além do controle pelo Tribunal de Contas e Ministério Público.

Na ótica de José Roberto Pimenta de Oliveira, a exigência da motivação permite verificar o cumprimento do princípio da legalidade material ou substancial, do qual se extrai sua importância na aferição da compatibilidade do ato administrativo com a lei e o direito, rechaçando eventual arbítrio da atividade administrativa mediante a justificativa de suas decisões, possibilitando, ainda, o controle dos atos administrativos em seus vários âmbitos, máxime o controle jurisdicional¹⁶⁷.

Na ausência de motivação do ato, sequer será possível precisar se existiram os motivos, muito menos reconhecer se havia razões aptas ou juridicamente idôneas para justificar o motivo fático diante da finalidade legal, quando a providência tomada ou praticada “haja sido expedida no exercício de alguma discricção”¹⁶⁸.

Destarte, o administrador deverá indicar os fundamentos de fato e de direito, bem como a pertinência lógica entre o “motivo” que deu por existente e o “conteúdo” do ato administrativo, máxime quando tais esclarecimentos se fizerem indispensáveis (especialmente no exercício da competência discricionária), de modo a possibilitar a visualização da adequação da conduta administrativa com a lei que a embasou.

Evidencia-se, assim, a motivação como uma necessidade tendente à observância do princípio da legalidade na atuação dos órgãos estatais¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 500 anos de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 1, p. 206, abr.-jun. 2003.

¹⁶⁷ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 277.

¹⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, p. 65.

¹⁶⁹ Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, v. II, p. 113.

2.4.3 Razoabilidade

Não existe outro meio de verificar a legalidade de certos atos administrativos, a não ser analisando-os pela razoabilidade.

Salienta Oswaldo Luiz Palu que a razoabilidade consiste numa “técnica de avaliação entre o instrumento concreto utilizado e o fim perseguido, ou seja, uma relação custo-benefício e a verificação da eficiência, bem assim relacionada aos cânones da coerência e congruência”¹⁷⁰.

A jurisprudência pátria vem assimilando o princípio da razoabilidade, principalmente no que diz respeito às sanções disciplinares e de polícia¹⁷¹.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça¹⁷² como o Supremo¹⁷³ Tribunal Federal vêm se valendo do princípio em seus acórdãos, de tal forma que este pode ser encarado como “uma das ‘válvulas de segurança’ do sistema jurídico, a outorgar à jurisdição um poder de anular opções claramente arbitrárias, evidentemente injustas ou despropositadas”¹⁷⁴. Destarte, não só o ato administrativo em sentido estrito é alvo de controle judicial pelo critério da razoabilidade.

Celso Bastos traz à colação algumas decisões, na esteira do estudo de Luís Roberto Barroso, nas quais os tribunais superiores se valeram da razoabilidade:

- a) ao considerar inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper),

¹⁷⁰ Oswaldo Luiz Palu. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 252-253.

¹⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 199.

¹⁷² STJ, 1.^a T., REsp 21923-5/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 20.05.1992, *DJ* 13.10.1992; STJ, 1.^a T., REsp 819.876/PI, rel. Denise Arruda, m.v., j. 16.05.2006, *DJ* 22.06.2006; STJ, 1.^a T., AgRg no AG 728.296/RS, rel. Min. José Delgado, v.u., j. 1.^o.06.2006, *DJ* 26.06.2006.

¹⁷³ STF, Pleno, ADI 855-2/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, m.v., j. 1.^o.07.1993, *DJ* 01.10.1993 (o STF admitiu, liminarmente, a violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, por lei estadual que impunha pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição, na presença do consumidor, exigindo, ainda, pagamento imediato de eventual diferença a menor); STF, Pleno, ADI 1158-8/AM, rel. Min. Celso de Mello, m.v., j. 19.12.1994, *DJ* 26.05.1995; STF, 2.^a T., RE 192568-0/PI, rel. Min. Marco Aurélio, m.v., j. 23.04.1996, *DJ* 13.09.1996; STF, 1.^a T., HC 76060/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 31.03.1998, *DJ* 15.05.1998; STF, 2.^a T., RE 211043-4/SP, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 19.05.1998, *DJ* 07.08.1998; STF, 2.^a T., AgRg em RE 205535-2/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 22.05.1998, *DJ* 14.08.1998; STF, Pleno, ADInc 3522/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.11.2005, *DJ* 12.05.2006 (a Corte Constitucional decidiu que se mostra conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate de pontuação em concurso público tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público).

¹⁷⁴ Oswaldo Luiz Palu. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 252-253.

haja vista que são os agentes e não o delegado que de regra desempenham as missões;

b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais;

c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado “julgamento de consciência”, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre a sua vida pública e privada¹⁷⁵.

Nos julgamentos acima mencionados, o Poder Judiciário teve em mira a anulação de atos administrativos, sendo possível, contudo, a aplicação da técnica da razoabilidade aos atos legislativos¹⁷⁶.

Celso Ribeiro Bastos, discorrendo acerca da razoabilidade, preleciona que no direito brasileiro a técnica da razoabilidade no texto constitucional pode ser admitida sob duas óticas. Pela primeira delas, advinda da doutrina alemã,

pode-se considerar o “princípio da razoabilidade” como implícito no sistema, revelando-se assim como um “princípio” constitucional não-escrito. Por outro lado, poder-se-ia, já agora sob a inspiração direta da doutrina norte-americana, extraí-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo à dita cláusula¹⁷⁷.

Não há uniformidade doutrinária a respeito. De um lado, há doutrinadores que sofrem maior influência da jurisprudência norte-americana, vinculando o princípio da razoabilidade ao devido processo legal e ao da isonomia¹⁷⁸.

Dentre os que o relacionam com o devido processo legal, o princípio da razoabilidade também explicita uma face da legalidade, visto que “a lei jamais autorizaria uma atitude de exagero, de megalomania, ou uma atuação desarrazoada, insensata”¹⁷⁹. Assim, a estreita vinculação do princípio do devido processo legal, em seu aspecto material, com a noção de razoabilidade ocorre sob o

¹⁷⁵ Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 236-237.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 236-238.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 235-236.

¹⁷⁸ Nesse sentido, destacam-se Santiago Dantas, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Roberto Siqueira de Castro, Caio Tácito e Suzana de Toledo Barros.

¹⁷⁹ Gerfran Carneiro Moreira. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito. In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 109.

fundamento de que o princípio tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais contra condutas irrazoáveis, desproporcionais e arbitrárias eventualmente praticadas pelo Poder Público¹⁸⁰.

Por outro turno, há autores¹⁸¹ que adotam mais a orientação do direito francês, espanhol e argentino, identificando a razoabilidade com o princípio da *proporcionalidade entre os meios e os fins*¹⁸².

Cumpra, no entanto, ressaltar que não se deve confundi-la com a proporcionalidade, embora, para a maioria dos autores, tais princípios estejam intimamente relacionados, possuindo embasamento constitucional comum. Em outras palavras, não há sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de apresentarem pontos comuns entre si. Por tal razão uns os tratam indistintamente como “noções fungíveis”¹⁸³.

O princípio da proporcionalidade é considerado por Celso Antônio Bandeira de Mello como uma faceta, uma manifestação do *princípio da razoabilidade*, ambos com assento constitucional nos cânones da legalidade¹⁸⁴, externando acerca da razoabilidade que:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Alexandre de Moraes. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 114. No mesmo sentido, Oswaldo Luiz Palu averba que da cláusula do devido processo legal substantivo, advinda do direito anglo-americano, decorre um eficaz instrumento de controle da razoabilidade dos atos legislativos e governamental (*Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 252-253).

¹⁸¹ Entre eles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo.

¹⁸² Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 191-192.

¹⁸³ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 138.

¹⁸⁴ O princípio da razoabilidade encontra assento constitucional nos mesmos dispositivos que embasam os princípios da legalidade (arts. 5.º, II, 37 e 84) e da finalidade (os anteriores, além do art. 5.º, LXIX).

¹⁸⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 97.

Lúcia Valle Figueiredo comenta que a razoabilidade se atrela “à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas”, vinculando-se “às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência”¹⁸⁶.

A proporcionalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário.

O princípio da proporcionalidade liga-se estreitamente à razoabilidade, por força do qual é vedada a exigência de sacrifícios dos “interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários”, a não ser na medida essencial da implementação da necessidade pública ou dos interesses coletivos¹⁸⁷.

Por sua vez, Maria Paula Dallari Bucci explicita que “o princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso, aplicada ao direito”. A razoabilidade como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração ou como princípio jurídico “é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito”¹⁸⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro não visualiza diferença substancial entre os autores que adotam diferentes orientações, em que pese a linha de raciocínio ser um pouco diversa, uma vez que o resultado final é o mesmo. Busca-se, em verdade, a “compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 50.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 50-51.

¹⁸⁸ O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 16, p. 173, jul.-set. 1996.

¹⁸⁹ *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*, p. 191.

É de destacar o conteúdo do inciso LXXVIII do art. 5.^o¹⁹⁰, inserido pela EC 45/2004, que tornou expresso o princípio da razoabilidade, e o do inciso XIII do art. 93¹⁹¹, inserido pela EC 45/2004, que consagrou o princípio da proporcionalidade.

Na legislação infraconstitucional, a Lei Federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) contemplou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em seu art. 2.^o, *caput*, dispondo ainda, em seu parágrafo único, VI, que deverá haver “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Dessa forma, a Administração Pública, no exercício da função administrativa, deve pautar-se com racionalidade e proporcionalidade. Nesse aspecto, a motivação possibilita aferir se o comportamento do administrador se ateve aos lindes da razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, as condutas administrativas não poderão ser irracionais e desproporcionais, o que implicaria decisão contrária ao interesse público. Ademais, inadmissível o exercício do poder disciplinar sem o devido processo legal, bem como de maneira não razoável e desproporcional, oportunidade em que a motivação torna-se imprescindível como instrumento balizador da conduta administrativa.

Roberto Dromi endossa as conclusões externadas, averbando que a razoabilidade delimita ou demarca a segurança, a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não-arbitrariedade¹⁹².

Quanto à motivação e a razoabilidade, colhe-se da obra de José Roberto Pimenta de Oliveira que,

¹⁹⁰ “Art. 5.^o [...]”

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁹¹ “Art. 93 [...]”

XIII – O número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.”

¹⁹² *Derecho administrativo*, p. 49.

por meio da motivação, justifica-se a utilização concreta da competência administrativa, o seu exercício racional e razoável, isto é, comprova-se a idoneidade de seu uso *in concreto* perante a ordem constitucional. A motivação deverá explicitar não apenas o nexo lógico, mas sobretudo o *liame axiológico* existente entre as circunstâncias de fato e de direito analisadas pela Administração, as providências jurídicas por esta emanadas, com vistas ao atendimento das finalidades que presidem cada atuação administrativa.

*Existente margem de valoração no exercício da competência, é na motivação que se analisará a observância da razoabilidade imposta ao agente da Administração, quanto à eleição ou decisão tomada e sua respectiva medida de promoção ou sacrifício de bens, valores, interesses e direitos envolvidos em cada caso*¹⁹³ (grifos nossos).

A razoabilidade constitui importante instrumento de controle do ato administrativo, do qual a motivação é instrumento. A razoabilidade relaciona-se intimamente com a motivação, na medida em que é por intermédio desta que se pode aferir o discurso justificativo do exercício razoável da atividade administrativa, diante do caso concreto.

Resta visível a importância da motivação na aferição da razoabilidade da conduta administrativa, de modo a visualizar-se com maior clareza se houve ou não coerência lógica nas decisões adotadas pela Administração Pública, viabilizando-se, assim, o controle jurisdicional, máxime no exercício da competência discricionária.

2.4.4 Moralidade

A Constituição Federal de 1988 albergou expressamente o princípio da moralidade entre os princípios da Administração Pública em seu art. 37, *caput*, o que de certa forma constituiu inovação, ao cotejar nosso ordenamento jurídico com os dos demais países ocidentais.

Ademais, a ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa, entre outros, encontra assento constitucional no art. 5.º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o

¹⁹³ Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, p. 279.

Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (grifos nossos).

Portanto, a lesão à moralidade constitui um dos fundamentos da ação popular acima delineada como garantia contra a improbidade administrativa, uma vez que o cidadão brasileiro figura como parte legítima na propositura da declaração de nulidade de ato administrativo lesivo aos bens tutelados pela lei da ação popular, além das demais ações cabíveis perante as disposições constitucionais e diplomas legais que regem a matéria¹⁹⁴.

Não basta o administrador público se ater ao cumprimento da legalidade, devendo sua conduta pautar-se, ainda, pela moralidade, pois a moralidade administrativa está estreitamente ligada ao dever de probidade do administrador público, exigindo-se deste mais do que o cumprimento da lei, uma conduta proba, vale dizer, boa conduta administrativa, como consectário do dever da boa administração.

A Administração Pública e seus agentes devem atuar em conformidade com os princípios éticos, cuja violação implica conduta passível de invalidação. Os

¹⁹⁴ O ordenamento jurídico pátrio, ainda que no auge do positivismo, se valia dos princípios gerais de direito, com função subsidiária da lei, integradora do direito, difundindo valores éticos, desde o advento da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei 4.657, de 04.09.1942, cujo art. 4.º prescreve que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. Desde a primeira Constituição da República, em 1891, a probidade administrativa era prevista entre os deveres do Presidente da República, cuja violação implicava responsabilidade criminal (Constituição de 1891, art. 54, § 6.º; Constituição de 1934, art. 57, f). A Constituição de 1937 (art. 85, d); a Constituição de 1946 (art. 89, V); a Constituição de 1967 (art. 82, V, da Emenda 1/1969) inseriram nos respectivos textos constitucionais o crime de responsabilidade por atos praticados pelo Presidente da República contra a probidade administrativa. A Constituição de 1946 (art. 141, § 31); a Constituição de 1967 (art. 151) e a EC de 1969 (art. 153, § 11), além da Constituição de 1934 (art. 113 – ação popular), abolida pela Constituição de 1937, retornando à Constituição de 1946 (art. 141, § 38), regulamentada pela Lei 4.717, de 29.06.1965 (ação popular), mantida pela Constituição de 1967 (art. 150, § 31) e pela EC de 1969 (art. 153, § 31), como ação constitucional, passível de controle pelo cidadão perante atos lesivos ao patrimônio, constituíram o berço da noção de moralidade adotada pela Constituição Federal de 1988. Ressalta-se, ainda, o Decreto 19.938/1930, que antecedeu as mencionadas Constituições, o qual preceituava em seu art. 7.º que “Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos à revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa”. Acresça-se ainda: Lei 4.717, de 29.06.1965 (lei da ação popular), prevista no art. 5.º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988; Lei 8.429, de 02.06.1992, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, além dos demais atos de improbidade administrativa lá previstos, sujeitos às penas do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal; art. 85, V, da Constituição Federal, que trata do crime de responsabilidade do Presidente da República por prática de ato que atente contra a probidade administrativa (Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 118, nota de rodapé n. 123-126).

preceitos morais incorporam-se por vezes às normas jurídicas. Entretanto, após a inserção dos princípios de direito, tal como o da moralidade, nas Constituições, a mesma incorporação de preceitos morais ocorreu também no âmbito do direito público.

Em face do direito positivo brasileiro, não se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa, tendo que a Lei Maior de 1988 os mencionou como princípios autônomos. Com efeito, no art. 37, *caput*, está posta a moralidade como um princípio da Administração Pública; no § 4.º desse mesmo dispositivo estão mencionadas as sanções aplicáveis pelo cometimento de atos de improbidade administrativa; no art. 55, II, está prevista a perda do mandato pelo deputado ou senador que infringir o decoro parlamentar; e no art. 85 considera-se crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atentar contra a probidade na administração¹⁹⁵.

A Lei 9.784/1999 consagra no art. 2.º, *caput*, a moralidade entre os princípios a que se obriga a Administração Pública e, no parágrafo único, inciso IV, exige “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, com referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa.

Na ótica de Germana de Oliveira Moraes, “à luz da compreensão do direito por princípios”, pode-se asseverar com segurança que “a moralidade integra o direito, mas nem sempre integra a legalidade, no sentido estrito do termo”¹⁹⁶.

Como conceito aberto, a moralidade é de difícil conceituação. Contudo, a doutrina vem se debruçando sobre o tema.

Marcelo Figueiredo subdivide, para fins didáticos, três fases do tema da moralidade administrativa, sendo a primeira fruto do pensamento de Hauriou e Ripert, em que a imoralidade constitui elemento interno da legalidade, ou seja, trata-

¹⁹⁵ Sérgio Ferraz; Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 66.

¹⁹⁶ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 132.

se de um conjunto de regras de conduta extraídas “da disciplina interior da Administração Pública”¹⁹⁷.

A segunda fase, influenciada pela primeira, visualiza a imperiosidade de sindicar com maior afinco “os motivos de fato discricionariamente considerados pela Administração Pública, bem como as finalidades dos atos administrativos exercidos pelo agente”, na esteira de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cuja tônica está sediada no controle da Administração Pública, com supedâneo na teoria dos motivos determinantes e do desvio de poder¹⁹⁸.

Por fim, a terceira fase dá nova roupagem ao tema da moralidade administrativa, passando a ser “clamada como direito público subjetivo”, adquirindo, portanto, “foros expressos de juridicidade”, tornando-se princípio constitucional, vale dizer, não mais exclusiva da ‘administração’¹⁹⁹.

E, mais adiante, ressalta que é possível haver “afronta à moralidade administrativa como causa autônoma de invalidação do ato impugnado”, concluindo que a “moralidade será poderosa aliada na busca da finalidade do ato, na busca do interesse público, no contraste do ato discricionário, na análise de possíveis desvios de finalidade”²⁰⁰.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari alertam sobre a impropriedade de associar o princípio da moralidade apenas à moral comum, lembrando que o direito pátrio consagrou a moralidade administrativa, sendo passíveis de contraste judicial os atos ofensivos a preceitos morais juridicizados²⁰¹. Invocam, para tanto, as lições de Márcio Cammarosano:

A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico, porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão “moralidade” porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral.

¹⁹⁷ *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.86.

¹⁹⁸ Marcelo Figueiredo. *O controle da moralidade na Constituição*, p. 86.

¹⁹⁹ *Ibidem*, mesma página.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 91.

²⁰¹ *Processo administrativo*, p. 68.

Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica²⁰².

Nesse passo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que “pode-se até afirmar que a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) inseriu a moral no âmbito do direito, ao considerar atos de improbidade os que atentem contra os princípios da Administração (art. 11)”²⁰³.

O princípio da moralidade está intimamente vinculado à ética estatal nos governos, nos sistemas jurídicos, enfim, ao “direito ético”.

Observa Germana de Oliveira Moraes que, na doutrina brasileira, o conteúdo do princípio da moralidade é relacionado, por vezes, à teoria do desvio de poder ora à moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração ou, ainda, com pautas éticas da atuação dos agentes públicos²⁰⁴, destacando

o conteúdo do princípio da moralidade administrativa reporta-se, quanto aos fins da Administração Pública, a essa vinculação teleológica da atuação administrativa e, quanto aos meios utilizados para a consecução desses fins, aos valores éticos de observância obrigatória pelos agentes públicos²⁰⁵.

O princípio da moralidade administrativa, sob a ótica da ética, ou seja, analisado em sentido estrito no que tange à conduta dos agentes públicos, intercepta ou se conecta com os princípios da impessoalidade e da publicidade. Salienta, também, Germana Moraes que o princípio da moralidade, sob o prisma da ética, guarda relação, ainda, com os valores confiança, honestidade, lealdade e respeito aos valores culturais acatados por determinada sociedade, “aos quais correspondem as seguintes dimensões: a) boa-fé (tutela da confiança); b) probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade); c) razoabilidade (expectativa da conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente público)”²⁰⁶.

²⁰² Márcio Cammarosano. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. 1997. 175 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 157.

²⁰³ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 164.

²⁰⁴ *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 123.

²⁰⁵ *Ibidem*, mesma página.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 125-126.

Marcelo Figueiredo lembra que há autores modernos vinculando a moralidade “à lealdade, boa-fé, aos padrões éticos vigentes em dada época e sociedade”²⁰⁷.

Assim, Jesús González Perez leciona que no âmbito do princípio da moralidade administrativa incluem-se os denominados princípios da lealdade e boa-fé, constituindo a boa-fé um dos princípios gerais do ordenamento jurídico, informando a atividade interpretativa e integrativa. Vale dizer, a Administração deverá agir com sinceridade em relação aos administrados²⁰⁸.

Nesse espeque, Germana de Oliveira Moraes leciona que “o princípio da razoabilidade, em sentido estrito, coincide com certos aspectos do princípio geral da boa-fé, componente do princípio da moralidade”, afirmando que a razoabilidade, em sentido estrito, é conteúdo parcial da moralidade administrativa, em função da qual espera-se um comportamento normal do agente público, semelhante ao homem comum, honesto, leal e confiável, tendo em vista os *standards* e a regra do consenso²⁰⁹.

Outro aspecto a ser observado é o trazido à colação por Egon Bockmann Moreira, ao esclarecer que a moralidade pode ser submetida a controle objetivo quando houver violação ao princípio, ainda que o agente público esteja convicto de que atendeu ao interesse público sem benefício pessoal, pois a moralidade veda condutas imorais (opostas à Moral em vigor) e amoral (indiferente às valorações da Ética, caracterizada pela ausência de senso moral)²¹⁰.

No que tange ao controle do ato no âmbito da moralidade administrativa, o controlador, em especial o juiz, deve ter “firmeza de ânimo”, “ponderação” e “extrema acuidade”²¹¹. Observa, ainda, que, como requisitos na verificação da

²⁰⁷ Marcelo Figueiredo. *O controle da moralidade na Constituição*, p. 86.

²⁰⁸ *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 53.

²⁰⁹ *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 130.

²¹⁰ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 97.

²¹¹ Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 184-185.

improbidade, podem-se apontar a grave violação do senso médio superior de moralidade e a inequívoca intenção desonesta, entre outras observações²¹².

Ademais, deve o controlador, “com igual firmeza, diante de comprovada improbidade administrativa ensejadora de enriquecimento ilícito, por sua nota de irretorquível gravíssima hostilidade ao princípio do interesse público”, aplicar as sanções cabíveis em sua inteireza²¹³.

Neste diapasão, imperiosa a motivação como instrumento de visibilidade da conduta administrativa, tanto no que se refere ao controle judicial como ao controle pelo cidadão, que tem à sua disposição a ação popular, de envergadura constitucional, bem como a imprescindível garantia do interesse público diante de eventual improbidade administrativa, além de instrumento de garantia dos administrados em geral.

A vinculação da motivação com a moralidade resta patente, em especial em sede de controle jurisdicional, uma vez que as intenções não podem ser colhidas sem a devida externalização. Sabe-se que a moralidade é de difícil aferição na ausência de motivação, razão pela qual a motivação apresenta cunho de imprescindibilidade em face da moralidade administrativa. Logo, ambas caminham *pari passu*.

²¹² Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 184-185. Sintetiza, pugnando pela autonomia do princípio da moralidade como valiosa contribuição para seu crescimento e reforço aos demais princípios, além de propiciar a superação da rígida dicotomia entre direito e moral, tão enganosa quanto a que pretende apartar direito e sociedade, máxime diante dos avanços do sistema jurídico contemporâneo. Diante dos inúmeros desdobramentos que o princípio em comento comporta, destaca os seguintes, dentre eles, alguns já abordados no presente item: a) Está expressamente consagrado nos arts. 37 e 5.º, LXXIII, da CF/88 [...]; b) Encontra proteção autônoma por meio da ação popular [...]; c) A proibidade administrativa é subprincípio de notável significação jurídica e política, figurando como uma das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República o atentar contra a proibidade na administração (CF, art. 85, V). Acresce que a improbidade administrativa desponta como uma das causas de suspensão dos direitos políticos (CF, arts. 15, V, e 37, § 4.º). Grande é a importância do subprincípio, sobretudo com o advento da sua normatização no plano infraconstitucional (Lei 8.429/1992) [...]; d) “O princípio da moralidade, no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, prescreve extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente). É certo que um controlador arguto, tendo em vista a mencionada submissão do administrador ao Direito, conseguiria alcançar resultado idêntico, por outras vias. Igualmente é inegável que o princípio da proporcionalidade, ampliada a sua acepção, conduziria a resultados assemelhados. Contudo, o reconhecimento autônomo dos deveres de proibidade (inclusive no Direito Privado – vide neste caso, o art. 422 do Código Civil) representa um irrenunciável avanço na marcha do principialismo eficaz” (grifos nossos) (op. cit., p. 53-56).

²¹³ *Ibidem*, p. 184-185.

2.4.5 Publicidade

A Constituição Federal estabelece o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, albergado e assegurado em vários assentos constitucionais. Assim, está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna e em manifestações específicas do acesso à informação (art. 5.º, XIV), do direito à *informação*, como se lê no art. 5.º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, *b*, esse último para o caso específico de certidão²¹⁴. Além disso, o mesmo art. 5.º, no inc. LXXII, confere a garantia do *habeas data*, para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados²¹⁵ (a Lei 9.507/1997 disciplina o rito do processo de *habeas data*).

Na esfera administrativa o sigilo só é admitido, a teor do art. 5º, XXXIII²¹⁶, quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, sendo, ainda, possível restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5.º, LX CF)²¹⁷.

No campo infraconstitucional, a Lei 9.784/1999, em seu art. 2.º, parágrafo único, inc. V, exige “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” e em seu art. 38, § 1.º, impõe o dever de constarem na motivação do relatório e da decisão os elementos probatórios considerados pelo administrador, de modo a atender o princípio da publicidade ou transparência administrativa. Reserva ainda o Capítulo IX à publicidade, visando resguardar os administrados em caso de restrição de direitos, em que pese a comunicação dos atos ser necessária também nas demais hipóteses.

Na doutrina, Dinorá Adelaide Musetti Grotti pontua que:

²¹⁴ Conforme a Lei Federal 9.051/1995, a certidão deverá ser expedida no prazo máximo de 15 dias para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

²¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 102-103.

²¹⁶ A Lei Federal 11.111/2005 regulamenta a parte final do disposto no inc. XXXIII do art. 5.º da CF/1988 e dá outras providências. O Decreto Federal 5.301/2004 regulamenta o disposto na Medida Provisória 228, de 09.12.2004, convertida na Lei 11.111/2005.

²¹⁷ O art. 5.º, X, da Constituição estabelece serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A transparência ou visibilidade, também tratada como publicidade, contrapondo-se, à opacidade, ao invisível, ao secreto, colabora para garantir os direitos dos administrados, para facilitar o controle da sociedade sobre os atos governamentais e sobre os comportamentos e decisões administrativas, assim como granjear a confiança e o apoio do administrado²¹⁸.

E acrescenta:

A importância da transparência deve ser particularmente enfatizada na chamada “Administração Pública gerencial”, na medida em que vem sendo crescentemente proposta a redução dos controles legais de procedimentos (controles burocráticos) e a adoção de controles de resultados. Se a Administração Pública se torna desburocratizada e flexibilizada, é fundamental dar maior publicidade às suas ações para poder controlar o bom uso dos recursos utilizados, além de abrir caminho para a maior participação da sociedade no processo decisório, dando mais legitimidade à ação estatal²¹⁹.

Esclarece Wallace Paiva Martins Júnior que a publicidade é requisito formal relacionado com a existência do ato administrativo, podendo ser alterada ou excepcionada. No direito brasileiro, como se dá com a *publicação do contrato administrativo* (art. 61 da Lei 8.666/1993)²²⁰ e com o art. 41 da Lei 9.472/1997, a publicação (uma das formas de publicidade) é condição de eficácia de alguns atos²²¹.

No mesmo sentido, na esteira de Vallina Velarde, alerta Florivaldo Dutra de Araújo que “a postura que entende suficiente conter-se a motivação no original do ato, sem necessidade de plasmá-la na publicação ou notificação deste, deve ser afastada”²²².

Muitos doutrinadores defendem a íntima relação entre o princípio da publicidade e o da ampla defesa, visto que somente se pode falar em ampla defesa em processo em que a publicidade foi observada²²³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que no

²¹⁸ *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 309.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 311.

²²⁰ *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 56.

²²¹ *Ibidem*, p. 63-64.

²²² *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 128.

²²³ Mônica Martins Toscano Simões. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74.

Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em conseqüência, serem aplicadas as várias modalidades de controle nela previstos²²⁴.

Assim, o princípio da publicidade dá guarida à transparência administrativa, pois não há como reivindicar direitos escondidos ou sob o manto do sigilo. Sob esse prisma, o Supremo Tribunal Federal²²⁵ negou a possibilidade de decisão acerca de remoções de magistrados, pelos Tribunais, em sessão secreta e imotivada, com respaldo na EC 45/2004, que alterou o art. 93, X, da Constituição Federal, o qual determina que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e *em sessão pública*, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

O princípio da publicidade confere ao cidadão “o direito à informação – à transparência dos atos, procedimentos e contratos administrativos, e mais do que isso, à informação verdadeira”, ao passo que o mesmo princípio da publicidade confere à “Administração Pública o dever de motivar expressamente os atos administrativos”²²⁶.

Sobreleva ressaltar que para Germana de Oliveira Moraes o imperativo de transparência da Administração Pública, em que pese ser indispensável, não confere eficácia máxima ao princípio da publicidade, do qual também decorre o direito à informação verdadeira, ou seja, a veracidade por parte do administrador público²²⁷. Neste diapasão, reitera que o dever de motivar os atos administrativos *decorre do princípio da publicidade* e “potencializa o controle jurisdicional”. Por força

²²⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 83.

²²⁵ STF, MS 25747MC/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.02.2006, DJ 24.02.2006, p. 00059. No caso *sub judice*, a sessão não foi pública, tampouco houve a indicação da motivação correspondente, razão pela qual foi determinada a repetição dos atos editados.

²²⁶ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 113.

²²⁷ *Ibidem*, p. 113-114.

da publicidade, não se admitem atos secretos e viabiliza-se “o controle da legitimidade do exercício da Administração Pública”²²⁸.

Alguns autores entendem que o fundamento da motivação é formalidade vinculada ao princípio da publicidade, ou seja, consiste na transparência administrativa como decorrência do princípio democrático, na esteira das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem

a motivação, a nosso ver, é formalidade ligada ao princípio da publicidade e este não significa outra coisa que não a transparência, ausência de decisões secretas, possibilidade de dar ciência das decisões da Administração e das razões que a justificam. E, além do mais, formalidade sem a qual o direito à informação previsto no art. 5.º, XXXIII, da Constituição Federal poderia tornar-se inútil²²⁹.

Na trilha de Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta-se que o princípio da publicidade consiste no “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”²³⁰, ou seja, a publicidade e a transparência são noções fungíveis. Verifica-se, contudo, que parte da doutrina não identifica a publicidade com a transparência.

Extrai-se dos ensinamentos de Odete Medauar que, mesmo na ausência de previsão constitucional expressa, a motivação não resta elidida, buscando sua exigência na característica democrática do Estado brasileiro, *no princípio da publicidade e, em nível processual, na garantia do contraditório*, redundando tal pensamento, em sua ótica, *na conexão entre motivação e publicidade e a transcendência do princípio da transparência neles embasado*²³¹ (grifos nossos).

Para Egon Bockmann Moreira, *a motivação é a publicidade formal dos fatos e normas que determinam a prática do ato*, uma vez que explicita “a correlação lógica que se põe entre ambos e que resulta na decisão proferida pela autoridade administrativa”²³², pois apenas mediante a análise “da motivação do ato poder-se-á cogitar do cumprimento da legalidade, moralidade, publicidade etc.”, revelando-se,

²²⁸ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 107-108.

²²⁹ Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 74-76, 1996.

²³⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 102.

²³¹ Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006. p. 138 e 169.

²³² *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 332-333.

ainda, “o caráter de garantia instrumental em relação a outras garantias constitucionais”²³³.

De certo modo, o princípio da motivação é garantidor da publicidade material do ato administrativo, na medida em que enseja aos administrados o conhecimento sobre o conteúdo do ato do administrador²³⁴.

Dessa forma, a publicidade que visa conferir total transparência à atividade administrativa está umbilicalmente ligada à motivação, potencializando o controle do ato administrativo, facilitado pela motivação.

No que tange à vinculação da motivação com os princípios constitucionais da Administração Pública, conclui-se que o princípio da motivação decorre do Estado Democrático de Direito, do princípio da legalidade, implicando também reforço da transparência administrativa, auxiliado na contenção de eventuais arbítrios por parte das autoridades em geral, repudiados pelo regime democrático e pela Lei das Leis, pelo princípio da moralidade e razoabilidade.

2.5 Teleologia da motivação

A motivação destina-se a cumprir uma série de objetivos, divergindo a doutrina em alguns pontos.

Há quem defenda como fundamento da motivação o que, em verdade, se insere entre suas finalidades. Neste sentido, Wallace Paiva Martins Júnior²³⁵ esclarece que a raiz da motivação tem fundamento diverso do adotado pelos doutrinadores em geral²³⁶, asseverando que a ausência da motivação do ato

²³³ *Processo administrativo*: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 332-333.

²³⁴ Fábio Medina Osório. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 54, out.-dez. 1999.

²³⁵ Wallace Paiva Martins Filho. *Transparência administrativa*: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 232-234.

²³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello averba que o princípio da motivação consiste no dever de justificativa dos atos da Administração Pública, com indicação dos fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações, tidos por existentes, e a providência tomada, quando este esclarecimento for necessário para a aferição da consonância da conduta administrativa com a lei (*Curso de direito administrativo*, p. 100). José Eduardo Martins Cardozo vê na motivação um princípio constitucional implícito advindo da

administrativo não exclui a jurisdição, nem mesmo a evolução da “contenção da discricionariedade administrativa”, pois esta também se embasou na falta de motivação, ressaltando que a garantia não se aplica exclusivamente para fins de controle da Administração Pública²³⁷. Nas suas palavras, nem sempre a legalidade previa a motivação.

Os fundamentos acima delineados são, na realidade, as funções ou finalidades que a motivação como instrumento visa alcançar. Assim, o papel da motivação no controle jurisdicional dos atos administrativos, bem como na contenção da discricionariedade administrativa, constitui-se em finalidades da motivação²³⁸. Acrescenta que o controle é uma finalidade da motivação que poderá ser exercido sem ela, pois a motivação é instrumento daquele²³⁹.

A razão de ser do dever de fundamentar (finalidade), no moderno Estado Democrático de Direito, é de grande relevo não apenas para o *particular lesado por eventual atuação administrativa, mas do prisma do controle jurisdicional (e do controle em geral) na aferição da validade do ato e do próprio interesse público*.

Antes de tudo, e sob o prisma interno, a motivação vem assegurar a seriedade na formação da vontade da Administração. No entanto, no terreno formal, ou seja, na exteriorização dos fundamentos em razão dos quais se expede o ato,

legalidade, do controle jurisdicional e da afirmação do Estado Democrático de Direito, afirmando que “É pressuposto de um Estado assim qualificado a pública explicação dos atos que são tomados em nome da coletividade e em respeito às regras que disciplinam sua conduta”, significando “o imperativo jurídico de que os atos administrativos devam conter, em regra, em sua formalização, a narrativa escrita dos fatos que ensejaram sua prática, identificando-se de modo claro e suficiente para o controle de sua validade a razão jurídica pela qual foram praticados” (Princípios constitucionais da administração pública, de acordo com a EC 19/98. In: Alexandre de Moraes (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 179).

²³⁷ Wallace Paiva Martins Júnior diz que a doutrina sustenta a motivação como decorrência do princípio da legalidade, *mormente como limite à competência discricionária (teoria dos motivos determinantes)* e necessidade de controle (*Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 232-234).

Por sua vez, José Eduardo Martins Cardozo vê na motivação um princípio constitucional implícito advindo da legalidade, do controle jurisdicional e da afirmação do Estado Democrático de Direito, afirmando que “É pressuposto de um Estado assim qualificado a pública explicação dos atos que são tomados em nome da coletividade e em respeito às regras que disciplinam sua conduta”, significando “o imperativo jurídico de que os atos administrativos devam conter, em regra, em sua formalização, a narrativa escrita dos fatos que ensejaram sua prática, identificando-se de modo claro e suficiente para o controle de sua validade a razão jurídica pela qual foram praticados” (Princípios constitucionais da administração pública. In: Alexandre de Moraes (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*, p. 179).

²³⁸ Wallace Paiva Martins Júnior, *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 234.

²³⁹ *Ibidem*, mesma página.

“não é somente uma cortesia, mas sim a constituição de uma garantia para o interessado”, que, além de poder impugná-lo, terá como criticar as bases em que se funda. Ademais, a motivação facilita o controle jurisdicional da Administração “que sobre sua base poderá desenvolver-se com o conhecimento de todos os dados necessários”²⁴⁰.

Esclarece Fernando Pablo, tradicionalmente, que a motivação cumpre três funções (*finalidades*) essenciais:

*a satisfação psicológica da opinião pública, possibilitar um controle mais completo sobre o iter voluntatis do agente, e evitar atuações não meditadas por parte da Administração, funções as quais cumpre acrescentar as de conceder ao afetado o mais amplo conhecimento das razões pelas quais o ato foi expedido, tornar mais evidente o conteúdo, facilitar sua compreensão a outros órgãos administrativos e aos interessados, assim como possibilitar a melhor interpretação e aplicação do ato*²⁴¹, tendo a jurisprudência espanhola reduzido a motivação à função de facilitar o controle jurisdicional²⁴² [limitação esta não corroborada pelo autor] (grifos nossos).

Em sua ótica, não há como acolher a finalidade da motivação limitada apenas ao aspecto de facilitar o controle jurisdicional, esclarecendo que “a *doutrina italiana mais recente* abandonou esta apresentação das funções da motivação, sob o argumento de que *a função justificadora é única, independentemente de se dirigir a distintos destinatários*”, devendo, ao menos em termos dogmáticos, no direito espanhol, passar a um segundo plano²⁴³ (grifos nossos).

Cumprido, portanto, analisar o que se entende por finalidades, ou seja, a teleologia da motivação que, por razões práticas, subdividiu-se em quatro itens, quais sejam: 2.5.1 – Controle da função administrativa; 2.5.2 – Interpretação do ato administrativo; 2.5.3 – Integração de interesses indispensável a uma Administração democrática, e 2.5.4 – Eficiência e Administração: interesse público – grau ótimo – otimização de meios e fins.

²⁴⁰ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 192.

²⁴¹ Ibidem, p. 36. Esclarece Marcos M. Fernando Pablo que esta enumeração no direito italiano é adotada por Juan Luis de La Vallina Velarde, Giannini, Juso, Jaccarino, Martín-Retortillo. No direito francês, G. Isaac, subtraiu a função de garantia ou controle que desenvolve a motivação, acrescentando, desde logo, uma “função de persuasão”. Desde o final da década de 70, destaca-se igualmente o significado da motivação em relação ao princípio da publicidade (op. cit., p. 36, nota de rodapé 59).

²⁴² Ibidem, p. 193.

²⁴³ Ibidem, mesma página.

2.5.1 Controle da função administrativa

Preliminarmente, sói relembrar que a atividade jurídico-administrativa consiste no cumprimento de uma função, e a idéia de função traz consigo a de “dever” tendo em vista uma “finalidade”, isto é, exercício, no interesse alheio, de um poder cujo desempenho é obrigatório²⁴⁴.

A atividade do Poder Público tem por escopo os interesses da coletividade, oportunidade em que a noção de função administrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello torna-se impositiva, máxime por sua visão peculiar e inaugural na doutrina pátria de “dever-poder” no lugar de “poder-dever”.

Nas suas lições, a “atividade administrativa é o desempenho de ‘função’” e onde há função não há autonomia da vontade. “Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade”, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las²⁴⁵, que “são *instrumentais: servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolavelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*”²⁴⁶. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.

No Estado Democrático de Direito, a função pública é a atividade exercida com vistas a alcançar o interesse público, o que se dá “mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”²⁴⁷, vale dizer, a fim de atingir o dever ou finalidade a ser cumprida, é conferido ao agente público um determinado poder instrumental, como mero instrumento para que se cumpra o dever determinado em lei. O “dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”²⁴⁸.

²⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.65, p. 33, jan.-mar. 1983.

²⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 86.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 87.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

²⁴⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 15.

O controle da função administrativa visa essencialmente velar pela conformidade desta com o direito, e é por intermédio da motivação, precipuamente, que aquele será viabilizado, eis que a motivação na maior parte das vezes atua como instrumento de controle do ato administrativo, podendo o último, em determinados casos, ser exercido excepcionalmente sem aquela²⁴⁹.

Ademais, não há como curar de interesse alheio, vale dizer, do interesse público, sem mecanismos de aferição da conduta administrativa de modo a demonstrar a validade dos atos por ela praticados, sendo a presença da motivação indeclinável.

Vieira de Andrade alerta sobre a plurifuncionalidade da motivação, destacando, contudo, três finalidades precípuas, quais sejam:

a melhoria da qualidade e a legitimidade da decisão administrativa, decorrentes da ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo e de uma maior atenção à racionalidade objetiva (ou intersubjetiva) na escolha da melhor solução para perseguir o interesse público no caso concreto; o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da legitimidade das decisões administrativas de autoridade, designadamente no que respeita aos seus momentos discricionários, tendo em especial consideração a garantia do exercício efetivo do direito de recurso contencioso dos administrados; o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na dimensão informativa e participativa, no plano das relações com os particulares interessados, mas ainda numa dimensão de transparência “ecológica”, ao nível da relação com a comunidade global²⁵⁰ (grifos nossos).

Sobreleva destacar, dentre as várias finalidades apontadas, aquela pertinente ao aperfeiçoamento dos mecanismos de *controle da legitimidade das decisões administrativas de autoridade*.

Advém, segundo Wallace Paiva Martins Júnior, “da potencial contradição entre a presunção de legalidade e os princípios constitucionais” que gravitam ao redor da motivação, “compreensões de ordem formalista e substancialista” (dupla

²⁴⁹ É caso, por exemplo, do exercício excepcional do controle sem a motivação quando se pode visualizar mediante os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como por meio da causa e da finalidade (em certos casos) que o ato praticado está viciado ou maculado de vício.

²⁵⁰ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 79.

dimensão: natureza formal e material), “entre elas a de transparência e a de correto exercício da função administrativa (ou legitimidade substancial da decisão)”²⁵¹.

E mais, a partir da publicidade que a motivação confere aos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a decisão administrativa, permite-se aos administrados o conhecimento dos mesmos, possibilitando a valoração acerca da atividade e da gestão administrativa, e, sendo necessário, viabiliza a promoção das medidas cabíveis no âmbito da própria Administração ou do controle externo.

Além disso, o administrador, no exercício de função pública, deve prestar contas à sociedade, em decorrência do princípio da publicidade ou transparência administrativa, sendo certo que a motivação constitui primoroso instrumento de controle da função pública.

A par de a motivação cumprir uma série de finalidades ou funções e, não obstante o desempenho dessas funções demonstrar seu caráter instrumental, “transparece o caráter substancial da motivação como ingrediente contribuinte da legitimidade do exercício da função pública”²⁵² (como visto quando se analisou a natureza jurídica).

Esposa-se o entendimento de Fernando Pablo²⁵³ no sentido de que o papel principal da motivação “radica em seu caráter de garantia mínima precontenciosa, ou seja, em sua evidente relação com a posição do particular frente ao procedimento administrativo”, dado que “obrigar a motivar é obrigar a expor as razões que justificam uma decisão, é obrigar a ter tais razões”. Ademais, o controle preventivo da função administrativa (precontencioso) vem ao encontro não apenas da eficiência da máquina estatal descongestionando o Judiciário com causas que deveriam estar solucionadas no âmbito da própria Administração, mas também como garantia do administrado.

²⁵¹ Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 239.

²⁵² *Ibidem*, p. 237-238.

²⁵³ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 25.

Demonstra ainda a motivação os reais fundamentos que levaram o agente público à tomada de decisão, muitas vezes sendo instrumento importante no convencimento do destinatário acerca da justiça do ato, a fim de resguardar sua legitimidade, bem como afastar eventual dúvida sobre possível parcialidade do administrador²⁵⁴.

Resta patente o fundamental papel da motivação como instrumento de *aperfeiçoamento e controle da função administrativa* e do *ato administrativo*, em todas as suas modalidades, inclusive como garantia precontenciosa ou preventiva.

2.5.2 Interpretação do ato administrativo

Vários autores referem-se à utilidade da motivação como recurso interpretativo dos atos da Administração.

Para Ramón Real²⁵⁵, “a fundamentação facilita a interpretação e o controle do ato e defende a boa administração, além de garantir os direitos dos administrados [...]” (grifos nossos).

Antônio Carlos de Araújo Cintra também aponta o importante papel que exerce a motivação como “elemento empregado na interpretação do real alcance dos atos administrativos motivados”²⁵⁶.

A motivação facilita a interpretação do ato administrativo e possibilita o controle de legitimidade e de mérito, seja administrativo ou jurisdicional, mediante o conhecimento dos pressupostos e do raciocínio seguido pela autoridade administrativa, por relacionar a sua emanação com determinado conteúdo, configurando-se, assim, um instrumento de publicidade ou transparência²⁵⁷.

Florivaldo Dutra de Araújo adverte, reportando-se a Rivalta, que “a função interpretativa da motivação decorre logicamente do fato de ser ela a ‘tradução

²⁵⁴ Cláudio Mastrangelo Coelho. Motivação dos atos administrativos e judiciais: dever e direito fundamental. *Palestras: Curso de Atualização para Magistrados*, v. I, n. 1, p. 435.

²⁵⁵ Alberto Ramon Real. Fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 62, p. 13.

²⁵⁶ *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 113.

²⁵⁷ Roberto Scarciglia. *La motivazione dell'atto amministrativo*, p. 264.

prática dos motivos', concorrendo como o mais hábil instrumento capaz de aproximar o intérprete da real vontade do administrador"²⁵⁸. Ressalta essa última a importância da motivação nos casos de erro, em que a Administração deixou de expressar sua vontade real na decisão do ato. Assim, "por meio da motivação e da pesquisa dos dados nela expressos, pode-se verificar que a vontade declarada não corresponde à vontade predeterminada, real, do agente, fazendo-se prevalecer esta, ao invés daquela"²⁵⁹.

Por sua vez, pontua José Osvaldo Gomes que as decisões administrativas, quando devidamente fundamentadas, redundarão para os administrados num *juízo lógico de ponderação*, facilitando as relações entre sujeitos da relação administrativa, e não como produto da intuição dos agentes públicos²⁶⁰. Desse modo, o *autocratismo* é substituído por *um esforço de explicação e informação*, na medida em que *a fundamentação facilita a interpretação e aplicação prática do ato*²⁶¹.

Roberto Scarciglia salienta que a jurisprudência italiana sedimentou em inúmeras sentenças

a necessidade da motivação evidenciar o *iter* lógico e jurídico dos quais emerge a decisão administrativa, sobretudo quando tal externalização seja necessária para a individualização não apenas da norma aplicável ao processo administrativo, mas *qual a interpretação foi dada a fim de conduzir à conclusão alcançada*²⁶².

Cumprido, nesse passo, lembrar que dentre as principais funções da motivação sobressai a de possibilitar a melhor interpretação e aplicação do ato.

É indubitável que não há como aplicar a lei sem antes interpretá-la, razão pela qual o dever de motivação permite a visualização da interpretação conferida à norma legal pelo agente público, consistindo em garantia de que o mesmo se ateve aos lindes legais, facilitando o controle do ato praticado.

²⁵⁸ Maria Rivalta. *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e private interesse*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 185 apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 107.

²⁵⁹ Maria Rivalta. *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e private interesse*, p. 186-188 apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 107.

²⁶⁰ José Osvaldo Gomes, *Fundamentação do acto administrativo*, p. 22.

²⁶¹ Ibidem, mesma página.

²⁶² Roberto Scarciglia. *La motivazione dell'atto amministrativo*, p. 261.

Nas lições de Afonso Rodrigues Queiró, o agente administrativo desenvolve, antes de tudo, uma atividade interpretativa²⁶³, ressaltando que

entre a norma e a situação de fato, entre a norma e a realidade, interpõe-se o agente, que, tendo-as a ambas ante si – a norma e a sua enunciação dos fatos, e os fatos mesmos – está posto na necessidade, no dever, de tirar consequência, isto é, de agir, de praticar este ou aquele ato. Em direito público o ato funciona como consequência jurídica, exatamente porque é obrigatório²⁶⁴.

Diz-se que a atividade administrativa consiste na subsunção dos fatos às normas legais, e, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, na esteira de Stassinopoulos²⁶⁵, há um “intervalo” a ser preenchido pela Administração, entre a previsão legal e a atuação concreta de seu comando, na busca do “atingimento das finalidades por ela consagradas”²⁶⁶. Decorre daí, num primeiro momento, a imprescindível atividade interpretativa pelo aplicador da norma legal.

José Osvaldo Gomes esclarece que a expressa enunciação dos motivos de fato e de direito do ato “constitui um importante instrumento da sua interpretação”, pois esta deverá ocorrer, antes de mais nada, “através dos termos em que o ato se expressa”²⁶⁷, a teor da legislação portuguesa.

No mesmo sentido, a Lei Federal de processo administrativo determina ao agente público que motive o ato, mediante a enunciação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que estabelecerem o relatório ou a decisão (inc. VII do parágrafo único do art. 2.º e art. 50, *caput*, da Lei 9.784/1999), conferindo à motivação valioso instrumento na interpretação do ato administrativo.

A conjugação dos artigos da Lei 9.784/1999 (art. 2.º, parágrafo único, VII e demais incisos; *caput* do art. 50 c.c. o art. 38), no âmbito do processo administrativo federal brasileiro, permite evidenciar o *iter* lógico e jurídico percorrido pelo agente público (fundamento de fato e de direito combinado com o conteúdo probatório), do

²⁶³ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 55-56, out. 1946.

²⁶⁴ A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 55.

²⁶⁵ Michel Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*, p. 22-24.

²⁶⁶ Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 32.

²⁶⁷ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 149.

qual emana a decisão administrativa, possibilitando a individualização da norma aplicada e o devido esclarecimento acerca da interpretação adotada em face da conclusão alcançada.

Ademais, prevê a aludida Lei Federal que a interpretação da norma administrativa deve dar-se da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (parágrafo único do art. 2.º, XIII).

Acresçam-se a isso as demais previsões legais contidas nos diversos incisos constantes do parágrafo único do art. 2.º da Lei em comento que, *conjugados* com a indicação do pressuposto de fato e de direito, *facilitam a interpretação mediante o sopesamento da motivação com princípios outros previstos no mencionado artigo de lei.*

Extrai-se do conjunto de critérios (princípios) declinados no parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.784/1999 que a interpretação deve propiciar, da melhor maneira, o atingimento do interesse público, vale dizer, do fim público a que se dirige (inc. XIII), a observância da lei e o direito (inc. I), com objetividade (inc. III), dentro de padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inc. IV), entre outros.

As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. O dever de motivar previsto na Lei Federal 9.784/1999 veio “contribuir para que o intérprete promova o efetivo cumprimento do dever de motivação”²⁶⁸.

Enterría e Fernández asseveram que o princípio de interpretação conforme a Constituição de todo o ordenamento provém da necessidade judicial de se buscar interpretações das leis que salvem sua concordância com a Constituição, a fim de limitar, no que for possível, a declaração de inconstitucionalidade daquelas²⁶⁹.

²⁶⁸ Juarez Freitas. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 154 e 253.

²⁶⁹ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 110. Acrescentam que na Espanha há previsão expressa na LOPJ: “Proceder-se-á à suscitação (pelos juízes) da questão de inconstitucionalidade *quando pela via interpretativa não seja possível a acomodação da norma ao*

Inexcedível é o papel dos princípios no sopesamento dos valores envolvidos na interpretação do caso concreto, em que a motivação se destaca como instrumento de controle do ato administrativo, permitindo o balanceamento de todos os valores envolvidos, seja pelo administrador, em sede de controle interno, seja pelo órgão controlador externo.

O intérprete há sempre que tê-los em mente “no exercício da síntese concreta dos valores conflitantes, em busca do ‘governo’ dos princípios”, em substituição dos particularismos ultrapassados e arbitrários, exurgindo daí “a relevância do pressuposto democrático e das suas vastas implicações”²⁷⁰.

O administrador deverá valer-se dos princípios de direito e dos demais princípios constitucionais pertinentes na interpretação da norma legal, de modo que a subsunção do fato à norma possa ocorrer, ainda que para tanto o agente público deva acrescentar premissas complementares, mesmo diante de conceitos vagos ou imprecisos, no entendimento de parte da doutrina.

No dizer de Queiró, a interpretação se defronta com duas espécies conceituais: conceitos de significação definível e conceitos de significação indeterminada, denominando os últimos como “conceitos ‘plurissignificativos’, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas”²⁷¹, os quais (conceitos imprecisos) serão abordados no item 5.2.2.1.

Ensina que a lei é a tradução de conceitos, e os conceitos empíricos ou teóricos, no dizer de Queiró, não deixam margem à discricionariedade administrativa, mas podem deixar margem de dúvida a ser suprida pelo intérprete, na medida em que lacuna e direito público são conceitos antitéticos²⁷².

ordenamento constitucional”, decorrendo de tal previsão grande avanço no reconhecimento da importância da interpretação na aplicação da lei, o que se pode transpor para o âmbito da atividade administrativa (op. cit., p. 110).

²⁷⁰ Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 31-32.

²⁷¹ A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 55-56.

²⁷² *Ibidem*, p. 60.

Para esse autor, “decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência e, portanto, também do conteúdo do seu agir”²⁷³.

Afirma que “é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se, ele próprio, numa das várias interpretações possíveis e, tendo-a fixado, deva agir conseqüentemente”²⁷⁴.

Dessa forma, para Queiró, “depois da fixação dum interpretação – até ao procedimento concreto, já não é a liberdade que funciona, mas a necessidade”²⁷⁵.

Entende o autor português que é tarefa da interpretação verificar até onde a norma a comporta e, portanto, dentro do marco em que é possível a interpretação, quais as possibilidades contidas dentro desse marco.

Quando por intermédio da atividade interpretativa a autoridade administrativa não lograr êxito na obtenção de uma solução única, estar-se-á no campo da discricionariedade²⁷⁶. Neste caso, o agente público, no exercício da competência discricionária, diante de duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito, deverá optar por uma delas, valendo-se de critérios de conveniência e oportunidade, os quais não se estendem ao Poder Judiciário no exercício da atividade judicante²⁷⁷, a ser objeto de estudo no item 5.2.2.

Frisa-se, por oportuno, que a interpretação da norma visa buscar o seu alcance, o seu sentido e a extensão da mesma, atentando-se para o contexto social e para os valores que a norma visa resguardar. Entretanto, tal valoração não se dá ao alvedrio do intérprete ou aplicador da norma, razão pela qual deverá se ater à finalidade contida na norma, ao interesse público.

²⁷³ A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 56.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 58.

²⁷⁵ *Ibidem*, mesma página.

²⁷⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 123.

²⁷⁷ *Ibidem*, mesma página.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz à baila interessante observação, na esteira de Azzariti²⁷⁸, embasado nas lições de Massimo Severo Giannini, aduzindo *que a interpretação envolve determinada subjetividade ou intelecção*, e que “a discricionariedade, além do momento intelectual, envolve *um momento volitivo* e uma *capacidade criadora*”, por abranger diferentes graus de complexidade e uma operação lógica.

Mesmo diante da analogia (integração) não há que falar em momento criador do direito no processo de interpretação, pois o elemento valorativo, axiológico, está implícito na norma objeto da interpretação²⁷⁹.

Dessume-se do exposto o indeclinável papel da interpretação do ato administrativo como uma das finalidades da motivação, a par do inescusável mister que a interpretação desempenha no âmbito do controle do ato administrativo, viabilizado por intermédio da motivação.

2.5.3 Integração de interesses indispensável a uma Administração democrática

É de fundamental importância a motivação como *elemento pacificador das relações entre a Administração e os particulares*, sob a ótica da integração de interesses indispensável a uma Administração democrática. Tal função é de grande valia como garantia precontenciosa ou preventiva, de modo a desentravar o Judiciário em razão de questões mal resolvidas no âmbito da Administração, mas também do ponto de vista da relação administrado e Administração, imprimindo à última otimização no exercício da função pública.

As decisões administrativas, quando devidamente fundamentadas, resultam para os administrados num “juízo lógico de ponderação” e não num produto da intuição dos seus autores, facilitando as relações entre os “sujeitos da relação administrativa”²⁸⁰.

²⁷⁸ Gaetano Azzariti. *Dalla discrezionalità al potere*. Pádua: Cedam, 1989. p. 318 e ss. apud Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p.122.

²⁷⁹ Ibidem, mesma página.

²⁸⁰ José Osvaldo Gomes. *A fundamentação do acto administrativo*, p. 22-23.

Observa Guy Isaac *que a motivação atende a reclamos próprios da natureza humana ao substituir a mera afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão*²⁸¹.

Desse modo, o autoritarismo dá lugar à explicação e à informação, na medida em que a motivação facilita a compreensão do ato administrativo e a persuasão que deve integrá-la contribui com a melhora das relações entre a Administração e os administrados, além de facilitar o controle do ato administrativo.

A participação dos administrados, elemento fulcral de um Estado democrático, exige que todos sejam conhecedores dos motivos dos atos administrativos para controlar a adequação necessária entre seus motivos e sua finalidade, nisto consistindo a importância do princípio da motivação.

Nesse sentido a Constituição Federal, em seu art. 37, § 3.º, com a redação dada pela EC 19/1998, prevê a participação dos administrados ou usuários na Administração Pública direta e indireta, a ser disciplinada por lei, visando facilitar as reclamações contra os serviços que não atendam a eficiência e o acesso do usuário a informações sobre atos do governo e registros administrativos, como apontado no item 5.1.1.

Além de ser garantia formal na proteção de direitos dos administrados perante a Administração Pública, a motivação, sob a ótica substancial, decorre do direito de o administrado conhecer as razões que movem a atividade administrativa, seja ela de efeito geral ou individual²⁸².

Fernando Pablo destaca o alcance da motivação no âmbito interno da Administração, salientando que, ao motivar suas decisões, exerce uma verdadeira “Administração pedagógica”, convertendo muito de sua “imposição autoritária” em

²⁸¹ Guy Isaac. *La procédure administrative non contentieux*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968. p. 546 apud Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 114.

²⁸² Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 237-238.

“critérios de persuasão”, eis que vê o administrado não mais como um súdito, mas sim como um cidadão²⁸³.

Essa exigência vincula-se ao direito de informação e acesso ao interior do aparato administrativo, cuja importância não deve ser relevada, eis que cumpre a mesma função democrática exigida na motivação das sentenças, na medida em que se dirige ao público (controle difuso) em geral, mais do que às partes envolvidas (singularmente ou *inter partes*)²⁸⁴, por força do princípio democrático.

Contudo, o paralelo que comumente se traça entre a motivação do ato administrativo e da sentença (no âmbito das impugnações recursais) limita-se ao “aspecto endoprocessual”²⁸⁵. Mas, por outro lado, se considerar o “aspecto extraprocessual”, sobretudo o que vê na sentença um ato de autoridade, ou seja, um ato do poder público (estatal), as razões históricas e constitucionais exurgem e explicam a constitucionalização da exigência da motivação sob o prisma das relações entre Administração e cidadãos, o que se estende à motivação do ato administrativo, uma vez que se trata de um “*mandato racionalmente justificado*” e não apenas de uma imposição autoritária²⁸⁶.

A exemplo do que ocorreu com a motivação nas sentenças judiciais, ou seja, a promoção de uma verdadeira mudança de paradigma, de modo a ser inconcebível hodiernamente uma decisão judicial imotivada, tem-se a motivação do ato administrativo sob o prisma não apenas dos princípios republicanos que impõem à Administração a obrigação de prestar contas de seus atos, permitindo a impugnação dos mesmos pelos que tenham seus direitos afetados e a possibilidade do controle judicial, de modo que o juiz possua dados indispensáveis para exercer a revisão da legitimidade e razoabilidade do ato²⁸⁷, mas também como forma de mudança de comportamento interno, o que vem em prol do interesse público, da máquina estatal e dos administrados.

²⁸³ *La motivación del acto administrativo*, p. 25-26.

²⁸⁴ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 26 e 63.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 63.

²⁸⁶ *Ibidem*, mesma página.

²⁸⁷ Citação da CNFed. CA (Contencioso-administrativo). Sala III, 7/4/83, Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiodifusión, apud Agustín Gordillo. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. X-14.

A motivação do ato atua como meio de primeira ordem para democratizar a Administração, impondo-lhe a prestação de contas à coletividade e aos interessados da justiça de suas decisões (não-arbitrio), o que é de “importância capital na reconstrução da dogmática da motivação, sendo certo que a censura da opinião pública (além do papel que desempenham os meios de comunicação) terá um peso extraordinário na disciplina dos atos dos poderes públicos”²⁸⁸.

Fernando Pablo acrescenta que

*a sociedade democrática avançada, preconizada pelo preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978, deverá começar reconhecendo que aquela se assenta na opinião pública dos cidadãos (e não de súditos), que, como tal, tem o direito de contrastar, mediante o discurso justificativo que a acompanha, a não arbitrariedade das decisões administrativas, ao menos nos casos em que o conteúdo mesmo da decisão ou natureza do poder exercitado possam deixar dúvidas na ausência de uma explicação justificadora*²⁸⁹.

Ao lado da função informativa (que assume perfis justificatórios, dado que objetiva a identificação do elemento geral, o direito, e o elemento particular, os fatos da motivação como discurso), “a motivação realiza uma função de justificação da decisão, sempre que a simples indicação dos fatos e do direito aplicado não permita identificar o critério da decisão, a causa do ato”²⁹⁰.

A motivação, no cumprimento de uma de suas finalidades, qual seja a *função justificadora*, “operará prevalentemente com relação à opinião pública, mas também pode ser relevante frente ao interessado e potencial recorrente em todos os casos em que é a motivação mesma a fórmula e critério da decisão”²⁹¹ (grifos nossos).

A exigibilidade da motivação com o advento da Constituição Federal de 1988, de algumas Constituições Estaduais e das leis de processo administrativo federal e estaduais, trará inestimável colaboração na reformulação da visão de uma Administração Pública mais democrática, máxime nas suas relações com os

²⁸⁸ Citação da CNFed. CA (Contencioso-administrativo). Sala III, 7/4/83, Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiodifusión, apud Agustín Gordillo. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. 26.

²⁸⁹ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 27.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 194.

²⁹¹ *Ibidem*, mesma página.

administrados, uma vez que o uso dos deveres-poderes públicos “reclamam transparência alcançada com a efetiva e suficiente explicação da atuação administrativa como meio de aferição da legitimidade do uso das prerrogativas conferidas à Administração Pública”²⁹², ou seja, o que se concretiza por intermédio da motivação legal.

Assim sendo, a motivação, além de requisito do ato administrativo e elemento de sua validade, serve à transparência administrativa e proporciona uma melhora das relações entre Administração Pública e administrados pela elucidação das razões da decisão e legitimidade do exercício do poder; a democratização do aparato público por meio da transparência administrativa mostra-se de grande valia e a motivação legal, como instrumento de externalização dos pressupostos, fundamentos e conteúdo do ato praticado, possibilita tal intento. Na lição de Juan Carlos Cassagne:

O sentido da motivação é servir como garantia jurídica para o particular, a fim de que possa exercer e desenvolver seu direito de defesa e, ao mesmo tempo, como garantia da Administração, pois facilita enormemente o controle por parte dos órgãos competentes dentro e fora da Administração²⁹³.

Na visão de José Roberto Pimenta Oliveira, a motivação “revela-se primordial nos domínios de um Estado Material Democrático de Direito”, cumprindo

imprescindível *função democrática* ao permitir que a coletividade, ao confrontá-la, possa exercer um controle difuso sobre a regularidade do exercício do poder público, cujo agente administrativo, enquanto exercente de *função*, deve a mais completa prestação de contas, não apenas aos interessados, direta ou indiretamente afetados pelos provimentos, mas ao público *uti cives*, como influxo do dever de transparência administrativa²⁹⁴.

²⁹² Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 238.

²⁹³ Juan Carlos Cassagne. *Principios generales del procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, p. 21, apud Juarez Freitas. *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos*. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 105.

²⁹⁴ José Roberto Pimenta de Oliveira. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 83.

Cabe lembrar que não é a vontade ou o querer do agente público que importa, eis que representante da sociedade, mas a vontade da lei, devendo restar estreme de dúvida que a atuação administrativa corresponde aos interesses da coletividade (interesses primários), oportunidade em que a motivação cumpre indispensável função democrática ao permitir aos administrados em geral que exerçam o necessário controle sobre a gestão administrativa.

2.5.4 Eficiência e Administração: interesse público – grau ótimo – otimização de meios e fins

O termo eficiência vincula-se “à idéia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso”, ou seja, “significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições”. Opõe-se o vocábulo eficiência “à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão”²⁹⁵.

Antes mesmo de a eficiência ganhar foros de constitucionalidade, ocasião em que foi erigida à categoria de princípio constitucional, já estava ínsita no texto da Constituição Federal (“obrigação de manter serviço adequado”, art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal de 1988).

Constava também de nossa legislação ordinária especialmente no que diz respeito aos serviços públicos, tal como preconizado na Lei de Concessões (Lei 8.987/1995), caracterizando como “serviço adequado o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas”²⁹⁶.

Foi a partir da Reforma Administrativa, com o advento da EC 19/1998, que o princípio da eficiência foi inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, significando que a Administração Pública “deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população”²⁹⁷, dando ênfase

²⁹⁵ Odete Medauar. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 242.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 242-243.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 242.

ao usuário-cidadão²⁹⁸. Vale lembrar que o princípio da eficiência foi inserido por meio da Emenda de Plenário 8, alterando o Projeto de Emenda Constitucional 19/1998, em vez do princípio que lá constava, ou seja, o princípio de qualidade do serviço prestado, que visava a proteção ao usuário, além de incrementar a qualidade no planejamento, execução e controle do serviço público²⁹⁹.

Para Nicola Abbagnano, a eficiência de uma organização indica adequação da organização às suas funções³⁰⁰. A eficiência é um valor de utilidade, cuja realização se espera de qualquer organização, seja a empresa, a universidade, ou o próprio Estado³⁰¹. Dinorá Adelaide Musetti Grotti enfatiza:

É um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo, de recursos escassos disponíveis para realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. [...] A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos nele empregados maior qualidade na sua prestação. A própria Constituição, pela EC 19/98, contemplou alguns mecanismos conducentes a incentivar o cumprimento do princípio da eficiência, como o da participação do usuário na Administração Pública, inclusive para avaliar a qualidade dos serviços prestados (§ 3.º do art. 37). Por sua vez, a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) faz referência a ele no art. 2.º, *caput*.³⁰²

Neste aspecto, uma nova mentalidade se impõe, máxime diante de tanta inovação, o que, por certo, demandará tempo, mas por outro lado, não se pode olvidar a premente exigência que a novidade dos “jovens princípios” reclamam.

Contudo, assevera Egon Bockmann Moreira, por ocasião do estudo da Lei Federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999), que a eficiência está ligada ao cumprimento pela Administração Pública, com excelência, da lei e da moral, além de primar pela impessoalidade e publicidade. Dessume-se da análise global do princípio da eficiência, no âmbito constitucional, que o princípio é endereçado à

²⁹⁸ Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 298-299.

²⁹⁹ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p.157-158.

³⁰⁰ Eficiência. In: Nicola Abbagnano. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 307.

³⁰¹ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 298.

³⁰² *Ibidem*, p. 298-299.

“maximização da dignidade da pessoa humana”, como finalidade precípua num Estado Democrático³⁰³.

Colhe-se das lições de Pimenta Oliveira que não seria crível extrair do sistema constitucional inerente a um Estado Democrático de Direito uma administração ineficiente, “em descompasso com a *indisponibilidade dos interesses públicos* postos à sua cura. [...] O dever de eficiência constitui mais um dos limites substanciais de tutela do interesse público, na expressão de Alessi, que o ordenamento levanta contra o próprio administrador e terceiros”, constituindo a eficiência da ação administrativa pressuposto da sua legalidade substancial³⁰⁴. Complementa que, em termos jurídicos, a doutrina tem identificado o princípio da eficiência com o “dever jurídico da boa administração”, em que pesem os diferentes conteúdos que lhe atribuem³⁰⁵. Neste sentido, salienta Pimenta Oliveira as várias dimensões que o princípio da eficiência toca, influenciando “na *delimitação da estrutura dos órgãos e entidades da Administração Pública*, irradiando sua força normativa no dever de conformação adequada da estrutura organizacional”, bem como no que se refere à divisão das atribuições de competência no seio da Administração, “entre as diversas unidades de trabalho encartadas em cada organização administrativa (cargos, empregos e funções), incluindo o dever de instrumentalizá-los, em grau ótimo”, valendo-se dos recursos humanos e bens materiais imprescindíveis no cumprimento de tal mister, em consonância com “os princípios, regras e valores constitucionais”³⁰⁶ (grifos do autor).

Sem se descurar do imprescindível papel da motivação como instrumento de controle, deve a motivação como discurso racional e justificativo atuar essencialmente como garantia “precontenciosa”, vale dizer, deve contribuir na adoção de medidas preventivas e eficientes em nome da boa-administração³⁰⁷.

³⁰³ Egon Bockmann Moreira. O princípio da eficiência e a Lei 9.784/1999. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, n. 3, p. 52, out.-dez. 2000, p. 52.

³⁰⁴ José Roberto Pimenta Oliveira. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 269.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 270.

³⁰⁶ *Ibidem*, mesma página.

³⁰⁷ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 25.

Sob esse prisma, a motivação como discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo consiste em dever jurídico atinente à boa administração. Nesta ótica, a motivação concorre sobremaneira em prol da atividade preventiva na atuação administrativa, evitando, por exemplo, a multiplicação diária de excessivas e desnecessárias ações previdenciárias em juízo, por força do exercício da função administrativa de modo ineficiente.

Releva observar que o hábito da motivação expressa, clara, congruente, suficiente e tempestiva, com a observância dos seus requisitos, quer dizer, a motivação legal contribui sobremaneira para a *eficiência* do aparato estatal e deve ser acolhido pela Administração Pública, não apenas para efeitos de controle interno ou externo³⁰⁸, mas precipuamente em função da *boa administração* que é de rigor.

Anota Bandeira de Mello que a Administração Pública “há de acantonar-se dentro dos limites impostos pelo dever de ‘boa administração’, isto é, os que decorrem de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal que os justifica”³⁰⁹.

Consoante entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior, sob o prisma da própria Administração Pública, a motivação é um precioso instrumento de moralização, juridicização, eficiência e transparência, na medida em que

³⁰⁸ Destaca José Roberto Pimenta Oliveira que a eficiência, no âmbito do direito organizatório, potencializa o controle externo sobre a atividade administrativa do Poder Público, “voltada para o estabelecimento dos meios administrativos institucionais indispensáveis para levar a contento os diversos fins estatais, previstos na Constituição e nas leis”. A eficiência possibilita o controle dos “complexos modelos jurídicos de desconcentração e de descentralização administrativa”, os quais eram, até então, quase que “intocáveis em sede de controle”, eis que devem assujeitar-se “ao dever de racionalização da ação administrativa, como corolário da eficiência constitucionalmente positivada a serviço da coletividade” (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 270-271).

Ainda no âmbito do controle dos atos administrativos, cumpre salientar que a Administração deverá demonstrar se o conteúdo que o agente público emprestou aos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei (no campo da vinculação), por exemplo, condizem com a situação concreta e com o princípio da boa administração (Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivo e controle do ato administrativo*, p. 133), ou seja, deve permitir a aferição pelo órgão controlador acerca da eficiência com que deve pautar-se a Administração Pública.

No exercício do poder regulamentar, a motivação suficiente, ainda que sucinta, deverá ser apta a transparecer se o agente público não desbordou dos lindes legais determinados “pela norma regulamentada e pelos princípios gerais de direito, bem como, diante de hipotéticas situações descritas, que lhes deu a solução normativa consentânea com os princípios da finalidade, da *proporcionalidade entre meios e fins e da boa administração*” (grifos nossos) (Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivo e controle do ato administrativo*, p. 133).

³⁰⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 34.

a) desestimula a omissão lesiva aos direitos dos administrados e favorece o bom funcionamento administrativo e, em última análise, a gestão do interesse público; b) reduz o espaço para o arbítrio, a parcialidade, os favorecimentos e as preterições, a corrupção e a improbidade ao exigir que o agente público exponha sua convicção; c) conforma o exercício da discricionariedade à razoabilidade e à objetividade; d) valoriza o processo administrativo como elo de ligação congruente entre o resultado da instrução e o conteúdo da decisão; e) aumenta os níveis de transparência da ação administrativa³¹⁰.

Assinala, outrossim, que a motivação possui múltiplas finalidades e, com base em Charles Debbasch³¹¹, reconhece entre as finalidades da motivação “a garantia de bom funcionamento (moralização, eficiência) e de respeito aos direitos dos administrados e otimização do controle judiciário”³¹².

Para Umberto Allegretti merece destaque a obrigatoriedade da motivação das decisões no âmbito administrativo

como princípio valioso para a moralização da Administração Pública – *contra a inércia, a lentidão, o hábito de agir sem pronunciamento explícito e amiúde tolhendo garantias (ao interesse público e aos particulares) – e corolário do bom funcionamento e da imparcialidade referidos no art. 97 da Constituição italiana*³¹³ (grifos nossos).

Nessa esteira, visualiza-se um papel importante na formação de um novo *modus operandi* no âmbito da Administração Pública (com efeitos internos e externos), máxime em face de um Estado que experimentou durante longos anos tradição autoritária, onde os agentes públicos habituaram-se a exercer suas funções sem justificar as opções escolhidas.

Realça José Osvaldo Gomes que contra a obrigação de fundamentar os atos administrativos alguns argumentos se levantam como a maior morosidade e complexidade do processo administrativo gracioso (*comprometendo a eficiência*

³¹⁰ Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 237.

³¹¹ Charles Debbasch. *Science administrative*. Paris: Dalloz, 1980. n. 94-4, p. 109 apud Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 236.

³¹² Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 236.

³¹³ Umberto Allegretti. Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. v. III, p. 6 apud Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 237.

administrativa) e, para outros, os casos em que a segurança do Estado e interesses legítimos dos administrados impõem a não-publicidade das razões principais da conduta administrativa³¹⁴. Rechaça com propriedade tal posicionamento, sob a alegação de que o tempo que se gasta na fundamentação é, em regra, muito inferior aos que se revelam necessários à elaboração de esclarecimentos a *posteriori* e à contestação de recursos³¹⁵.

Nesse sentido, averba Fernando Pablo³¹⁶ que, sob a ótica da Administração, a obrigatoriedade de motivar seus atos “constitui uma *garantia de acerto da decisão*, vez que se exige ‘verificar, desde o ponto de vista técnico, a decisão, talvez fundada inicialmente somente na intuição’, obrigatória na atualidade por *exigência constitucional do princípio da eficácia*”³¹⁷ (art. 103, I – eficácia na Constituição espanhola, art. 97, I; Constituição italiana e a prossecução do interesse público na Constituição portuguesa, art. 266, I) .

Parte do dado de que a eficiência “é uma qualidade [...] do resultado mesmo da ação administrativa” cuja perspectiva própria e única “é a do cidadão, a da coletividade administrada como destinatária dos serviços públicos”³¹⁸ (grifos nossos).

A eficiência, nesta ótica, é “uma carga para a Administração, [...] e, de modo algum, simples atributo decorrente mais de sua condição de poder público no qual deve justificar a aplicação, em suas relações com o cidadão, dos conteúdos de seu estatuto exorbitante”³¹⁹.

Assinala, ainda, que a eficácia na Espanha, eficiência no Brasil, não consiste tanto em uma decisão rápida, mas numa adequada resolução que encontre efetividade prática³²⁰.

³¹⁴ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 24-25.

³¹⁵ *Ibidem*, mesma página.

³¹⁶ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 22.

³¹⁷ *Ibidem*, mesma página.

³¹⁸ L. Parejo Alfonso. *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983. p. 144; La eficacia como principio jurídico de la actuación administrativa. *DA*, abr.-set. 1989; Administración y constitución. El principio de eficacia, p. 15 e ss., apud Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 22-23.

³¹⁹ *Ibidem*, mesma página.

³²⁰ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 23.

Por outro turno, Florivaldo Dutra de Araújo alerta que a excessiva “valorização do aperfeiçoamento interno da máquina administrativa poderia levar a uma concepção ‘endoadministrativa’ da motivação de seus atos, o que é de todo inconveniente”³²¹.

Adota posição contrária aos que propugnam pela existência de interesses da Administração Pública como mero sujeito, “despojado de seu dever de busca das finalidades coletivas”, especialmente porque tais autores que defendem a motivação em proveito próprio da Administração terminam por mencionar finalidades outras da motivação, “com implicações externas e significado mais abrangente”³²².

Vislumbra-se a motivação no exercício da função administrativa, de forma reiterada e diuturna, por força da determinação constitucional e legal a impor à Administração Pública o dever de motivar suas decisões, uma alteração de *paradigmas*, vale dizer, uma nova *cultura* ou, até mesmo uma quase *automação* neste sentido, a ponto de tornar-se a motivação, com o passar do tempo, inerente ao agir administrativo, integrando a atividade administrativa como algo ínsito à mesma, decorrendo de tal revolução cultural uma Administração verdadeiramente eficiente.

Conclui-se, pois, que a motivação legal, seja ela precontenciosa ou não, vela pela transparência da eficiência com que deve pautar-se a Administração Pública, em nome da “boa administração” e da gestão do interesse público.

Logo, é por meio da motivação que a Administração Pública no exercício da função administrativa, com vistas ao interesse público e a racionalidade entre seus atos e a finalidade legal que os legitima, a ser perseguida em “grau ótimo”, por intermédio da ponderação de interesses na escolha dos meios razoáveis, adequados, menos gravosos, mas necessários e suficientes, desde que não implique ameaça ou lesão a direitos fundamentais ou ao próprio interesse público, a ser também satisfeito em “grau ótimo”, resguarda a eficiência de sua atividade pública.

³²¹ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 106-107.

³²² *Ibidem*, mesma página.

2.6 Requisitos da motivação

É consenso doutrinário que a motivação do ato administrativo deve atender a certos requisitos lógicos, tendo assente como prevalentes os *da suficiência, clareza e congruência*³²³.

Há ainda os que mencionam o requisito da *exatidão*, ou seja, o pressuposto fático (motivo) deve ser verídico e os fundamentos de direito (razões invocadas) devem ser pertinentes ao texto legal, sob pena de o ato incorrer em erro de fato ou de direito. Portanto, a ausência de exatidão, seja decorrente de fraude ou não, redundará em vício a macular o ato administrativo.

A Lei Federal 9.784/1999 prevê expressamente dois dos três requisitos ou pressupostos tratados pela doutrina em geral, ou seja, clareza e congruência, extraindo-se o pressuposto da suficiência do corpo da lei em diversos dispositivos que elenca, além do texto do próprio § 1.º do art. 50.

2.6.1 Suficiência

A motivação não deve se manifestar mediante uma maneira qualquer; há requisitos que a motivação deve atender, de maneira que o agente público não utilize “expressões vagas ou omita elementos essenciais” que possam ter exercido influência na conformação do ato³²⁴.

Diz-se suficiente a motivação que contém os elementos idôneos a justificar a edição do ato administrativo a que se refere, seja no âmbito da legalidade, como no plano da conveniência e oportunidade, neste caso, tratando-se de ato praticado no exercício da competência discricionária. Dessa forma, a motivação que contiver tais elementos será “considerada suficiente, pois satisfaz, pelo aspecto material, os objetivos que lhe são atribuídos”³²⁵.

³²³ *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 126-129.

³²⁴ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 121.

³²⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 126-127.

Embora tais elementos variem caso a caso, é possível precisar se a motivação preencheu o requisito da suficiência. Deve a motivação indicar em primeiro lugar as premissas de fato e de direito em que o ato motivado se estribou, mencionando as normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão de não se ter aplicado outras normas (Lei 9.784/1999, art. 2.º, parágrafo único, VII, e art. 50, *caput*).

Quanto aos fatos, a motivação deve avaliar as provas em que o agente público se embasou, além do modo que as avaliou. Neste aspecto, a Lei Federal determina que os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (Lei 9.784/1999, art. 38, § 1.º). Portanto, tal previsão satisfaz a necessária análise dos fatos, além de corroborar o requisito congruência, reafirmado adiante.

Em segundo lugar, “o agente público deve justificar as regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão, se houver necessidade”³²⁶.

Nos atos discricionários deve o administrador justificar as opções tomadas diante das alternativas que se lhe apresentavam.

O requisito ou pressuposto “suficiência” contém a “precisão” da motivação, tendo em vista o caso concreto, não sendo admissíveis afirmações genéricas e vagas ou meras alusões a pareceres, à lei ou a termos como “interesse público”, “necessidade do serviço”³²⁷.

Ainda quanto ao requisito suficiência, a motivação deve conter os elementos aptos a embasar a decisão. É importante garantir que o agente público haja ponderado as circunstâncias da realização do interesse público que visa perseguir.

Para alcançar essa finalidade, a fundamentação deve ser suficientemente concreta de maneira “a revelar a existência de uma reflexão deliberativa sobre os

³²⁶ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 126-127.

³²⁷ *Ibidem*, p. 127-128.

interesses em jogo, em especial na medida em que caiba à Administração a complementação dos pressupostos legais com motivos auto-escolhidos”³²⁸.

Vieira de Andrade ensina que “uma fundamentação insuficiente não é uma fundamentação, porque não é um discurso apto a justificar a decisão tomada, faltando-lhe a ‘intenção’ ou densidade funcional mínima exigida pela *racionalidade teleológica* que caracteriza a decisão administrativa”³²⁹ (grifos do autor).

Enterría e Fernández prelecionam que “a motivação não se perfaz com qualquer fórmula convencional: pelo contrário, a motivação há de ser suficiente, ou seja, há de dar razão plena do processo lógico e jurídico que determinou a decisão”³³⁰.

Não se fazem necessários longos discursos justificativos para que a motivação perfaça a suficiência, desde que seja possível aferir os aspectos fundamentais levados em conta pelo administrador público, sendo conveniente que seja sucinta³³¹.

Sintetiza Florivaldo Dutra de Araújo que suficiente é a motivação na qual a Administração dá a idéia completa do processo lógico e jurídico percorrido até a decisão³³².

Rivalta observa que “[...] entre uma motivação abundante e uma deficiente deve-se considerar preferível a primeira”³³³.

³²⁸ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 234-235.

³²⁹ *Ibidem*, p. 235.

³³⁰ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 571. A título de exemplificação, Enterría e Fernández dizem que não bastará para aposentar um funcionário invocar apenas uma hipótese de incapacidade física; mas deverá a Administração comprovar em concreto qual a incapacidade física, como a valorou e em que sentido a mesma justifica legalmente a decisão tomada, pois não basta substituir um conceito jurídico indeterminado por outro, devendo justificar a aplicação de tal conceito às circunstâncias do caso concreto, de modo singular e não genérico. Não basta expressar o motivo, mas bem formular uma conclusão (op. cit., p. 571).

³³¹ José Osvaldo Gomes esclarece que a exposição sucinta dos fundamentos de fato e de direito pretende evitar extensas exposições vazias de conteúdo, não se querendo, contudo, legitimar a adoção de fórmulas *passapartout* que, dada a sua generalidade, não tem a menor compreensão, tais como: “indefiro nos termos da lei”. Nem tampouco admite fundamentações que se valham de expressões vagas ou genéricas, uma vez que a motivação deve ser suficiente (*Fundamentação do acto administrativo*, p. 118-119).

³³² *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 122.

³³³ Maria Rivalta. *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e private interesse*, p. 177-178 apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 118-119.

A obrigatoriedade da motivação visa primordialmente a mudança do autoritarismo impregnado em nossas instituições, vale dizer, *uma verdadeira luta pela motivação suficiente e adequada consiste na luta pela racionalização do poder e a abolição do absolutismo pela forma republicana de governo e a defesa dos direitos humanos e, mais do que isso, a modernização do aparato estatal, em especial do Executivo, mediante a modificação da conduta de seus agentes.*

Entretanto, para tal desiderato, a imputação de uma sanção, além da nulidade, parece imprescindível.

2.6.2 Clareza

A obrigatoriedade da motivação clara, congruente, explícita e tempestiva dos atos administrativos promana “*dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, da razoabilidade, do direito à ampla defesa, da publicidade e do princípio da inafastabilidade à tutela jurisdicional*”³³⁴.

A clareza como requisito da motivação é exigida explicitamente na Lei 9.784/1999 e implica a ausência de ambigüidades, incertezas e dúvidas.

Sob o aspecto forma, a motivação deve ser *clara e congruente*, permitindo a efetiva comunicação com seus destinatários, além de evitar a incerteza e a insegurança como decorrência de uma motivação obscura, ininteligível, contraditória³³⁵.

Assim, deve a motivação ser clara, pois, se obscura for, conterà vício, eis que os fatos e os fundamentos jurídicos nos quais se apóia a decisão devem ser externados de modo inteligível. Será viciada de obscuridade, ainda, na hipótese da impossibilidade de compreensão do processo decisório.

³³⁴ Germana de Oliveira Moraes. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. *Interesse Público*, São Paulo, n. 8, p. 47, out.-dez. 2000.

³³⁵ Antonio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 128.

No dizer de Gaston Jèze, os motivos devem ser expostos “de maneira clara e precisa, e não mediante fórmulas de estilo, ‘fórmulas-gazua’ ou frases sem significação exata”³³⁶.

Os requisitos da *clareza e congruência* devem ser compreendidos amplamente, “de modo a abarcar a exatidão e a suficiência, pois a insuficiência e a inexatidão impedem a clareza do raciocínio exposto, dificultando vislumbrar congruência entre as premissas e a conclusão, ou seja, entre a motivação e o ato”³³⁷ (grifos nossos).

2.6.3 Congruência

José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar do requisito da congruência, esclarece que o ato administrativo, como atuação jurídica, deve basear-se num “processo lógico, coerente e sensato”, somente se podendo aceitar “como fundamentação um discurso racional, pelo menos um que não contenha erros de raciocínio evidentes”³³⁸.

Destarte, o requisito de uma motivação formalmente correta diz respeito à necessidade de congruência do discurso.

Ademais, “uma declaração incongruente também não é uma fundamentação, porque não pode ser um discurso justificativo, faltando-lhe a *racionalidade* que é uma condição necessária de toda decisão pública de autoridade num Estado de Direito”³³⁹.

A congruência, por sua vez, conforme observação de Egon Bockmann Moreira, diz respeito à “congruência interna ao texto da decisão e relativa ao

³³⁶ Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Júlio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. III, p. 235, apud Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333.

³³⁷ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 124.

³³⁸ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 233-234.

³³⁹ *Ibidem*, p. 234.

conteúdo do processo, provas e pleitos dos interessados”, sendo insuficiente uma decisão congruente em si mesma, mas estranha ao processo³⁴⁰.

O provimento deve observar “uma relação harmônica, lógica e razoável entre os fatos que deram origem ao processo, os requerimentos deduzidos pelos interessados (deferidos ou não), as provas produzidas e o fundamento jurídico da decisão”³⁴¹.

Em suma, considera-se congruente a motivação que “demonstra perfeitamente a adequação, a pertinência entre os motivos apontados e o ato praticado, sem contradição entre ambos”³⁴².

2.6.4 Tempestividade ou contemporaneidade

Questão importante é a da contemporaneidade ou tempestividade da motivação com a prática do ato.

Quanto à posição cronológica da motivação, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o seguinte questionamento: a enunciação dos motivos deverá ser concomitante (tempestiva ou contemporânea) ou anterior (prévia) à prática do ato³⁴³?

As questões não encontram respostas uniformes na doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que

não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios³⁴⁴.

Bandeira de Mello adota como regra geral a motivação contemporânea à prática do ato ou anterior a ela, no sentido de que os agentes administrativos são

³⁴⁰ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333.

³⁴¹ *Ibidem*, mesma página.

³⁴² Karina Houat Harb. *Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados*, p. 118.

³⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 373.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 101.

gestores da coisa pública no interesse coletivo³⁴⁵. Ressalta que para ciência *a posteriori* (motivação sucessiva) seriam suficientes as disposições constitucionais que preconizam o direito aos administrados de receber dos órgãos públicos “*informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*”, além de obter “certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”³⁴⁶.

José Osvaldo Gomes considera ilegal a motivação sucessiva ou a *posteriori*³⁴⁷.

Vale lembrar que o tema da motivação sucessiva gera controvérsias, especialmente em face do mandado de segurança, em que, em sede de informações prestadas pela autoridade coatora (administrador), no mais das vezes, a fundamentação se insere em tais informações³⁴⁸ prestadas no prazo legal, após a impetração (à semelhança de uma contestação, ou seja, posteriormente).

Assim, é comum o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina “fabricar” um motivo, uma apreciação ou uma alegação que sirvam para justificar serodidamente a providência que adotou, impedindo um exame seguro, certo, real, da lisura do ato³⁴⁹ inventar “razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato”³⁵⁰.

Cumprido, no entanto, ressaltar que a motivação deve ser em regra escrita (Lei 9.784/1999, art. 22, § 1.º), mas, nos atos orais, seja por gestos ou sinais (reduzidos a termo *a posteriori* – Lei 9.784/1999, art. 50, § 3.º), não há falar em motivação contemporânea ou prévia, eis que incompatível com as determinações legais³⁵¹.

Como se viu, a Lei 9.784/1999, em seu art. 50, § 1.º, determina que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, repelindo a motivação implícita,

³⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 374.

³⁴⁶ *Ibidem*, mesma página.

³⁴⁷ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 114.

³⁴⁸ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 124.

³⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 375.

³⁵⁰ *Ibidem*, mesma página.

³⁵¹ Elke Mendes Cunha. O princípio da motivação e a Lei 9.784/99. In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Ato administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 41.

obscura e incongruente. Portanto, não há mais que falar da imprescindibilidade de tais requisitos apenas em sede doutrinária, devendo a disposição legal ser obedecida, sob pena de eventual vício a inquinar de nulidade o ato administrativo, como será estudado no item 4.2.

Egon Bockmann Moreira, ao tratar da Lei em comento, ressalta que “explícita é a motivação enunciada de modo formal, sem reservas, e de pleno acesso aos interessados. Não seria possível celebrar o paradoxo de uma ‘motivação implícita’ ou uma ‘motivação sigilosa’”³⁵²

Nas palavras de Vieira Andrade, a fundamentação expressa ou explícita se mostra como um

instituto, tendo como centro de referência uma declaração que reúne todas as (quaisquer) razões que o autor assuma como determinantes da decisão, sejam as que expressem uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem explicar o conteúdo escolhido a partir dessa adesão ao fim, manifestando a composição dos interesses considerados para adotar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso³⁵³.

Frise-se, por oportuno, serem inaceitáveis num Estado Democrático de Direito decisões arbitrárias, na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual

decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível “arbitrio” ou “juízo de consciência” dos próprios autores do ato são radicalmente inconvenientes com o “Estado de Direito”, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e conseqüente mecanismo de seu controle³⁵⁴.

E arremata de modo irretocável que “não há como imaginar-se que meros atos administrativos” (já que as decisões jurisdicionais são nulas na ausência de

³⁵² *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333.

³⁵³ *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 20-22.

³⁵⁴ Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 90, p. 67.

motivação) “possam ficar à margem de tal exigência e ensejarem erros de fato encobertos para sempre, ainda que sob o manto do ‘segredo’ dos motivos”³⁵⁵.

Destarte, a regra é a da motivação contemporânea ou prévia ao ato motivado, podendo-se apenas admitir, excepcionalmente, a motivação sucessiva. Exemplifica-se com “a prisão em flagrante”, em que “a manifestação da vontade se confunde com a execução material do ato”. Trata-se de um caso de impossibilidade lógica, eis que somente após a prisão, de imediato, se deve comunicar ao detido os fundamentos da prisão (reduzidos a termo no auto a ser lavrado pela autoridade competente)³⁵⁶.

A motivação intempestiva, ou seja, não contemporânea à edição do ato, compromete “sua principal função de proporcionar aos interessados que possam reagir contra as decisões da Administração Pública”³⁵⁷, vale dizer, dificulta a busca da própria via administrativa ou judicial, razão pela qual a contemporaneidade da motivação é de grande importância para o controle do ato administrativo.

Igualmente para Roberto Dromi esta exposição de motivos deve ser concomitante à prática do ato e, excepcionalmente, poderá ser prévia³⁵⁸.

Acrescenta Dromi que “pode admitir-se a motivação prévia, se ela surge de informes e ditames que sejam expressamente invocados ou comunicados”. Não sendo concomitante ou prévia, o ato restará viciado por falta de motivação, podendo sanar-se o vício, em caráter excepcional, “por intermédio de uma motivação ulterior, sempre que ela seja suficientemente arrazoada e desenvolvida”³⁵⁹.

No mesmo sentido, excepcionalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello admite que tais esclarecimentos ocorram posteriormente, aceitando a hipótese de motivação sucessiva ou *a posteriori* quando a lei não a exija, desde que reste *comprovado de modo indisputavelmente objetivo e estreme de dúvidas que o*

³⁵⁵ Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 90, p. 67-68.

³⁵⁶ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 126.

³⁵⁷ Germana de Oliveira Moraes. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. *Interesse Público*, n. 8, p. 48.

³⁵⁸ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, p. 269-270.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 270.

pressuposto de fato (motivo) alegado posteriormente efetivamente antecedeu à prática do ato (preexistia), além de ser idôneo na justificação do ato e, finalmente, que constitui a razão determinante para a prática do ato. Diante destes três fatores concomitantes, o ato se convalida com a motivação ulterior³⁶⁰ (grifos nossos).

A motivação tempestiva ou contemporânea assegura a legitimidade do ato, impedindo que a Administração a altere ulteriormente, no compasso de eventual recurso/impugnação pelo interessado.

Por outro lado, não haveria qualquer eficácia o contraste judicial das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, se não fossem a elas tempestivamente conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer o afinamento ou não com os mencionados princípios³⁶¹.

Assim, a motivação como instrumento de controle do ato administrativo deve pautar-se pela contemporaneidade ou tempestividade e demais requisitos positivados no direito brasileiro. Logo, a motivação deve ser contemporânea à prática do ato.

Em suma, a Lei Federal de processo administrativo não se descurou dos requisitos ou pressupostos da motivação consagrados pela doutrina, encontrando-se positivados no direito brasileiro desde então.

Conclui-se, pois, que a motivação deve ser explícita, clara, congruente, suficiente e tempestiva ou contemporânea, a fim de cumprir o dever prescrito pela nossa ordem jurídica.

2.7 Composição da enunciação lingüística dos motivos: contextual e *aliunde*

No dizer de Antônio Carlos de Araújo Cintra, os autores distinguem diversas modalidades de motivação.

³⁶⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 375.

³⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 101.

Quanto à topologia, discrimina-se a motivação contextual da motivação *aliunde*. Quanto à sua posição cronológica, fala-se em motivação contemporânea e em motivação sucessiva ao ato motivado. Quanto à sua forma de expressão, menciona-se a motivação explícita e a motivação implícita³⁶².

A motivação *aliunde* (constante de documento distinto) se apresenta “por ato acessório ao ato fundamentado, como no caso de parecer prévio; ou por outro ato com vida autônoma, fazendo-se constar referência expressa ao texto onde está contida a motivação”³⁶³.

Com a edição da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a motivação *aliunde* foi positivada, ao preceituar em seu § 1.º do art. 50 que a motivação pode “*consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato*”, razão pela qual a discussão sobre a sua alocação (topologia), perde neste ponto parte de sua relevância.

Florivaldo Dutra de Araújo alerta, com propriedade, que o dispositivo acima referido, ao estabelecer que a motivação na modalidade *aliunde* integrará o ato, não pode ser compreendido literalmente “como se estivesse aderindo à tese de que a motivação é, propriamente, parte do conteúdo do ato. Quer-se apenas dizer que o valor da motivação *aliunde* é o mesmo da contextual”³⁶⁴. Esclarece que, com a interpretação literal da lei, “chegar-se-ia (em função da expressão ‘neste caso’) ao absurdo de se considerar que a motivação *aliunde* seria parte (do conteúdo) do ato, mas não aquela expressa no mesmo instrumento em que veiculado o ato fundamentado”³⁶⁵.

Não há previsão legislativa específica acerca da fundamentação contextual (constante do mesmo instrumento), opinando Vieira de Andrade que não é exigível a fim de aclarar o texto constitucional (em sede do direito português), “embora o seu

³⁶² *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 129.

³⁶³ Conforme ensinamentos de Juan Luis de la Vallina Velarde. *La motivación de acto administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 62 apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 119.

³⁶⁴ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 120.

³⁶⁵ *Ibidem*, mesma página.

âmbito seja definido em função de direitos ou interesses legalmente protegidos, pressupondo, assim, uma remissão feita para a legislação ordinária”³⁶⁶.

Quanto ao aspecto exterior ao ato mesmo, nas palavras de Fernando Pablo, a motivação cumpre uma

função informativa (a informação sobre os motivos pode ser incorporada ao ato, exercendo, então, o mesmo papel que a motivação textual), consistente em identificar inequivocamente, e trasladar ao interessado e potencial recorrente, o fundamento jurídico e fático da decisão, a fim de que possa ser oportunamente contestado³⁶⁷ (grifos nossos).

Estudou-se³⁶⁸ que a motivação deve ser suficiente, clara e congruente, na esteira dos dispositivos legais abordados, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos das decisões (motivação *aliunde*), desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. Portanto, a motivação *aliunde* encontra-se positivada na Lei Federal brasileira (§ 1.º do art. 50). Questiona-se, porém, em que momento deve dar-se, ou seja, se deve ser contemporânea ou anterior à fundamentação, ou se poderia ser feita posteriormente.

Frise-se que a validade da motivação *aliunde a posteriori* condiciona-se à inexistência de dificuldade ou impossibilidade ao “exercício do direito de defesa de interesses jurídicos pelo administrado”³⁶⁹.

Viu-se que a Lei Federal prevê a motivação *aliunde* ou *per relationem* (ou não-contextual – achando-se em documento escrito distinto), ressaltando-se que igualmente nesta hipótese deve ser explícita, uma vez que não se admite motivação implícita³⁷⁰.

³⁶⁶ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 225.

³⁶⁷ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 194.

³⁶⁸ Itens 2.6.1, 2.6.2 e 2.6.3.

³⁶⁹ *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 126.

³⁷⁰ Dessume-se da leitura do § 1.º do art. 50 da Lei em comentário que “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”, ou seja, poderá ser *aliunde*, nos termos da lei.

A motivação *aliunde* ou *per relationem*, também denominada por referência ou por integração, deve ser utilizada com cautela no dizer de José Osvaldo Gomes³⁷¹.

Entende-se que a motivação *aliunde* ou *per relationem* deve ser contemporânea ao ato que a adotou, não se admitindo motivação *aliunde* sucessiva, visto que, mesmo se reportando a pareceres, informações, decisões ou propostas, anteriores, integrará o ato, vale dizer, terá o mesmo valor que a motivação contextual, nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo acima transcritas³⁷².

Para os que visualizam a motivação como requisito procedimental, a motivação deveria ser sempre prévia, o que é de todo incompatível com a contemporaneidade ou tempestividade da motivação, o que também se aplica à motivação *aliunde*.

Endossa-se, assim, parte do entendimento doutrinário que não admite motivação *aliunde* sucessiva, a qual passará a integrar o ato, no sentido de que será recebida como a motivação contextual (§ 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999).

2.8 Teoria dos motivos determinantes

A teoria dos motivos determinantes, relativa à questão da vinculação do agente ao motivo que alegar, influenciou os juristas da Europa e do Brasil³⁷³.

³⁷¹ *Fundamentação do acto administrativo*, p. 116.

³⁷² Antônio Carlos de Araújo Cintra averba que a chamada motivação *aliunde* ou não contextual, é aquela não contida no instrumento do ato motivado, mas em outro ato administrativo (como motivação deste) ou constitui o conteúdo de um simples ato de administração. Em ambos os casos, a motivação *aliunde* pode ser adotada pelo novo ato que se pretende motivar, seja por referência expressa (motivação *aliunde* explícita), ou não (motivação *aliunde* implícita), entendendo que a motivação *aliunde* é contemporânea ao ato que a adotou. O autor admite ainda, motivação *aliunde* sucessiva (*Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 129-130). Ressalta-se, contudo, que não há mais que falar em motivação implícita em decorrência do § 1.º do art. 50 da Lei Federal 6.784/1999, inexistente à época da edição da obra em comento. Igualmente inaceitável a motivação *aliunde* sucessiva, eis que o dispositivo legal mencionado ressalva que a motivação *aliunde* (“podendo consistir em declaração de concordância com *fundamentos de anteriores* pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”) deve ser prévia e integrará o ato.

³⁷³ Para Hely Lopes Meirelles “todo ato do Poder Público dever trazer consigo a demonstração de sua base legal”, indicando sua importância na construção da teoria dos motivos determinantes, razão pela qual a motivação “deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 100-101).

Desenvolvida por Gaston Jèze, a partir de construções jurisprudenciais do Conselho de Estado francês,

a idéia fundamental de direito público é a de que a atividade dos agentes públicos, no exercício da competência, somente pode ter por motivo determinante o bom funcionamento dos serviços públicos, de modo que cada ato jurídico praticado por um agente público enseja a possibilidade de alegação de que teve um motivo determinante diverso do interesse público³⁷⁴.

Na esteira de Jèze, esclarece Irene Patrícia Nohara que a jurisprudência francesa que trata dos motivos determinantes pode ser resumida nas seguintes regras:

1. os agentes públicos apenas são obrigados a fundamentar seus atos por lei ou regulamento; podem, porém, motivá-los na ausência de determinação legal. A falta de fundamentação não ilide a possibilidade de controle pelos motivos determinantes;
2. se o agente público for obrigado a motivar o ato, assim deve proceder. Caso contrário, o Conselho de Estado acaba por anulá-lo sem permitir à Administração provar que seu autor perseguia fim de interesse legal, dentro de sua competência;
3. quando o agente público expressa os motivos do ato, estes, em princípio, são os motivos determinantes;
4. quando a lei ou o regulamento exigem a motivação do ato jurídico, o agente público deve expressá-los de maneira clara e precisa;
5. os motivos alegados devem ser materialmente exatos. O motivo materialmente falso justifica a decretação da nulidade do ato;
6. o motivo determinante invocado deve ser lícito. Como os agentes públicos devem assegurar a execução das leis, eles não devem perseguir um fim com elas incompatível. A manifestação de vontade determinada por um motivo ilegal é viciada;
7. mesmo que algum motivo, entre os vários alegados, se afigure ilícito, na invalidação do ato deve o juiz ponderar se os motivos determinantes subsistentes não são suficientes para a sua legitimação;
8. os agentes públicos não podem subtrair-se ao controle jurisdicional, mediante a alegação de que os motivos determinantes são de ordem política;
9. não obstante o juiz, em princípio, não examinar de ofício o motivo determinante, ocorrendo flagrante vício de competência, terá o dever de comprovar de ofício o motivo determinante ilícito;

³⁷⁴ Gastón Jèze. *Les principes généraux du droit administrative*. Paris: Marcel Giard, 1925. v. II, p. 210 e ss. *apud* Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 88-89.

10. o juiz não pode apreciar a oportunidade das medidas administrativas. Deve examinar a exatidão material e jurídica dos motivos determinantes, mediante a análise da legalidade do ato; e, por fim,

11. a última regra é a inversão do ônus probatório, competindo a quem deseja impugnar o motivo provar o alegado. Relata Jèze que o Conselho de Estado não admite nenhum tipo de prova, e dá preferência à utilização de documentos constantes do expediente³⁷⁵.

Menciona, ainda, que a partir das regras formuladas por Jèze observa-se que a investigação do motivo determinante, o controle de legalidade e o de moralidade do ato administrativo restam viabilizados. Para Gaston Jèze “a teoria geral jurisprudencial dos motivos determinantes no direito público engloba e supera a teoria do desvio de poder”³⁷⁶. Neste sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra ressalta que a teoria de Jèze

assumiu proporções demasiadamente amplas, abrangendo e superando a teoria do desvio do poder – que diz respeito, de modo imediato ao fim e não aos motivos do ato administrativo –, vinculando-se ainda ao problema da competência, de modo a tornar um tanto imprecisa a idéia de motivo do ato administrativo³⁷⁷.

Pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, “para ampliar o controle, elaborou-se a teoria dos motivos determinantes e se passou a aceitar que o Judiciário possa examinar o motivo. Daí a razão pela qual o motivo hoje é considerado um elemento do ato administrativo”³⁷⁸.

A teoria dos motivos determinantes propiciou um avanço importante, eis que mesmo um motivo determinante aparentemente legal pode configurar um vício de competência ou desvio de poder³⁷⁹.

Em verdade, a investigação que a teoria permite não analisa apenas o motivo (pressuposto fático) autorizador da decisão administrativa aliado ao seu motivo legal,

³⁷⁵ Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 3, p. 232, apud Irene Patrícia Nohara. *O motivo no ato administrativo*, p. 74-75.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 75-76.

³⁷⁷ Gaston Jèze. *Les principes généraux du droit administrative*, v. II, Paris, p. 210 e ss. apud Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 88-89.

³⁷⁸ *Pressupostos do ato administrativo: vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo*. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006.

³⁷⁹ José Cretella Júnior. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 71.

ou melhor, a sua disciplina legal (“composta de regras jurídicas”), mas analisa também a relação dos pressupostos com a finalidade que o ato visa alcançar, vale dizer, o aspecto mais teleológico, principiológico³⁸⁰. Neste sentido, afirma Jèze que a teoria dos motivos determinantes é o mesmo que Duguit entende por fim determinante³⁸¹, recriminando-o por haver deixado de ressaltar a característica subjetiva do motivo determinante.

Celso Antônio Bandeira de Mello averba que, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, os fatos que deram suporte à decisão do agente (motivos que determinaram sua vontade) integram a validade do ato. Assim sendo, a invocação de pressuposto de fato inexistente, falso ou incorretamente qualificado vicia o ato até mesmo nas hipóteses em que a lei não haja estabelecido, previamente,

os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam³⁸².

A motivação vincula ao ato a situação de fato indicada como seu fundamento, o que permite a aferição da validade do ato a partir da situação fática (motivo) indicada pelo agente público como determinante de sua expedição.

De acordo com Irene Patrícia Nohara, “na expressão *motivos determinantes*, o vocábulo *motivos* tem outro sentido, que é o de *finalidade*”, envolvendo o exame dos aspectos finalísticos do ato uma “dupla investigação de intenções subjetivas, ou seja, se os móveis que inspiraram o autor do ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam inspirá-lo”³⁸³.

Entretanto, adota-se a posição que segue uma orientação objetivista, ou seja, com base na exteriorização do ato em face do interesse público e não uma

³⁸⁰ Irene Patrícia Nohara. *O motivo no ato administrativo*, p. 76-77.

³⁸¹ Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, v. 3, p. 226, apud Irene Patrícia Nohara, *O motivo no ato administrativo*, p. 76-77.

³⁸² *Curso de direito administrativo*, p. 376.

³⁸³ Irene Patrícia Nohara, *O motivo no ato administrativo*, p. 81.

orientação subjetivista acerca dos móveis que podem ter subsidiado ou inspirado o agente público.

Benedicto Porto Neto, ao tratar da “teoria dos motivos determinantes” nas leis de processo administrativo, assevera que, ainda que o motivo autorizador da produção do ato não esteja descrito na lei, o motivo será viciado se o fato apontado pela motivação não ocorreu, não sendo possível à autoridade indicar outro fato. Se houvesse permissão para alterar os fundamentos do ato, motivar a decisão ou não de nada valeria, deixando o princípio da motivação de representar garantia alguma³⁸⁴.

Portanto, “de nada serviria a motivação, se a autoridade pudesse, a qualquer tempo, indicar outra situação fática que lhe parecesse mais adequada para ‘salvar’ sua validade. A motivação tem o efeito de vincular ao ato a situação de fato tomada em conta para praticá-lo”, podendo-se aferir a validade da atuação administrativa diante da indicação desses fatos³⁸⁵.

Decorre da ausência de motivação um ato eivado de vício, uma vez que sua obrigatoriedade se impõe em face das determinações das leis de procedimento administrativo. Por outro lado, na presença de motivo inexistente em razão da teoria dos motivos determinantes a validade do ato restará igualmente comprometida.

Assim, a motivação possibilita não só a verificação da existência dos pressupostos de fato, como também engloba todo o potencial de controle viabilizado pela teoria dos motivos determinantes.

³⁸⁴ Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz. (Coord.) *As LEIS de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 125.

³⁸⁵ *Ibidem*, mesma página.

CAPÍTULO III

OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Contribuições do direito estrangeiro para o exame da matéria

Não se trata de estudo de direito comparado e longe está da proposta do presente trabalho exaurir o tema no direito administrativo estrangeiro. Todavia, por ser matéria ainda pouco explorada no direito brasileiro, convém que se examine o que ocorre em alguns outros países, para se colherem elementos que permitam uma análise mais aprofundada no direito brasileiro.

A fundamentação obrigatória dos atos administrativos é questão muito antiga, alcançando relevo especial a partir da Segunda Guerra Mundial, e, em decorrência do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, foi contemplada em diversas disposições legislativas³⁸⁶.

Preleciona Viera de Andrade que a Áustria e os antigos territórios do Império, nos Estados socialistas, como também a Espanha e Israel, foram os primeiros países a legislarem de forma genérica acerca do dever de fundamentação dos atos administrativos, a despeito das diferentes razões que embasaram tais intervenções, bem como as diferentes opções normativas adotadas³⁸⁷.

Pontua Fernando Pablo que o movimento a favor da motivação obrigatória no Congresso de Ciências Administrativas de Varsóvia, em 1947, já aconselhava aos Estados o estabelecimento de tal imposição, o mesmo se dando em 1959, no Congresso da Comissão Internacional de Juristas de Nova Delhi, no qual textualmente ficou consignado que, “sendo necessário reforçar o princípio da legalidade, é necessário que o Executivo seja obrigado a motivar suas decisões de

³⁸⁶ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 81-82.

³⁸⁷ *Ibidem*, mesma página.

caráter administrativo que afetem os direitos individuais e a comunicar os motivos da decisão à parte interessada se esta a solicitar”³⁸⁸.

Do mesmo tema se ocupou o Congresso de Direito Comparado de Pescara em 1970, e, em 1977, tendo o Conselho Europeu aprovado a Resolução (77)31, que trata da proteção do indivíduo perante os atos administrativos, recomendando novamente aos Estados que “ampliem e generalizem a obrigação de motivar os atos administrativos que afetem a direitos ou interesses dos administrados”, tendo este mesmo Comitê lançado um estudo internacional acerca dos distintos aspectos da motivação³⁸⁹.

No âmbito da Comunidade dos Estados Europeus a jurisprudência tem ratificado os direitos fundamentais dos cidadãos e trabalhadores, conferidos pelo Tratado do CEE³⁹⁰. No dizer de Fernando Pablo, a “conversão da motivação de um requisito legal de mera formalidade em um requisito substancial (material) influiu no direito comunitário europeu”³⁹¹. Neste sentido, ilustra a questão da exigência de garantia dos direitos fundamentais³⁹², com parte do teor de uma sentença em que se afirma que “a autoridade nacional competente tem a obrigação de dar a conhecer os motivos em que se fundou sua denegação (de reconhecimento de um Diploma, no caso concreto), seja na própria decisão, seja em comunicação posterior”, pois, segundo entendimento da Corte³⁹³, “os Estados estão obrigados a motivar os atos que afetem ou restrinjam um direito fundamental conferido por Tratados”, eis que implícita nos princípios gerais de direito, nos termos da tradição constitucional dos Estados-membros europeus.

³⁸⁸ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 18.

³⁸⁹ Ibidem, mesma página.

³⁹⁰ No Brasil, quanto aos direitos humanos e fundamentais, foram acrescentados os §§ 3.º e 4.º (Emenda Constitucional 45/2004) ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; “§ 4.º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Observa-se dos novos dispositivos constitucionais que o direito pátrio caminha na mesma direção do direito alienígena, neste aspecto, ou seja, quanto à proteção dos direitos humanos e fundamentais, em que a motivação é imprescindível, sob pena de vulneração a tais direitos.

³⁹¹ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 24.

³⁹² Ibidem, mesma página.

³⁹³ Confira-se: RFDA, jul.-ago. 1988, n. 4, p. 691 e ss.

Na França, o dever de motivar obteve sua primeira consagração legal em 1908, ao ser exigida a motivação dos

atos suspensivos e revogatórios dos prefeitos, estendendo-se, a partir daí, a vários ramos, tais como o direito disciplinar dos funcionários civis, o direito urbanístico, a tutela das coletividades locais, a inscrição em ordens profissionais (médicos e farmacêuticos), o internamento de doentes mentais, o indeferimento de diversos tipos de pretensões etc.³⁹⁴.

Pontifica José Osvaldo Gomes que o Conselho de Estado francês, diante da ampliação legal do dever de motivar, passou a entender, especialmente a partir dos arestos “Agence Maritime Marseille-fret”, de 1970, e “Lang”, de 1973, que a obrigação de motivar não decorre apenas de previsão legal “mas também quando a motivação expressa faça necessariamente parte do estatuto dessa competência”, abandonando a aplicação estrita do princípio *pas de motivation sans texte*³⁹⁵. Tal orientação assume grande importância na moderna jurisprudência francesa do desvio de poder e do processo legal, no controle de erro manifesto quanto à apreciação da legalidade externa do ato e da proporcionalidade entre os meios e os fins perseguidos³⁹⁶.

Salienta Viera de Andrade que na França a Lei de 11 de julho de 1979 (AJDA, setembro de 1979, p. 61) tornou “obrigatória a fundamentação expressa das decisões desfavoráveis aos particulares, assim como as que derogassem normas gerais fixadas por lei ou regulamento, enumerando categorias de atos desfavoráveis, ou seja, restritivos de direitos”³⁹⁷. Recebeu a lei francesa ampliação em suas hipóteses regulamentadas mediante a edição de lei, em 1986, em que a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos se manteve. A Lei 86.79, de 17.01.1986 (art. 28), ampliou o rol da “categoria de atos que recusem vantagens e constituam um direito dos particulares que reúnam as condições legais para tal obtenção, alargando, ainda, as exceções”³⁹⁸.

³⁹⁴ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 29.

³⁹⁵ *Ibidem*, mesma página.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 30.

³⁹⁷ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 85.

³⁹⁸ *Ibidem*, mesma página.

Assim, o sistema dos direitos fundamentais se consolidou na doutrina alemã, reconhecendo a importância da obrigatoriedade da fundamentação, especialmente no âmbito da jurisprudência. A motivação dos atos administrativos na Alemanha é vista como “uma das conseqüências do direito de defesa, decorrendo daí sua consagração nas leis alusivas aos tribunais administrativos, sociais e fiscais, no que tange aos recursos administrativos”³⁹⁹. Portanto, naquele país, as posições jurisprudenciais e doutrinárias aproximam-se da regra geral, mas “privilegiam a fundamentação de atos que afetem direitos fundamentais (recusa de asilo, expropriações, decisões de execução coativa), ou que decidam recursos”⁴⁰⁰.

A evolução jurisprudencial na Alemanha e na França, dos Tribunais tedescos e do Conselho de Estado francês, em defesa da exigência de motivação ou fundamentação, foi consagrada por lei naqueles dois países, a partir da edição da Lei de procedimento administrativo alemã do ano de 1976, e da Lei francesa, de julho de 1979 (supramencionada), contemplando o princípio geral da motivação, a qual somente pode ser dispensada, excepcionalmente, nos casos de absoluta urgência⁴⁰¹.

A concepção do princípio de que, além do interesse público, importa o interesse dos particulares (direitos subjetivos públicos) apresenta maior significado na Alemanha⁴⁰², como se disse, diferentemente do que ocorre em Portugal e na França, eis que aquele ordenamento jurídico pressupõe “a invocação pelo recorrente de um direito pessoal que haja sido violado pela Administração”⁴⁰³. Não se pode esquecer, contudo, “que tais questões surgiram em período onde não havia normas expressas estabelecendo a obrigatoriedade da fundamentação, apesar da publicação de uma lei de procedimento administrativo, em 1976”, que preconizava tal dever. Havia, porém, um caráter limitado em tal previsão, além das exceções e

³⁹⁹ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 188-204.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁰¹ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁰² Realça José Osvaldo Gomes que a motivação dos atos administrativos na Alemanha é vista como uma das conseqüências do direito de defesa, consagrado nas leis daquele país no que diz respeito “às decisões tomadas em recursos administrativos”, cujo princípio não se aplica em determinados casos e vem sendo atenuado por meio da apreciação contenciosa dos chamados limites externos do poder discricionário, do controle da proporcionalidade e do tratamento análogo em situações idênticas (*Fundamentação do acto administrativo*, p. 30).

⁴⁰³ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 191-192.

compreensões estabelecidas no que se refere ao “respectivo alcance e efeitos”⁴⁰⁴. A Lei do processo gracioso alemã de 1976 (n. 1 do § 39.º) prescrevia que “um ato administrativo escrito ou confirmado por escrito deve conter uma fundamentação escrita na qual constem as razões essenciais de fato e de direito que levaram a autoridade a tomar a sua decisão”, sendo dispensado o dever de motivar em algumas hipóteses⁴⁰⁵.

Por sua vez, a Constituição portuguesa, de 02.04.1976 (art. 268.º, n. 3)⁴⁰⁶, constitui a primeira delimitação no âmbito do dever de motivar no ordenamento jurídico daquele país, a qual impõe a fundamentação expressa dos atos administrativos, de carácter obrigatório, quando forem afetados “direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Apesar de a revisão de 1989 ter efetuado a supressão de um inciso no enunciado originário da revisão de 1982, não trouxe, contudo, nenhuma consequência no que diz respeito ao dever de fundamentação⁴⁰⁷.

No direito português é decisiva, na conceituação das circunstâncias que impliquem fundamentação, “a cláusula que se dispõe a estabelecer uma garantia dos administrados e é formulada, por isso, na perspectiva dos seus interesses”⁴⁰⁸. A Constituição portuguesa aparentemente não contemplou os atos ampliativos, ou seja, os atos favoráveis (os que desencadeiam benefícios), no que se refere à obrigatoriedade constitucional de fundamentação⁴⁰⁹. Entretanto, no contexto em que se afigura o dispositivo em estudo, mister verificar se esses atos de algum modo não serão desfavoráveis aos próprios destinatários, ou, ainda, se a estes favorecendo, não estarão prejudicando “direitos ou interesses de terceiros – isto é, apenas podem ficar desobrigados da fundamentação à partida os atos exclusivamente favoráveis”⁴¹⁰.

Foi a partir de 1977 que a lei impôs como imperativo genérico o dever de fundamentar os atos administrativos (Decreto-lei 256-A/1977, de Portugal), sendo

⁴⁰⁴ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 191-192.

⁴⁰⁵ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 32-33.

⁴⁰⁶ Dispõe o art. 268.º, n. 3 (Direitos e garantias dos administrados), Título IX – Administração Pública da Constituição portuguesa: “Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e necessitam de *fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos*”.

⁴⁰⁷ José Osvaldo Gomes, *Fundamentação do acto administrativo*, p. 91.

⁴⁰⁸ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 91-92.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁴¹⁰ *Ibidem*, mesma página.

elevado a patamar constitucional em 1982, perfilhando a obrigatoriedade da fundamentação para a maioria dos atos administrativos, como resultado do aludido Decreto-lei, de 17.06.1977, diploma legal bastante avançado para a época.⁴¹¹

Comenta Florivaldo Dutra de Araújo que, diante do aperfeiçoado texto legal supramencionado, de forma semelhante, o Código de Procedimento Administrativo passou a integrar o Ordenamento Jurídico daquele país por intermédio do Decreto-lei 442, de 15.11.1991, modificado pelo Decreto-lei 6, de 31.01.1996, regulamentando a matéria nos arts. 124.º a 126.º, de modo a impor o dever de fundamentação na prática dos atos administrativos, enumerando em seu art. 124.º as categorias de atos cuja fundamentação é obrigatória⁴¹².

Diogo Freitas do Amaral alerta que, apesar de a regulamentação pelo atual Código de Procedimento Administrativo português não diferir muito do diploma parcialmente revogado, impõe também o dever de fundamentação em relação aos atos que afetem interesses legalmente protegidos, assim como ocorre quanto aos atos que afetem direitos subjetivos⁴¹³. O objetivo essencial e imediato da fundamentação, à luz do art. 125 daquele diploma legislativo, consiste em “esclarecer concretamente a motivação do ato, permitir a reconstituição do *iter cognoscitivo* que determinou a adoção de um ato com determinado conteúdo”⁴¹⁴. Finaliza salientando que outra alteração naquele ordenamento jurídico reside na consagração como princípio geral de direito da “audiência prévia dos interessados” antes da decisão final, o que resulta indiretamente numa ampliação significativa do dever de fundamentação em Portugal⁴¹⁵.

A despeito de o também autor português Vieira de Andrade reconhecer que a Constituição obriga a Administração a motivar os atos que afetem direitos ou interesses dos administrados legalmente protegidos, dispensando assim a atividade legiferante, entende que deve haver espaço para o legislador ordinário concretizar tais normas constitucionais, ocasião que pode ocorrer até mesmo hipótese de

⁴¹¹ José Carlos Viera de Andrade, *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 85; José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 42-47.

⁴¹² Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 168.

⁴¹³ *Curso de direito administrativo*, v. II, p. 348-349.

⁴¹⁴ *Ibidem*, v. II, p. 351.

⁴¹⁵ *Ibidem*, v. II, p. 348-349.

dispensa daquela⁴²³. Na visão do autor, o imperativo constitucional da motivação não pode simplesmente ser qualificado como norma de aplicação imediata, pois de certa forma configura uma imposição concreta de legislação infraconstitucional⁴¹⁶. Ademais, tal qualificação para Vieira de Andrade não implica “uma desvalorização da norma constitucional em termos de a ‘degradar’ em mera norma programática”⁴¹⁷.

Dentre os países avançados, foi a Itália que mais demorou a consagrar em lei geral “a obrigatoriedade de fundamentação formal dos atos administrativos”, uma vez que adotou o sistema que privilegia seus aspectos substanciais (material), tendendo a desvalorizar o aspecto formal (fundamentação formal), ao mesmo tempo em que depreciava o “papel da vontade na teoria do ato administrativo”⁴¹⁸. Assim, “transitou de uma idéia de obrigatoriedade geral da motivação para uma menos formalista e ‘mais realista’, no contexto de um intenso debate doutrinário”⁴¹⁹.

Em 1990 a Itália regulamentou o *direito de acesso aos arquivos públicos pelos cidadãos e o procedimento administrativo*⁴²⁰. O princípio da motivação dos *provvedimenti* administrativos, na Itália, teve origem na jurisprudência, tal como se deu no Brasil. Na sua formulação originária, naquele país, configurou-se como princípio na dinâmica da atuação do poder discricionário tanto em sede jurisprudencial como na tutela do administrado, destinatário do *provvedimento*. Na ausência de norma explícita, uma jurisprudência farta e copiosa delineou o âmbito da necessidade da motivação alusiva a uma multiplicidade de *provvedimenti* administrativos, até que, em 07.08.1990, introduziu-se na Itália a *obrigação geral de motivação*, contendo o dever expresso de motivar os provimentos administrativos, não se descurando a Lei de conceituar a motivação. Estabeleceu essa Lei, expressamente, o dever de motivar os provimentos administrativos vinculados, ampliativos e restritivos da esfera jurídica de terceiros, conferindo uma maior

⁴²³ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 216-217.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 220.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p.220.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 85-86.

⁴¹⁹ *Ibidem*, nota de rodapé 10, p. 86.

⁴²⁰ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 19.

democratização nas relações entre a Administração e o cidadão (art. 3 da Lei 241/1990)⁴²¹.

Pontifica Roberto Scarciglia que o legislador italiano de 1990, inovando a concepção de motivação, destacou no centro da sua estrutura a fase instrutória do procedimento⁴²².

Por sua vez, Fernando Pablo diz que a preocupação com a motivação obrigatória como meio de melhorar as relações entre a Administração e os cidadãos deu lugar a avanços importantes, máxime na França, país apegado à dispensa da motivação “*pas de motivation sans texte*”, ampliando a exigência da motivação formal, mediante uma vasta intervenção do legislador, dentro de um conjunto de medidas chamado de desenvolvimento da “*terceira geração dos direitos do homem*”, os *direitos de informação perante o poder público*⁴²³. Também na Itália não foi por acaso que generalizou-se a obrigação de motivar em razão de sua importância em face da opinião pública, a despeito de robusta posição doutrinária tradicional⁴²⁴.

Como se disse, a motivação obrigatória das sentenças judiciais também exerceu influência na exigência da motivação dos atos administrativos. Assim é que muitos autores invocam, como embasamento jurídico do dever de motivar, os atos jurisdicionais, além de se reportarem ao direito processual como razão de tal dever no âmbito da atividade administrativa. Neste sentido, manifesta-se Ramón Real, ao visualizar a garantia da motivação dos atos administrativos, oriunda das sentenças judiciais⁴²⁵. De igual modo, Enterría e Fernández aduzem que a motivação

se trata de um requisito normal em todas as Sentenças e Decisões judiciais (arts. 208 e 209 LEC), um requisito que, por certo, foi uma vitória tardia da doutrina, pois o absolutismo fazia da não-motivação uma regra de prestígio (Lei 7.^a, tít. 17; livro XI da Novíssima Recompilação), em último caso determinada no caráter não necessariamente legal dos julgados que se sustentavam, fosse qual fosse seu conteúdo, na soberania direta do monarca, o qual podia criar em cada caso uma norma ou decisão específica, sem se

⁴²¹ Maurizio De Paolis. La struttura del provvedimento amministrativo. In: ——— (Coord.). *La motivazione del provvedimento amministrativo: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Padova: Cedam, 2002. p. 7-8.

⁴²² *La motivazione dell'atto amministrativo*, p. 263.

⁴²³ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 18.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴²⁵ Alberto Ramón Real. Fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 62, p. 6.

submeter às Leis prévias. Do mesmo modo que o princípio da legalização da justiça, imposto pela Revolução Francesa (tanto civil quanto penal: princípio da legalidade de delitos e penas), a serviço do qual se arbitraram técnicas do recurso de cassação e da responsabilidade pessoal dos juízes, concluiu-se pela imposição de uma garantia inescusável, ou seja, a necessidade de motivar as sentenças em resultandos e considerandos, de forma que os julgados aparecessem como uma particularização racionalizada do mandato geral das Leis e não como uma simples decisão imperativa e voluntarista, assim também a legalização da atividade administrativa conduziu à mesma consequência⁴²⁶.

Enterría e Fernández ensinam que a lei obriga a Administração a motivar a maioria de suas decisões, o que significa dizer que as razões de fato e de direito, nas quais as mesmas se apóiam, devem tornar-se públicas⁴²⁷. Esclarecem que a Lei de Procedimento Administrativo espanhola remonta a 1958, a qual já previa o dever de fundamentação dos atos administrativos, e, a partir de 1992, passou a vigorar a Lei 30 (Ley Del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas e Del Procedimiento Administrativo Común), que regulamenta genericamente o procedimento administrativo e o dever de motivar os atos administrativos, em rol elencado em seu art. 54 da Lei de Procedimento Comum, inclusive para os atos expedidos no exercício da competência discricionária⁴²⁸.

Advertem que, no direito espanhol, as exceções ao dever de motivar, contidas no antigo art. 43.2 da Lei de Procedimento Administrativo, alusivas à exclusão da via contencioso-administrativa (atos de polícia sobre imprensa, rádio, cinema e teatro), foram eliminadas pela nova Lei de Procedimento Comum por contrariarem o direito fundamental e a tutela judicial efetiva assegurada pelo art. 24.1 da Constituição espanhola⁴²⁹. Lembram que a motivação comporta exceção, de acordo com o aludido dispositivo legal (art. 54 da Lei de Procedimento Comum)⁴³⁰.

Para Marcos Fernando Pablo, a importância fundamental da Lei de Processo Administrativo espanhola (LPA) não deixa esquecer que, em relação à motivação do ato administrativo,

⁴²⁶ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. I, p. 559-570.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 569.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 570.

⁴²⁹ *Ibidem*, p.572.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 570.

interrompeu-se uma tradição própria favorável a um princípio geral da motivação, com as oportunas exceções, afastando-se o direito espanhol, contra todas as perspectivas, de um movimento geral tendente a impor uma obrigação genérica de motivar os atos administrativos resolutórios, somente excetuada em casos singulares, tais como decisões de grande simplicidade, plenamente favoráveis na ausência de terceiros, urgência [...].

Em certa medida, o direito espanhol petrificou-se no que diz respeito ao tratamento positivo da motivação do ato administrativo. No direito espanhol atual, não obstante, alguma jurisprudência do Tribunal Supremo contrária, com respeito aos atos que limitam direitos constitucionais, exige-se um maior rigor na enunciação dos dados de fato presentes no critério da decisão⁴³¹.

Ressaltam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández “a particular importância da exigência de motivação dos atos discricionários, estabelecida pela nova Lei de Procedimento Comum espanhola, corrigindo-se neste ponto com acerto o antigo art. 43 Lei de Procedimento Administrativo de 1958, que a omitia”, omissão que denunciaram em edições anteriores da obra em estudo, por entenderem que “a expressão dos motivos em virtude dos quais a Administração optou por uma solução concreta entre as muitas possíveis” é imprescindível “para efeitos do controle jurisdicional”⁴³².

Deflui, portanto, dos apontamentos efetuados a imprescindibilidade da motivação como instrumento de controle dos atos administrativos na legislação alienígena mais avançada, além da importância do papel da jurisprudência e da doutrina na sua consolidação.

3.2 Direito brasileiro

Questiona-se se a motivação constitui uma faculdade ou um dever, prevalecendo uma tendência universal em sede doutrinária e jurisprudencial no sentido do “alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos”⁴³³.

⁴³¹ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 191.

⁴³² Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, p. 571.

⁴³³ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 114 e ss.

Há os que consideram a motivação obrigatória apenas quando decorrente de imposição legal; outros, ao inverso, entendem que a motivação é sempre obrigatória; e outros, ainda, a visualizam na dependência da natureza do ato, seja diante de exigência legal expressa ou até mesmo no seu silêncio⁴³⁴.

A primeira corrente foi defendida por Caio Tácito, por volta do ano de 1951 e reiterada em 1954, ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 19.720, de 1952, parcialmente transcrito no item 5.1.6.1 – A motivação na jurisprudência brasileira. Vale lembrar que à época imperava o regime da Constituição de 1937 e era tido como lícito o ato de aposentadoria de funcionários pelo chefe do Executivo desacompanhado de motivação⁴³⁵.

No dizer deste autor, a “enumeração dos motivos somente é obrigatória quando a lei assim o determine, ou melhor, quando o ato está legalmente vinculado a motivos preestabelecidos”, sendo da índole do denominado “ato discricionário” a ausência de motivação. Entretanto, mesmo em face da ausência de previsão legal da motivação, aderiria à tese de que competia “ao juiz examinar os fatos alegados pela Administração, a fim de controlar o excesso de poder” que pudesse inquinar o ato de ilegalidade⁴³⁶. Em suas lições, ainda que não obrigatória a motivação, se o agente público exterioriza as razões que embasaram sua decisão, o juiz poderá “examinar-lhes a exatidão”⁴³⁷.

Hely Lopes Meirelles lecionava que, em razão de os “atos discricionários” se encontrarem no campo de liberdade conferida à Administração Pública pela lei, a qual faculta a escolha da melhor decisão ao administrador, não há que impor a motivação⁴³⁸. Assim, a posição por ele adotada nas versões originais externava-se nas seguintes palavras:

⁴³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 373.

⁴³⁵ Caio Tácito. Controle dos motivos nos atos discricionários, *Revista de Direito Administrativo*, n. 38, p. 353, 1954.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 354-355.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 353.

⁴³⁸ Hely Lopes Meirelles, em sua edição de 1984 (p. 156-157), defende a obrigatoriedade da motivação nos atos vinculados, e nos discricionários, “quando facultativa, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado”. Entende ainda o autor em comento que a motivação é obrigatória nos atos que afetem interesse individual para fins de controle. Nas edições mais recentes, o pensamento anterior não se encontra na

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado a critério do administrador. No primeiro caso será elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência⁴³⁹.

Para a segunda corrente supracitada, todos os atos devem ser motivados. Adere a essa tese Agustín Gordillo ao declarar que a garantia da fundamentação do ato não é uma questão instrumental, secundária, prescindível, reparável. Nas palavras do autor, “assim como uma sentença não o será se não estiver embasada nos fatos e no direito, a decisão administrativa imotivada é um abuso de poder, arbitrariedade, sistema autoritário de governo, se não tem ao menos uma simples e humilde explicação que a submeta ao direito”. Portanto, “não se trata de uma exigência vazia de conteúdo”⁴⁴⁰. Na mesma trilha Alberto Ramón Real⁴⁴¹. Finaliza Gordillo asseverando que, na falta da “motivação que condiciona o consenso, pode-se afirmar que falta um elemento mínimo de uma democracia”⁴⁴².

Na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a ausência de motivação nos “atos vinculados” produz efeito distinto de sua ausência nos “atos discricionários”. Afirma, quanto aos primeiros, que, se a decisão houver sido tomada em consonância com os ditames legais, a ausência de motivação será relevada, pois contida no próprio texto legal. Na hipótese de exigência legal, diante da ausência de motivação do ato, este será tido como válido se provada em juízo (controle judicial) a conformidade do ato com a lei⁴⁴³.

Quanto aos atos praticados no exercício da competência discricionária, diferencia as hipóteses em que a motivação decorre de texto legal das que dimanam da natureza do ato⁴⁴⁴, defendendo a terceira corrente doutrinária, cuja maior relevância advém do incremento do movimento da doutrina, jurisprudência e legislação, no sentido de estabelecer sua obrigatoriedade. Para o autor, tratando-se

íntegra (*Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 180-183, e *Direito administrativo brasileiro*, 31. ed., p. 99-101).

⁴³⁹ Hely Lopes Meirelles. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 165.

⁴⁴⁰ *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. t. 3, cap. X, p. X-13-14. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 27 set. 2005.

⁴⁴¹ Fundamentación del acto administrativo, *Revista de Derecho Público*, n. 62, p. 13.

⁴⁴² *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. t. 3, cap. X, p. X-17. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 27 set. 2005.

⁴⁴³ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 471.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, mesma página.

de ato discricionário, a falta de motivação importará em sua invalidade, salvo se comprovada a legitimidade da emissão do respectivo ato⁴⁴⁵, ou seja, se não houve abuso de direito e não feriu o interesse público. No que diz respeito à natureza do ato, entende ser a motivação obrigatória, especialmente diante de atos restritivos de direitos.

Recorda Egon Bockmann Moreira⁴⁴⁶ que “não mais vigora o vetusto entendimento de que os atos vinculados deveriam, sim, ser objeto de motivação especial (demonstrando que a lei estaria sendo cumprida à risca)”, ao passo que no exercício da competência ou do “poder” discricionário o desprezo à motivação estaria autorizado, uma vez que a “decisão teria por lastro a outorga livre das ‘razões de Estado’”.

O dever de motivar incide sobre todos os atos administrativos. Para Antônio Carlos de Araújo Cintra o ato deve ser motivado indistintamente (vinculado ou discricionário), eis que ambas as categorias se ajustam à maioria das finalidades da motivação. Diante de disposição legal exigindo o comparecimento da motivação como formalidade do ato administrativo, a inobservância da lei implicará nulidade do ato, pois tal formalidade é tida como essencial. Por outro lado, não havendo exigência legal, as conseqüências da omissão da motivação deverão ser aferidas caso a caso⁴⁴⁷, as quais serão objeto de análise no item 4.2. Ressalta-se, contudo, que a obra desse autor antecedeu em aproximadamente dez anos à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os doutrinadores pátrios têm a motivação como obrigatória, em regra, admitindo eventuais exceções, que variam de acordo com as diferentes classificações que adotam (natureza jurídica formal, material ou dúplice).

Nesse passo, observa com percuciência Benedicto Porto Neto que a Administração está obrigada a motivar o ato por força da própria função pública⁴⁴⁸, a

⁴⁴⁵ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 471.

⁴⁴⁶ *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333-334.

⁴⁴⁷ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação de ato administrativo*, p.126.

⁴⁴⁸ Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 123-124.

teor do art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal, “que faz com que sua atuação seja voltada para fora”.

No entanto, a despeito do alargamento da obrigatoriedade da motivação até mesmo em ordenamentos jurídicos bastante avançados, como se viu nas contribuições do direito estrangeiro, tópico anterior, há situações não abrangidas por tal obrigatoriedade, comportando a motivação temperamentos, hipóteses que se mencionam adiante.

A doutrina em geral, especialmente antes de a motivação ser positivada, costuma elencar os atos em que a fundamentação obrigatória deverá comparecer. Ensina Roberto Dromi que serão motivados os atos que resolvam petições, recursos e reclamações; aqueles que se afastem do critério seguido em atuações precedentes (decisões que contrariem pareceres existentes) ou do ditame do órgão consultivo (diferente da praxe ou do costume – observação nossa); que devam sê-lo em virtude de outras disposições legais ou regulamentares (quando haja expressa disposição legal) e quando resultem do exercício de atribuições discricionárias⁴⁴⁹.

Entre nós, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já arrolava alguns *atos que por sua natureza devem ser motivados*⁴⁵⁰, dentre os quais se inserem os atos restritivos de direitos, à semelhança da recente Lei Federal 9.784/1999 e a exemplo do que se adotou nos sistemas jurídicos português e espanhol (enumeração de determinadas categorias de atos).

Após a Constituição Federal de 1988, a primeira corrente doutrinária supra-aludida já vinha perdendo espaço por não se coadunar com as exigências do Estado Democrático de Direito, em que a função administrativa encontra limites.

Como estudado no item 2.4, a Constituição Federal não incluiu expressamente a motivação entre os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal de 1988), encontrando-se disciplinada como

⁴⁴⁹ *Derecho administrativo*, p. 270.

⁴⁵⁰ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 471-472.

indispensável à prática dos atos administrativos dos Tribunais (art. 93, X) que, com maior razão, se estende à motivação dos atos administrativos dos demais Poderes.

O dever de motivar no âmbito administrativo ganhou maior relevo a partir das leis federais de processo administrativo, máxime em face da Lei Federal 9.784/1999. Apesar de não contarmos com um Código de Processo ou Procedimento Administrativo, e ser recente a experiência com leis gerais de processo administrativo, a legislação ordinária vem incrementando as discussões a respeito da temática no que tange à obrigatoriedade da motivação e suas possíveis exceções. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, desde então, vem sofrendo seus efeitos, ao incorporar a motivação com maior efetividade em seus julgados.

Duas leis gerais de processo administrativo promoveram grande impacto no cenário nacional possibilitando a antevisão de grandes mudanças, quais sejam: a Lei Paulista 10.177, de 30.12.1998, que regula o processo administrativo no âmbito estadual de São Paulo, e a Lei Federal 9.784, de 29.01.1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

A partir daí, os olhares se voltaram com redobrada atenção para a motivação legal obrigatória, tema que vem sendo sobejamente tratado pela doutrina, pelo que se passa a comentar o tratamento dado à matéria pela legislação ordinária, especialmente no âmbito da Lei Federal.

O regramento estabelecido na Lei Federal e na Lei Paulista respeita as normas legais específicas existentes para certos atos e procedimentos administrativos (arts. 2.º da Lei Paulista e 69 da Lei Federal) – situações em que incidirá subsidiariamente. Sua aplicação integral deverá ocorrer nos casos em que não haja regulação especial para os atos e procedimentos a serem adotados pela Administração.

Embora ambas apresentem-se, em suas respectivas ementas, como destinadas a regular o processo administrativo, seu âmbito de incidência não é limitado àquilo que, na rotina administrativa brasileira, se vem denominando como processo administrativo. Destaca Carlos Ari Sunfeld:

Uma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa. Na visão brasileira mais comum, processo administrativo é um conjunto de trâmites exigidos em certas situações especiais, especialmente na demissão de servidor (processo disciplinar), no lançamento ou autuação tributária, bem como em sua impugnação (processo fiscal ou tributário). Quando pensamos na ação administrativa como um todo, normalmente não vinculamos a ela a idéia de processo. É justamente a essa visão que uma lei geral de processo (ou procedimento) administrativo se opõe radicalmente. O pressuposto lógico de uma lei assim é o de que, na Administração Pública, decidir é fazer processos – isto é, toda a atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual⁴⁵¹.

As diversas normas dessas leis regulam, isto sim, o exercício das competências decisórias da Administração geral. E isso faz toda a diferença.

Cabe ressaltar que várias disposições acerca da motivação, contidas na Lei 9.784, de 29.01.1999, foram tratadas de forma esparsa em diversos itens ao longo do presente estudo⁴⁵². Neste tópico cumpre tecer considerações apenas quanto à obrigatoriedade ou não da motivação em geral e, mais especialmente, no âmbito da Lei Federal de processo administrativo. Serão mencionadas algumas constituições estaduais e legislação correlata e bem assim eventuais exceções que o dever de motivar comporta.

A Lei Paulista⁴⁵³ contempla expressamente a motivação como princípio da Administração Pública, em que a motivação⁴⁵⁴ é obrigatória, implicando sua omissão ou insuficiência invalidação dos atos administrativos que dela prescindirem.

⁴⁵¹ Carlos Ari. Sundfeld. As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

⁴⁵² V. conceito – 2.1; terminologia 2.2; A vinculação da motivação com os princípios constitucionais da Administração Pública 2.4; teleologia da motivação 2.5 e, especialmente, os requisitos da motivação 2.6.1; 2.6.2; 2.6.3; 2.6.4, e composição da enunciação lingüística dos motivos: contextual e *aliunde* 2.7; IV – Invalidação do ato administrativo em razão de vício de motivação e V – O controle dos atos administrativos a partir da motivação.

⁴⁵³ A Lei Paulista (Lei 10.177/1998) preceitua em seu art. 4.º que a Administração Pública atuará em obediência aos diversos princípios arrolados, entre eles, o da motivação. Explicita em seu art. 9.º que “a motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada”, estatuinto no parágrafo único que “a motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos”, positivando a motivação *aliunde* aceita pela doutrina majoritária, como estudado no item 2.7. Disciplinou ainda de forma expressa a consequência de seu incumprimento no inc. VI do art. 8.º, no qual a “falta ou insuficiência de

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, de 05.10.1989, em seu art. 111, também erigiu a motivação a princípio constitucional, ao qual deve obediência a Administração Pública direta, indireta ou fundacional dos Poderes do Estado⁴⁵⁵.

A Lei reguladora do processo administrativo (na esfera da Administração Pública Federal) dedicou capítulo próprio à motivação (Capítulo XII) erigindo-a a *status* de princípio basilar da Administração Pública no *caput* de seu art. 2.º, além do tratamento apartado quanto à sua obrigatoriedade na prática de atos restritivos de direitos (rol do art. 50), em que pese ter pecado por não contemplar de modo expresso os atos ampliativos de direitos.

Pautou-se num rol de atos restritivos de direitos estatuidando que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” nas diversas hipóteses dos seus oito incisos, quando: I – *neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses*; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de

motivação” torna os atos inválidos (art. 8.º, *caput*), como será apontado no capítulo IV deste estudo, o que não se deu, neste aspecto, com a Lei Federal.

⁴⁵⁴ A Lei Paulista somente admite recusa de provas oferecidas pelas partes mediante decisão fundamentada e desde que em face de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (§ 2.º do art. 22 da Lei 10.177/1998).

⁴⁵⁵ Consagram também o dever de motivar a Constituição do Estado de Sergipe (Lei Complementar – Sergipana – n. 33, de 26.12.1996, que institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe e prevê a motivação em diversos dispositivos legais, tais como no inc. IV do art. 114, inc. II do art. 117); do Estado do Espírito Santo, igualmente promulgada em 05.10.1989 (a Constituição do Estado do Espírito Santo prevê no § 2.º de seu art. 45 “que são requisitos essenciais à validade do ato administrativo, além dos princípios estabelecidos no art. 32, *caput*, a motivação suficiente e a razoabilidade”); a Constituição do Estado do Rio de Janeiro que assegura nos procedimentos administrativos a motivação suficiente (art. 16 do Capítulo I do Título II – Dos direitos e garantias fundamentais). Dispõe o art. 16 – “Os procedimentos administrativos respeitarão a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa, da moralidade e da motivação suficiente”; a Constituição do Estado de Minas Gerais, que insere a motivação no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estatuidando em seu art. 4.º, § 4.º: “Nos processos administrativos, qualquer que seja o objeto e o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a publicidade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou decisão motivados. Comenta Florivaldo Dutra de Araújo que a Constituição do Estado de Minas Gerais, também de 1989, foi a primeira a ser promulgada no Brasil, em 21.09.1989, consagrando expressamente o dever de motivação dos atos administrativos, o que já era previsto antes da Constituição Estadual, em lei ordinária (Lei Delegada 5, de 28.08.1985, e, posteriormente, na Lei 9.507, de 29.12.1987), além do tratamento da matéria na lei de processo administrativo do Estado de Minas Gerais (*Motivação e controle do ato administrativo*, p. 180).

aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50 da Lei 9.784/1999) (grifos nossos).

Da leitura dos incisos do dispositivo legal acima transcrito resta claro que o legislador priorizou expressamente os atos restritivos de direito no que tange à obrigatoriedade da motivação, não comportando exceções em tais casos. Não se vislumbra dentre eles a inclusão de atos ampliativos e declarativos, podendo-se aceitar tal rol como exemplificativo apenas para eventuais atos ablativos não explicitados.

Mesmo numa leitura sistemática do art. 50 da Lei Federal não há como exigir uma interpretação no sentido de açambarcar os atos ampliativos, salvo melhor juízo, no termo “afetem”, nem tampouco na expressão “imponham ou agravem deveres” (a despeito de os atos ampliativos também imponham deveres) previstos no inc. II supratranscrito. Não se visualiza que tal rol deva ser considerado exemplificativo por abarcar os demais atos não previstos de forma expressa, invocando-se por fundamento o inc. I do art. 50 (quando neguem, limitem ou *afetem direitos ou interesses*), especificamente no termo “afetem” direitos ou interesses, conferindo-lhe uma abrangência tal que comporte a inclusão de atos ampliativos de direitos.

Por outro turno, os demais atos não disciplinados no mencionado rol não ficam desprotegidos quanto ao dever de motivar. É forçoso reconhecer o dever de motivar quanto aos atos ampliativos, entre outros, seja em decorrência do expresso princípio da motivação (art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/1999), seja porque não é apenas o princípio da motivação que rege a interpretação como um todo. A despeito de tais atos (ampliativos) implicarem algum dever, a motivação não pode ser olvidada, máxime para afastar eventual apadrinhamento ou até mesmo perseguição (ex.: autorização).

Nesse espeque, vale lembrar que a Lei Federal, ao contemplar o princípio da motivação, impôs o dever (obediência na terminologia legal) de motivar. Reza a primeira parte do art. 2.º, *caput*, que “a Administração Pública obedecerá” os

princípios que arrola, entre os quais o da motivação. Resta claro o comando “obedecer”, tão ou mais incisivo do que “deverá”.

No mesmo sentido, pontua Egon Bockmann Moreira que “dever” é conduta prevista e imposta pelo ordenamento jurídico ao agente público, diferentemente de obrigação no âmbito do direito privado, aduzindo que “[...] a Administração não está livre para motivar ou não os demais atos que praticar, pois a ausência de motivação é exceção”⁴⁵⁶.

Ainda quanto à discutida obrigatoriedade da motivação em sede da Lei Federal, comenta Juarez Freitas que:

[...] há, no mínimo, dois rumos hermenêuticos promissores: (1.º) dizer que o rol do art. 50 não é exauriente, pura e simplesmente ou; (2.º) dizer, que, com a devida elasticidade, sobretudo no exame e na fixação do conteúdo do inciso I (“quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”), todas as hipóteses de motivação cogente estariam abarcadas⁴⁵⁷.

Embora o autor vislumbre plausibilidade nas duas interpretações, prefere a primeira delas. Corroboram-se as palavras de Juarez Freitas no sentido de que o princípio da motivação deve resultar robustecido ao se interpretarem as regras contidas no diploma legal de processo administrativo.

Discorrendo sobre a obrigatoriedade da motivação concernente ao dispositivo legal em comento, alerta Benedicto Porto Neto que a Lei 9.784/1999 pode transmitir a idéia de que há outras hipóteses que não a reclamam⁴⁵⁸. Salaria o equívoco dessa visão, ao menos no que se refere aos atos administrativos que produzem efeitos externos. Com efeito, “todos os atos que possam afetar os particulares estão referidos no dispositivo”. Segundo ele, a motivação é “obrigatória tanto para restringir sua esfera de direitos como para negar-lhe sua ampliação”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ *Processo administrativo*: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 25-30.

⁴⁵⁷ *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos*. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 106-107.

⁴⁵⁸ *Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo*. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 124.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, mesma página.

Pode-se ainda ter em conta que o objetivo visado pela Lei Federal ao disciplinar as condutas que restringem os direitos dos interessados sirva como destaque para os comportamentos da Administração Pública em que a obrigatoriedade da motivação se sobressai, não comportando exceção. Além disso, sabe-se que é impossível o legislador prever todas as condutas. A lei por vezes pode deixar ao aplicador um norte (vetor interpretativo, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello) do dever de motivar, sobrelevando-se a obrigatoriedade da motivação quanto a determinados atos, por exemplo, até mesmo para evitar possível engessamento.

Ademais, na interpretação da obrigatoriedade da motivação em sede da Lei Federal há que invocar precipuamente o princípio da razoabilidade. Não é razoável aceitar que a aludida Lei pretenda afastar a imposição da motivação nos atos ampliativos de direito, declaratórios etc.

A par do que já se disse, a Lei 9.784/1999 impõe no parágrafo único do art. 2.º a observância de inúmeros “critérios”, entre eles a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (inc. VII). Na verdade, entende-se que a Lei Federal quis dizer “definição” e não “critérios”, o que seria, contudo, tecnicamente inconcebível, uma vez que não se podem definir princípios. Valeu-se do termo “critérios”, o que não esgota o princípio que é mais amplo, pois uma coisa é o princípio da motivação e outra é a motivação positivada como regra, sendo certo que a regra não pode limitar o princípio. Retoma os “critérios” do aludido inc. VII, em seu art. 50, *caput* (“Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”).

Deflui de tudo o quanto foi dito acerca da interpretação, em face do “direito por princípios” em compatibilidade ao “direito por regras”, o entendimento no sentido da interpretação do princípio da motivação de regência obrigatória à Administração Pública (art. 2.º, *caput*) conjugado com os mencionados “critérios” também de observação obrigatória, aliados ao § 1.º do art. 38 (Os elementos probatórios que deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão), entre outros, tendo como resultado final que a motivação como princípio norteia a aplicação da

Lei 9.784/1999 como um todo. Acrescem-se a isso os requisitos que a motivação deve ostentar (§ 1.º do art. 50) demonstrados no item 2.6.

Assim, amplia a Lei Federal o alcance da motivação, a qual deve dar-se num espectro mais abrangente do que o conceituado por alguns doutrinadores, em sentido restrito. Por tal razão, o art. 50 deve ser lido dentro desse contexto, em que não se pode olvidar a principiologia da Lei (principalmente o princípio da razoabilidade, finalidade, instrumentalidade das formas, que expressa) e dos demais princípios envolvidos na matéria *sub examen*⁴⁶⁰. Por tais razões, igualmente refuta-se a idéia de que o art. 50 esteja eivado de inconstitucionalidade.

Quanto à aparente contrariedade das disposições contidas no art. 50 e art. 2.º da Lei, numa interpretação sistemática entre os dispositivos legais em questão e demais princípios que regem a matéria, chega-se a uma compatibilização adequada⁴⁶¹.

Ademais, a Lei Federal não enfrentou explicitamente a questão da inexigibilidade da motivação, à similitude do que foi feito no art. 25 da Lei 8.666/1993, no âmbito das licitações.

Acresce-se a isso que, apesar da presunção de legitimidade dos atos administrativos, hodiernamente, a ausência de motivação (omissão) se traduz, na maior parte das vezes, em causa suficiente a comportar a anulação dos atos assim praticados ou até mesmo a decretação de nulidade dos mesmos⁴⁶², razão pela qual não se vislumbram maiores dificuldades interpretativas.

Também não prospera o entendimento de eventual alegação pelo agente público de que deixou de motivar o ato em virtude de ausência de previsão legal nos

⁴⁶⁰ V. item 2.4 – Vinculação da motivação com os princípios constitucionais da Administração Pública.

⁴⁶¹ A Lei Federal dispõe que a Administração Pública *obedecerá*, dentre outros, *aos princípios* da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2.º, *caput*). Reitera-se que em seu parágrafo único expressa o mencionado artigo da Lei, que nos processos administrativos serão observados uma série de *critérios* que arrola, entre os quais, *a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão* (inc. VII do parágrafo único do art. 2.º).

⁴⁶² Juarez Freitas. *A interpretação sistemática do direito*, p. 254.

casos não arrolados pela Lei Federal, eis que a motivação se impõe sob pena de invalidade do ato.

Ao tratar-se com tamanho rigor eventuais deslizes da Lei Federal, corre-se o risco de jogar por terra os benefícios que dela advêm, reconhecendo-se, contudo, que tardou a chegar, mas veio. Seus pontos positivos, além da conjugação dos dispositivos legais com a Constituição Federal e a principiologia que rege nosso ordenamento jurídico e a própria lei em estudo, *suplantam via interpretação a aparente lacuna*, o não implica concordância com a posição ultrapassada e autoritária no sentido de motivar os atos plenamente vinculados.

Ressalta-se que o assentimento quanto às exceções ao dever de motivar decorre ainda do que se entenda pela natureza jurídica da motivação (item 2.3).

Enfim, a transparência advinda da obrigatoriedade da motivação em virtude de lei, em tempos de agigantamento do Estado, constitui mecanismo de salvaguarda dos cidadãos e defesa dos direitos e princípios constitucionalmente garantidos⁴⁶³.

A Reforma do Estado de duvidosa constitucionalidade está a impor cada vez mais às autoridades administrativas a motivação de seus atos em homenagem não só à legalidade, mas visando possibilitar o controle dos atos administrativos, a defesa dos interesses da parte eventualmente afetada e a garantia do interesse público, em cujo contexto o Poder Judiciário é chamado a uma atenção redobrada na apreciação da legalidade na prática dos atos administrativos (aí compreendendo o poder discricionário fulcrado na lei).

Não é outro o entendimento dos Tribunais Superiores. A obrigatoriedade da motivação vem sendo reforçada pelo Poder Judiciário, já que a motivação permite a distinção entre o arbítrio e o julgamento como será apresentado no item 5.1.6.1 – A motivação na jurisprudência brasileira.

⁴⁶³ Ressalta-se que as *razões* que embasaram a prática do ato pelo administrador público são de importância fundamental na ampla defesa que deve ser concebida como efetiva participação do interessado que, mediante uma decisão clara e bem formada pela Administração, poderá valer-se dos instrumentos jurídicos ao seu alcance caso discorde das mesmas, bem como melhor compreendê-las, já que muitas vezes leigo no que tange ao conteúdo das decisões. Também este aspecto foi ponderado pela norma legal em estudo.

Contudo, pondera Vieira de Andrade que a fundamentação obrigatória pertence a um sistema em que concorre e por vezes entra em conflito com outros valores constitucionais, os quais podem-na “condicionar, comprimir ou até excluir”⁴⁶⁴. A motivação obrigatória “não é a expressão de um valor absoluto e único”⁴⁶⁵.

Ainda no direito comparado, Gordillo aceita como exceções à regra da motivação obrigatória somente os certificados ou declarações não opinativas, ou seja, que não emitam juízos ou decisões, mas meras constatações, além dos atos tácitos⁴⁶⁶, eis que adepto da segunda corrente, para a qual a motivação deverá sempre comparecer.

Na mesma senda, o também argentino Juan Carlos Cassagne averba que a motivação somente é dispensável em casos excepcionais, como reconhece um setor da doutrina, exemplificando com a emissão de uma ordem de compra numa licitação pública, por se tratar de um ato vinculado cuja causa se encontra em outro ato administrativo já motivado. Ou, ainda, quando a própria natureza do ato o impõe, como numa ordem de passagem determinada por um agente de trânsito⁴⁶⁷. Tal entendimento decorre por certo de sua concepção de motivação como um requisito que integra o elemento de forma.

Por outro lado, nas lições de Vieira de Andrade a obrigatoriedade da fundamentação, enquanto imperativo formal, não se “auto justifica”, possuindo como “fim último a garantia de valores substanciais”⁴⁶⁸. Para o autor português, deve ter-se em conta

um espaço para a “concretização” do legislador ordinário, permitindo-lhe coordenar os diversos interesses que exprimem a razão de ser e integram a função do imperativo de fundamentação – uma “coordenação” que pode mesmo levar à dispensa da fundamentação formal⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 218-219.

⁴⁶⁵ Ibidem, mesma página.

⁴⁶⁶ *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. t. 3, cap. X, p. X-15. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 27 set. 2005.

⁴⁶⁷ Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, 6. ed., t. II, p. 150-152.

⁴⁶⁸ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 219.

⁴⁶⁹ Ibidem, mesma página.

Visa-se, assim, evitar uma rigidez desproporcionada das normas ou até mesmo remissão a decisões padrões ou “harmonizatórias” sob o encargo dos agentes operadores, no caso concreto, deixando de lado a responsabilidade exigida em “certas opções importantes na realização dessa concordância entre fins públicos”⁴⁷⁰.

No direito brasileiro, a Constituição Federal, além do próprio contexto da Lei 9.784/1999, aliado à inexcédível contribuição doutrinária, importa em poderoso auxílio quanto a eventuais exceções à motivação obrigatória, eis que não disciplinadas expressamente pela legislação ordinária. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu algumas hipóteses de dispensa ao dever de motivar.

A regra da obrigatoriedade da motivação comporta temperamentos até mesmo nos atos discricionários, como numa exoneração de cargo em comissão. Exemplifica-se também com a escolha pelo Presidente da República, de um Ministro do Supremo ou do Procurador-Geral da República numa lista tríplice, sem que seja necessário motivar. Os últimos exemplos consistem em “atos administrativos discricionários” para uns, e “atos de governo ou atos políticos”, para outros, cujas diferenças serão apontadas no item 5.1.3 – Controle parlamentar.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos políticos ou de governo são os “praticados com *margem* de discricção e *diretamente em obediência à Constituição*, no exercício de função puramente política”, a despeito de serem controláveis pelo Poder Judiciário⁴⁷¹.

Por sua vez, a Lei Federal não se reporta a eventual exceção que o dever de motivar comporta. Nem seria esperado que o fizesse, máxime por consagrar expressamente tal dever, evitando-se possível engessamento normativo. Entretanto, seria conveniente que, na colisão de princípios fundamentais, houvesse previsão de abrandamentos no regime de invalidação do ato administrativo em face da motivação.

É cediço o reconhecimento da motivação como princípio aplicável à Administração Pública no âmbito federal (art. 2.º da Lei 9.784/1999). Além disso, a

⁴⁷⁰ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 219-220.

⁴⁷¹ *Curso de direito administrativo*, p. 357-358.

Lei Federal, ao prever um rol de atos em que a motivação é obrigatória (art. 50), significa dizer, de outro turno, que a motivação pode comportar exceções. Igualmente ao permitir a convalidação de atos administrativos (art. 55)⁴⁷² traz implícita a ocorrência de hipóteses (como em face de eventual irregularidade ou da ausência de algum dos requisitos da motivação), das quais pode não decorrer prejuízo algum para os interessados e ao interesse público (tratado no Capítulo IV), além de não comprometer o controle dos atos administrativos, em que, excepcionalmente, o rigor quanto à motivação não é absoluto.

A Lei Federal não traz distinção quanto ao dever de motivar os “atos vinculados” ou “discricionários”, abrangendo ambos. Igualmente não excepciona tais categorias de atos administrativos no que diz respeito à motivação, cujas exceções aceitas pela doutrina a eles se aplicam.

Admite-se que nos atos *in totum* vinculados a motivação pode ser dispensada, sendo desnecessária disposição legal expressa nesse sentido. Neste aspecto, Bandeira de Mello acompanhou a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Por tal razão, conclui que:

Se o motivo foi vinculado e obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória⁴⁷³.

Reitera-se para efeitos práticos (item 2.6.4) a posição de Bandeira de Mello ao admitir, em caráter excepcional, nos casos em que a lei não exija motivação, que o ato discricionário possa dela prescindir, pois pode haver alguma hipótese de natureza rara ou excepcional, não se esquivando a Administração de demonstrar, de modo irretorquível e objetivamente, que o motivo alegado intempestivamente preexistia e possuía idoneidade para justificar o ato e que tal motivo foi a razão

⁴⁷² “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

⁴⁷³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, p. 68-69.

determinante de sua prática. Apenas diante destes três elementos admite que o ato se convalide com a motivação posterior⁴⁷⁴.

A doutrina menciona que por razões de segurança pública o ato deva ser mantido em sigilo, observando, contudo, que nada impede que o ato secreto seja motivado e de todo o teor seja guardado sigilo. Desse modo, o que está em pauta é o princípio da publicidade e não o da motivação. Nesse sentido, José Osvaldo Gomes adverte que, em tais casos, as críticas se dirigem “mais ao âmbito da obrigação de fundamentar e à sua publicidade” do que à fundamentação em si mesma considerada⁴⁷⁵.

Por força do princípio da publicidade não se admitem atos sigilosos ou secretos, exceto em decorrência de previsão constitucional expressa.

Nos casos em que por motivo de segurança pública a motivação pode ser dispensada, não se exige a Administração de vincular o ato com o tema que demande segredo, de maneira a resguardar o interesse público. A Constituição Federal, quando trata do estado de defesa e de sítio, prevê uma série de providências no sentido de evitar o arbítrio em tais situações excepcionais.

Assim, no parágrafo único do art. 137 (estado de sítio), o “Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta”. Tão logo se encerre o “estado de sítio”, as medidas aplicadas em sua vigência “serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições aplicadas” (parágrafo único do art. 141 da Constituição Federal). Mesmo nas hipóteses excepcionais, a necessária motivação deverá ocorrer, ainda que posteriormente.

A Constituição Federal de 1988 ressalva o direito de receber informações dos órgãos públicos nas hipóteses “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da

⁴⁷⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 375.

⁴⁷⁵ *Fundamentação do acto administrativo*, p. 24.

sociedade e do Estado” (art. 5.º, XXXIII, *in fine*, regulamentado pela Lei 11.111, de 05.05.2005). Portanto, a motivação comporta exceção constitucional implícita, em face da segurança da sociedade e do Estado, quando imprescindível o sigilo.

No direito português citam-se como casos de conflito as hipóteses em que a fundamentação se oponha a interesses do Estado, à segurança pública e à satisfação eficiente de necessidades coletivas, ou então valores privados, como a intimidade dos indivíduos e das famílias, ocasiões em que os valores devem ser sopesados, devendo-se “proceder à harmonização dos diversos valores constitucionais, a fim de obter uma concordância prática entre as normas e princípios que os consagram”⁴⁷⁶. Alerta-se que tal harmonização, por vezes, somente será efetivada no caso concreto, razão pela qual a descrição normativa deve estabelecer critérios e fixar limites, sempre que possível⁴⁷⁷.

Igualmente no direito português a exclusão do dever de fundamentar surge em diversas situações, nas quais tal dever se manifesta desnecessário, como ocorre nas “disposições tomadas com conhecimento público ou participação dos interessados, ou de atos devidos, ou ainda de atos que não prejudicam nenhum particular”⁴⁷⁸. Esclarece ainda Vieira de Andrade que, por vezes, a fundamentação é impossível, como nos “atos silentes”, ou impraticável, “nos atos urgentes ou praticados em grande número”, eis que se denota

a sua inconveniência ou inadmissibilidade, em confronto com outros valores ou interesses públicos, como o segredo de Estado, a intimidade privada, a eficiência administrativa ou a autonomia e discricionariedade próprias da Administração, como função e poder⁴⁷⁹.

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o silêncio no direito administrativo, pontua que não há ato sem extroversão e, portanto, o silêncio não é ato jurídico, tampouco administrativo, visto que aquele que se absteve de declarar não praticou ato administrativo nenhum, constituindo tal omissão num “fato

⁴⁷⁶ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 219.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 88-90.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, mesma página.

jurídico”⁴⁸⁰. Acrescenta que não se pode considerar o silêncio como ato, “além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização – pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) –, tratar-se-ia de um ato ilícito”⁴⁸¹. Fica, portanto, a observação acerca dos atos silentes, em razão da alusão a eles feita por Vieira de Andrade.

Para o autor argentino, Roberto Dromi,

em princípio, todo ato administrativo deve ser motivado. A falta de motivação implica, não só vício de forma, como também, e principalmente, vício de arbitrariedade. Da motivação somente podem prescindir os atos tácitos, pois neles não há sequer manifestação de vontade.

Desse modo, Dromi aceita como exceção ao dever de motivar os atos tácitos apenas. A doutrina denomina como “ato tácito” aquele em que a vontade da Administração seria presumida diante de seu silêncio. Em verdade, seria o mesmo que conferir efeitos ou conseqüências jurídicas ao silêncio da Administração Pública.

Florivaldo Dutra de Araújo esclarece, quanto aos atos tácitos, que os efeitos provêm “da norma legal aplicada ao fato de a Administração permanecer silente, e não de qualquer manifestação de vontade do administrador, visto ser esta inexistente”. Acrescenta que não se trata de motivação, uma vez que não se podem explicitar as razões do que não existe⁴⁸².

Quanto aos atos não escritos, a legislação brasileira determina que “a motivação das *decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais* constará da *respectiva ata* ou de *termo escrito*”, a teor do 3.º do art. 50 da Lei Federal 9.784/1999. Seu art. 22, § 1.º, igualmente contempla a *forma escrita*, privilegiando o aspecto formal (“§ 1.º: Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo [...]”). Portanto, o ato oral deverá ser “reduzido a termo escrito”, devendo a motivação acompanhá-lo. Não se pode olvidar alguma hipótese em que não seja possível reduzir o ato oral a termo de imediato ou logo a seguir.

⁴⁸⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 385.

⁴⁸¹ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁸² *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 119.

Neste caso, as razões que ensejaram o ato administrativo deverão ser apostas por escrito, *a posteriori*.

A regra da motivação escrita e tempestiva (Lei Federal) comporta exceção quanto aos atos orais, tais como gestos e sinais, pois não há como ser contemporânea ou prévia à prática do ato administrativo, por incompatibilidade lógica.

Igualmente são exceções à obrigatoriedade da motivação, apontadas pela doutrina, os *despachos de mero expediente, encaminhamentos, juntadas* e outros.

Portanto, os atos administrativos devem ser motivados, em analogia com o que sucede na prática dos atos jurisdicionais, excetuando-se “os *autocompreensivos na sua expedição*, ainda que sempre conveniente fundamentação ou manifesta remissão a pressupostos”⁴⁸³ (grifos nossos).

Nas palavras de Juarez Freitas, “[...] a fundamentação há de estar subjacente a todos os atos administrativos, tirante os de mero expediente e os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos”⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Juarez Freitas. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*, p. 105.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, mesma página.

CAPÍTULO IV

INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO EM RAZÃO DE VÍCIO DE MOTIVAÇÃO

4.1 Panorama geral da invalidação do ato administrativo

Não há unanimidade na doutrina no que tange à distinção das várias figuras, eis que, para alguns autores, todo ato ilegítimo é nulo, enquanto, para outros, a distinção do direito privado entre atos nulos e anuláveis encontra aplicação no direito administrativo com as devidas adaptações. Outros acrescentam os atos simplesmente irregulares aos nulos e anuláveis e há ainda os que se reportam aos atos inexistentes.

Diversas são as causas de extinção dos atos administrativos, sendo as mais comuns e importantes: a revogação e a anulação, a qual Bandeira de Mello prefere denominar invalidação.

Depreende-se da conceituação firmada de ato administrativo⁴⁸⁵ que o mesmo é passível de extinção pela Administração, seja ela natural ou provocada, uma vez que os atos administrativos visam desencadear efeitos na ordem jurídica. Assim, a revogação consiste na retirada do ato por razões de conveniência e oportunidade e a invalidação por desconformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico. Interessa no presente estudo a noção de invalidação dos atos administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta haver no direito administrativo brasileiro tratamentos diferenciados dependendo do tipo de ilegitimidade, razão pela qual se vale do termo “invalidade” como gênero a abrigar as demais espécies, abrangendo todos os casos desconformes com o direito. Evita a terminologia “anulação” por referir-se a uma das espécies. Frisa que não convém atribuir o termo

⁴⁸⁵ V.item 1.1.

“invalidação” à retirada por motivo de mérito, mas apenas por motivo de ilegitimidade⁴⁸⁶.

Portanto, o motivo da invalidação é a ilegitimidade (ofensa ao direito) do ato ou da relação jurídica por ele gerada que se visa eliminar, ao passo que na revogação o motivo é a inconveniência do ato. Entende como inválidos os atos inexistentes, os atos nulos e os anuláveis, admitindo a existência de “atos irregulares”, sem incluí-los na teoria da invalidação. Os atos irregulares não apresentam vícios (defeitos) materiais relevantes que sejam aferíveis de plano ou defeitos de formalização (pressuposto formalístico) “consistentes em transgressão de normas cujo alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos”⁴⁸⁷.

Os atos são nulos e anuláveis, na esteira dos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, acrescentando uma categoria de atos que jamais prescrevem, tal a gravidade dos vícios que os maculam, não podendo ser objeto de “conversão”, admitindo direito de resistência, inclusive *manu militari*, os quais denomina “atos inexistentes”, não obstante considere que a expressão não seja a mais adequada, classificação que ora se adota. Nesse aspecto, a grande maioria dos doutrinadores não atribui relevância aos atos inexistentes considerando-os equivalentes aos atos nulos⁴⁸⁸.

Tais atos inexistentes decorrem de condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, garantidos por princípios gerais de direito que presidem o ordenamento de povos civilizados⁴⁸⁹.

Os denominados “atos inexistentes”

encontram-se fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito. No Direito Privado serviriam de exemplo um contrato de exploração de lenocínio ou o ajuste para que alguém mate determinado indivíduo. No Direito Administrativo valem como

⁴⁸⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 430. No mesmo sentido, Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 45.

⁴⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 438.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 437.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, mesma página.

exemplos as seguintes hipóteses aventadas por Weida Zancaner, ao categorizar determinados atos como “absolutamente insanáveis”: ordem de uma autoridade para que seu subordinado torture um preso, autorização para que alguém explore trabalho escravo [...]”⁴⁹⁰.

Antônio Carlos Cintra do Amaral distingue os tipos de invalidade pela possibilidade ou não de convalidação do vício do ato administrativo, valendo-se da terminologia atos “convalidáveis” e atos “não-convalidáveis”, em vez de “nulos” e “anuláveis”, adotando, assim, posição dicotômica. O que distingue os atos produzidos fora da regra de competência, mas que podem ser produzidos validamente no presente, daqueles produzidos fora da regra de competência que não podem ser produzidos, atualmente, não é o grau de invalidade ou a suscetibilidade ou não de anulação. O “traço distintivo é a possibilidade de serem ou não convalidáveis. Os do primeiro tipo são convalidáveis. Os do segundo não são”⁴⁹¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello adere à mesma tese, apenas com o diferencial já explanado, incluindo entre os atos não-convalidáveis, além dos atos nulos, os inexistentes, apartando-os dos atos anuláveis, suscetíveis de convalidação⁴⁹².

A invalidação é uma das formas extintivas do ato administrativo, cuja retirada do ato se dá porque fora praticado em desconformidade com a ordem jurídica, o que implica dizer que os atos praticados em desacordo com o ordenamento jurídico são inválidos. Importante é a observação de Bandeira de Mello quanto à inexistência de graus de invalidade, havendo apenas e tão-somente reações do direito, de modo mais ou menos acentuadas em face das hipóteses de invalidade, decorrendo daí a distinção entre atos nulos e anuláveis⁴⁹³.

São sujeitos ativos da invalidação a Administração Pública e o Poder Judiciário, de modo diverso da revogação, que somente pode se dar pela autoridade

⁴⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 437-438.

⁴⁹¹ Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção do ato administrativo*, p. 65.

⁴⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 439-440.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 429.

administrativa; a Administração atuará de ofício ou por provocação, e o Judiciário somente quando da apreciação de uma lide⁴⁹⁴.

Ensina Weida Zancaner que, no âmbito do controle pelo Poder Judiciário, poderá se dar a invalidação dos atos administrativos no curso da lide, não apenas quando provocado, como também de ofício, dependendo da reação do ordenamento jurídico em relação aos atos viciados. A “Administração Pública é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-los *sponte propria* ou quando provocada a fazê-lo; entretanto, é bom esclarecermos desde já que o dever de invalidar encontra limites [...]”⁴⁹⁵.

Por sua vez, Lúcia Valle Figueiredo chama de invalidação quando desconstituir o ato seja decorrente de nova pronúncia da Administração Pública; *anulação* será palavra reservada à desconstituição levada a cabo pelo Judiciário⁴⁹⁶.

No tocante à Administração, o ato invalidatório ocorre em obediência à legalidade, cuja restauração se impõe quando violada. Em relação ao Poder Judiciário, a invalidação se fundamenta na sua função de dizer o direito no caso concreto.

A invalidação dar-se-á por intermédio de um ato administrativo, valendo-se em princípio da mesma forma utilizada na edição do ato invalidando (paralelismo de formas). Assevera que “a invalidação quando referida a atos ineficazes tem por objeto o próprio ato: quando referida a atos eficazes abstratos tem por objeto o ato e seus efeitos; e quando referida a atos eficazes concretos tem por objeto os efeitos deles”⁴⁹⁷.

Quanto aos pressupostos de direito, assim como o ato administrativo, a eles se sujeita para sua emanção o ato invalidatório, sob pena de vício⁴⁹⁸. Nesse espeque, a motivação como pressuposto de validade do ato administrativo deverá comparecer naquele.

⁴⁹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 430.

⁴⁹⁵ *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 45.

⁴⁹⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 250.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 432.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 252.

Pondera Lúcia Valle Figueiredo, quanto aos efeitos excepcionais do ato invalidatório, que a reconstituição da situação anterior pode tornar-se impossível em razão de responsabilidade, ocasião em que se dará efeito *ex nunc* à invalidação⁴⁹⁹.

Por sua vez, Bandeira de Mello acentua que os efeitos da invalidação visam fulminar o ato viciado e seus efeitos desde o início, ou seja, a anulação, com freqüência, opera *ex tunc*, suprimindo o que já ocorreu, “no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem”. Esclarece que não se recusa validade ao que passou, sem, contudo, invadir o passado, já que é no presente que se recusa validade aos efeitos pretéritos. A invalidação suprime seu objeto retroativamente, enquanto a revogação apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro⁵⁰⁰.

Com o advento da Lei 9.784/1999 de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, um novo tratamento foi conferido à matéria, em seu Capítulo XIV, arts. 52 a 55.

Importa agora apreciar a questão da oportunidade no âmbito da invalidação dos atos administrativos. Para Weida Zancaner, há controvérsias quanto à Administração Pública ter o dever de invalidar seus atos viciados ou apenas a faculdade de fazê-lo. Lembra que tanto Pietro Virga quanto Zanobini entendem a invalidação como faculdade, e, entre nós, Seabra Fagundes, acolhendo os ensinamentos de Guido Zanobini, se posiciona no sentido de que a manutenção do ato inválido pode por vezes ser de maior interesse do que sua eliminação, tendo em vista o interesse público⁵⁰¹. Assim se manifesta o Ministro Seabra Fagundes:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato embora nascida irregularmente, torne útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos⁵⁰².

⁴⁹⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 252.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 434-435.

⁵⁰¹ Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 46.

⁵⁰² *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 53.

Enquanto para alguns autores a invalidação consiste numa faculdade, cujo exercício é discricionário, uma vez que depende da análise do caso concreto mediante critérios subjetivos, para Weida Zancaner somente poderia ser discricionária a opção da Administração Pública caso houvesse norma jurídica para tal, visto que o exercício de faculdades discricionárias advém da lei, como reiterado ao longo deste trabalho. Somente “uma errônea compreensão da discricionariedade pode induzir a crer que esta possa existir como inerente à atividade administrativa em si ou subsistir onde a lei for silente”⁵⁰³.

Diante da noção de discricionariedade ministrada por Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵⁰⁴ não há falar em liberdade discricionária conferida à Administração no denominado “poder de invalidar”.

Nesse sentido, Weida Zancaner pontua que “inexiste em nosso sistema jurídico-positivo norma” que “confira à Administração Pública genérica liberdade para decidir se pretende invalidar ou não, ou convalidar ou não seus atos maculados com vícios”⁵⁰⁵. Alerta que, “ressalvados os atos discricionários praticados por autoridade incompetente, ou há o dever de invalidar ou há dever de convalidar, ou nenhuma das providências pode ser adotada”⁵⁰⁶.

Como se disse, a Lei Federal 9.784/1999 disciplina a anulação, a revogação e a convalidação dos atos administrativos, atingindo reflexamente o processo administrativo.

Reza o art. 53 da Lei Federal o dever de a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade e o poder de revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Por outro lado, em seu art. 54, valendo-se do termo “direito”, dispõe que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

⁵⁰³ Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 47.

⁵⁰⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 400-407.

⁵⁰⁵ Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 55.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, mesma página.

Importante salientar que, na Lei em comento, a desconstituição do ato administrativo por vício de invalidade denomina-se “anulação”.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ensinam que

A fundamentação lógica e principiológica da anulação é riquíssima e conhecidíssima. Assim, ao apontarmos agora seu pilar no princípio da legalidade não estamos, de sorte alguma, a obscurecer a relevância, aqui, dos conceitos de preponderância do interesse público, boa-fé, isonomia, devido processo legal etc. O que dessa forma operamos é, tão apenas, a eleição daquele valor que, a nosso ver, ainda quando por figuração imaginária pudéssemos eliminar todos os demais (inclusive os que antes referidos), justificaria sempre, em todos os casos, suficiente e inafastavelmente, o poder-dever de anulação, não só por provocação, mas sobretudo de ofício⁵⁰⁷.

Esse panorama se altera em face da peculiar característica do processo de ser um encadeamento de atos. O dever processual de anular os atos ilegais de regra preclui quando haja de incidir sobre etapas já percorridas. Enquanto aberta, i.e., enquanto em curso, a relação jurídica processual, a autotutela deverá sempre apontar para a anulação do ato, consideradas e salvaguardadas as etapas do processo e, evidentemente, precedida do exercício amplo do contraditório e do direito de defesa por parte dos que possam ser atingidos [...] ⁵⁰⁸.

Aditam os autores que, após a conclusão do processo, “o dever (e não mero direito – como quis a Lei 9.784 em seu art. 54 –, muito menos simples faculdade) de anular passa a ser metrificado à luz do princípio da segurança jurídica, com as conotações mais de uma vez antecedentemente expostas a seu propósito”⁵⁰⁹. A paz social e o interesse público impõem em obediência ao princípio da razoabilidade que, com o decurso de algum tempo, o ato se torne imutável. Neste ponto, a Lei Federal fixou tal prazo em cinco anos, hipótese em que o curso do tempo possui efeito saneador⁵¹⁰.

Para efeitos do processo administrativo não há mais que falar sobre os tipos de invalidade do ato administrativo, objeto de grande dissensão doutrinária, pois a Lei Federal os trata como atos *nulos e anuláveis*.

⁵⁰⁷ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 193-194.

⁵⁰⁸ Ibidem, mesma página.

⁵⁰⁹ Ibidem, mesma página.

⁵¹⁰ Ibidem, mesma página.

Entende-se que a Lei 9.784/1999, em seu art. 53 supra-aludido, valendo-se do termo “deve” anular seus próprios atos, impõe tal obrigação à Administração Pública, não se tratando, assim, de exercício de faculdade discricionária. A invalidação é obrigatória por conta do princípio da legalidade, da segurança jurídica, indisponibilidade do interesse público e demais princípios que informam à Administração Pública. Ressalva-se, contudo, que a Administração Pública não deverá anular seus próprios atos quando estiver diante de atos que podem ser reproduzidos validamente no presente, devendo, neste caso, convalidá-los, atendendo sempre ao interesse público.

Pontifica Bandeira de Mello que não há discricção perante atos inválidos que permita à Administração Pública, com liberdade, decidir se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não possui liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo, eis que tanto a invalidação como a convalidação deverão ser pronunciadas⁵¹¹. Desse modo, não há liberdade de opção, ressalvada a hipótese apontada por Weida Zancaner, vale dizer, quando se tratar de vício de competência em ato de conteúdo discricionário.

A convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido, com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, se compatibiliza com o interesse público, assim como a invalidação, quando cabível, uma vez que a ordem normativa reage de diferentes maneiras diante de categorias diversas de atos inválidos⁵¹².

O art. 55 da Lei 9.784/1999, ao dispor que “*em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração*”, não transformou em faculdade da Administração a operação de convalidação. Assim, “a flexão verbal ‘poderão’, aí utilizada, significa a expressa atribuição de um poder-dever, porque a convalidação é emanação direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não remanescendo, portanto, margem de volição para o agente administrativo”⁵¹³.

⁵¹¹ *Curso de direito administrativo*, p. 445.

⁵¹² *Ibidem*, p. 440.

⁵¹³ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 201.

Viu-se que o grau de intolerância em relação aos atos inválidos se coaduna com o tipo de ilegitimidade. Desse modo, se *“esta é suscetível de ser sanada, recusar-lhe em tese a possibilidade de suprimento é renegar a satisfação de interesses públicos em múltiplos casos”*⁵¹⁴.

Nas ponderações de Bandeira de Mello, “não há negar que um ato padecente de vício é invalidável. *A possibilidade de convalidação irá categorizá-lo na classe dos anuláveis, em oposição aos nulos e aos inexistentes, mas a menor gravidade do vício não pode significar imunidade contra eventual fulminação*”⁵¹⁵. E sintetiza:

qualquer ato inválido é ou não convalidável, mas entre os não-convalidáveis alguns são nulos e outros inexistentes, porque estes últimos, como ao diante se dirá, diferem dos nulos tanto porque são insuscetíveis de prescrição quanto porque perante eles existe um “direito de resistência”⁵¹⁶.

A Lei Federal 9.784/1999, assim como a Lei da Ação Popular, não distingue os atos nulos dos anuláveis. Também não prevê distinção entre os vícios sanáveis e insanáveis nas hipóteses em que deve ser aplicado o prazo decadencial de cinco anos.

José Roberto Pimenta Oliveira comenta, em relação apenas aos dispositivos legais em apreço que tratam da convalidação, que:

- (i) houve inequívoco acolhimento de que, ocorrendo *vícios sanáveis*, poderá a Administração, sem ofensa à legalidade, promover a convalidação;
- (ii) a referência a *vícios* afasta a convalidação de *meras irregularidades*;
- (iii) são estabelecidas duas condições cumulativas à convalidação: *inexistência de lesão ao interesse público e inexistência de prejuízos a terceiros*, sem ter a lei explicitado a respectiva abrangência das mesmas;
- (iv) a convalidação é legalmente admitida tão-somente por ato da própria *Administração*, inexistindo autorização legal para tanto em sede de controle do Poder Judiciário;

⁵¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 440.

⁵¹⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁵¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

(v) por fim, a competência de convalidação é outorgada com explícito reconhecimento da *faculdade na prática do ato convalidador*, uma vez preenchidos os requisitos legais⁵¹⁷.

Os vícios do ato processual podem ser pertinentes a qualquer dos elementos dos atos administrativos, e muitos autores os consideram a partir do art. 2.º da Lei de Ação Popular (Lei 4.517/1965).

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari fazem observações, a partir do rol elencado pela lei, com direta relação à natureza e a finalidade, ou seja, os vícios podem referir-se *ao objeto, ao motivo e à finalidade*, “por isso que dizem com a própria atividade nuclear do processo – a decisão –, têm sedes próprias para reexame (recurso e revisão), descabendo à Administração-juiz desconstituir os atos assim viciados, em atuação de autotutela. [...] Findo, porém, o processo, a auto-anulação poderá ocorrer, respeitados os marcos decadenciais da Lei 9.784”⁵¹⁸. No que tange aos *vícios de competência, capacidade e forma*, são a eles conferido tratamento apartado⁵¹⁹.

Quanto às diferentes conseqüências que o vício processual de forma pode deflagrar, prelecionam que, se o ato atinge seus fins legais, em regra, deve-se ignorar “a patologia”. Por outro lado, embora seriamente contaminado apresentar-se de modo condizente com o interesse público, será “passível de saneamento ou de repetição saudável”, ou seja, o caso será de convalidação. Por fim, “se aqui o desvio for insuportável (quando afeta garantias do administrado ou a segurança das relações jurídicas), sua nulidade há de ser declarada e produzida, como poder-dever da própria Administração ou em resposta a reclamação dos interessados legitimados”⁵²⁰.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari aceitam a categoria “atos inexistentes”, entendendo que tais atos possuem *vícios de competência e capacidade*, admitindo

⁵¹⁷ José Roberto Pimenta de Oliveira. Aula no curso de Pós-Graduação ministrada junto à Escola Superior de Advocacia da OAB/Pará, em 28 e 29 de outubro de 2003. Mimeografado.

⁵¹⁸ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 194.

⁵¹⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁵²⁰ *Ibidem*, mesma página.

nas demais hipóteses nulidade ou anulabilidade. Em face de *vício de forma (processual) aventam a possibilidade de nulidade e anulabilidade*⁵²¹.

Quanto às barreiras ou limites à invalidação, viu-se que o fundamento do dever de invalidar se assenta no princípio da legalidade, impondo à Administração Pública a obrigação de fulminar seus atos viciados que não comportam convalidação. Contudo, nem sempre a invalidação pode ser levada a efeito pela Administração, eis que há barreiras que a ela se opõem.

No dizer de Weida Zancaner, os “limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação”⁵²². Ao lado do princípio basilar da legalidade, há o princípio da segurança jurídica e da boa-fé, os quais devem ser respeitados, visto que estão inseridos no ordenamento jurídico como um todo. O decurso do tempo pode ser causa suficiente para a estabilização de algumas situações. A prescrição, portanto, constitui óbice à invalidação do ato viciado. Juntamente da segurança jurídica, a boa-fé dos administrados passou a ter importância capital no Estado Intervencionista⁵²³. Registra Weida Zancaner:

[...] as barreiras ou limites ao dever de invalidar ou resultam de mero decurso do tempo (a chamada prescrição) ou, nos casos em que o ato inválido produziu situação jurídica ampliativa de direito ou concessiva de benefício ainda não sanada pela completude do prazo dito prescricional, do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: haver decorrido um certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio de direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário⁵²⁴.

A Lei Federal trata da decadência do direito da Administração de anular os atos administrativos “ampliativos” ou de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, em seu art. 54, prescrevendo o prazo de cinco anos, salvo comprovada má-fé. Portanto, no caso de má-fé, a lei não resolveu a questão, deixando em aberto o prazo, apenas disciplinando-o para as hipóteses de boa-fé.

⁵²¹ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 192-201.

⁵²² *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 60.

⁵²³ *Ibidem*, p. 61-62.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 62.

Observa também José Roberto Pimenta de Oliveira que

a lei explicita a natureza *decadencial* do prazo, estipulando como comprovação da inexistência de *inércia administrativa* a prática de *qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato*, o que inclui medidas tomadas pela própria autoridade ou superiores hierárquicos ou órgãos de controle administrativo⁵²⁵.

Viu-se, ainda, que o art. 55 da Lei Federal trata da convalidação dos atos administrativos pela própria Administração, quando apresentarem defeitos sanáveis. Portanto, a Lei Federal fala em “vícios sanáveis” e também em “convalidação”, na linha de entendimento de Miguel Reale e Antônio Carlos Cintra do Amaral⁵²⁶.

Não há vinculação legal entre atos com vícios insanáveis e invalidação em sede da Lei Federal, a qual não tratou dos denominados “atos inexistentes”, ignorando-os. Contudo, quanto aos atos irregulares, pode-se interpretar o art. 2.º, parágrafo único, IX, da Lei 9.784/1999, no sentido de sua admissão.

No que se refere à “anulação” (invalidação) dos atos administrativos, na presença de boa-fé e diante de efeitos favoráveis para os destinatários, dispõe que o termo inicial conta-se a partir da data da emanção do ato, respeitados os direitos adquiridos, a teor dos arts. 53 e 54. Disciplina no § 1.º do art. 54 que, nos casos de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

Ou seja, apenas uma barreira à competência invalidatória encontra-se positivada pela Lei Federal 9.784/1999 (art. 54), tendo conjugado a presença de prazo decadencial de cinco anos ao direito de a Administração anular os atos administrativos favoráveis, com os destinatários de boa-fé. Destarte, *a contrario sensu*, a lei não estipulou prazo para as demais hipóteses, deixando em aberto, inclusive, o prazo decadencial para os atos de efeitos favoráveis com destinatários de má-fé. Na senda dos ensinamentos de Weida Zancaner, a Lei Federal acolheu o prazo decadencial de cinco anos diante de boa-fé dos administrados.

⁵²⁵ José Roberto Pimenta de Oliveira. Aula no curso de Pós-Graduação ministrada junto à Escola Superior de Advocacia da OAB/Pará, em 28 e 29 de outubro de 2003. Mimeografado.

⁵²⁶ Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção do ato administrativo*, p. 70-71.

Reitera-se que a invalidação visa fulminar o ato viciado e seus efeitos desde o início, ou seja, a anulação opera *ex tunc*⁵²⁷, suprimindo seu objeto retroativamente, enquanto a revogação apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro⁵²⁸. Contudo, a Lei Federal em comento nada disciplinou acerca dos efeitos já produzidos pelos atos favoráveis anteriormente à invalidação, podendo-se deduzir que não há qualquer exceção no que se refere à manutenção desses efeitos.

Em diversas hipóteses, parte-se do direito positivado e chega-se a conclusões divergentes daquelas preconizadas pela doutrina, a qual no Brasil espera, no mais das vezes, que o direito positivo venha ao seu encontro. Entende-se que tal postura mereça ser repensada.

4.2 Correlação dos vícios de motivação com a invalidação dos atos administrativos

Passa-se à análise dos possíveis vícios de motivação, cumprindo inicialmente fazer algumas remissões.

Para Vieira de Andrade “o princípio da fundamentação deve ser construído como um *princípio-regra*”, de modo a estabelecer “um modelo de fundamentação baseado num dever formal contextual”, cujo *descumprimento será sancionado com a invalidade do ato administrativo, não excluindo uma possível instituição pelo legislador, de efeitos limitados para certas hipóteses de violação da norma*⁵²⁹.

Salienta que “a força normativa do princípio sofre uma transformação e um reforço no ponto de intersecção com outros preceitos constitucionais convergentes”, especialmente com os que prevejam direitos fundamentais, ou seja, “*quando se trate da fundamentação de atos administrativos que afetem direitos fundamentais dos particulares*”⁵³⁰.

⁵²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 434.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 435.

⁵²⁹ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 226.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 226.

Assim como ocorre no direito português, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma constitucional apenas estabelece o dever de motivar, mas não fixa as consequências de seu descumprimento, o que caberá à lei ordinária esclarecer (se o vício correspondente é causa de invalidade do ato administrativo ou nem sempre e em que condições serão admissíveis o saneamento do vício)⁵³¹. No Brasil, a Lei Paulista 10.177/1998 aponta como inválidos os atos administrativos praticados com falta ou insuficiência de motivação (art. 8.º).

Por sua vez, a Lei 9.784/1999 trata da motivação em capítulo próprio, como detidamente estudado ao longo deste trabalho e, no que diz respeito aos vícios de motivação, o tema será abordado na seqüência, tendo em vista o regime da invalidação dos atos administrativos, de que cuidou o item 4.1 deste capítulo. Reitera-se que a motivação deve preencher os requisitos preconizados na Lei 9.784/1999, devendo ser suficiente, clara, explícita, congruente, além de ser em regra tempestiva ou contemporânea à prática do ato, admitindo a Lei Federal a motivação *aliunde*, que será parte integrante deste, no sentido de equiparar-se à motivação contextual (art. 50, § 1.º), como se expôs nos itens 2.6.1; 2.6.2; 2.6.3; 2.6.4 e 2.7 deste estudo.

Não é demais relembrar ainda que a motivação facilita a visualização da real natureza do ato administrativo e de eventuais vícios que o acometem, os quais podem estender-se “desde a competência ao desvio de poder e procedimento, passando pela violação da lei, na qual se inclui o erro de fato e de direito”⁵³², de modo a permitir o controle do ato administrativo, podendo implicar em sua invalidação.

Quanto aos vícios de motivação, Vieira de Andrade propugna pela convalidação do ato administrativo, sempre que a causa de um vício possa ser eliminada “em termos reconduzíveis ao momento da prática do acto”⁵³³. A

⁵³¹ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 219-220.

⁵³² José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 149.

⁵³³ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 300-301.

convalidação é a cura de um ato por intermédio da eliminação da causa do vício que o maculava, o que, inclusive, parece ser bastante saudável⁵³⁴.

No direito pátrio, a Lei Federal 9.784/1999 não disciplina o vício de motivação, mesmo porque elenca um rol de atos em seu art. 50, no qual a motivação é obrigatória, resultando daí a invalidade do ato (nulidade) diante de sua inobservância. Deixou margem, outrossim, para seu possível saneamento diante de vícios (defeitos) de irregularidade, mesmo porque admite a convalidação do ato administrativo sem clausular as hipóteses, entre as quais poderá estar eventual vício de motivação, a depender do que se entenda por esta dentro da estrutura do ato administrativo e do tipo de vício que possa ensejar, além de a Lei Federal encampar o princípio da instrumentalidade das formas, razoabilidade entre outros (incs. XIII e VI do art. 2.º, respectivamente, além do *caput* do art. 2.º).

Ainda quanto às conseqüências decorrentes do descumprimento da motivação, aquelas ficam na dependência do que se visualiza como sua natureza jurídica. Cita-se, como exemplo, uma cessão de servidor: sob a ótica formal (pressuposto formalístico) o ato terá sua validade preservada, eis que a motivação pode comportar exceções ou, até mesmo, não trazer qualquer prejuízo à parte (não há tanta repercussão como ocorre se requisito material fosse); sob o prisma material, a motivação comporta impugnação autônoma. Na última hipótese, a ausência de motivação não constitui mero vício sem relevância, mas implica a invalidade do ato. Já na motivação, como pressuposto formalístico (formalização), interessam primordialmente o motivo e a situação de fato e não a comunicação desta situação ao destinatário do ato. A conseqüência disso é que, sob a ótica formal, em face de um ato plenamente vinculado não há falar em nulidade na ausência de motivação.

A doutrina vem ao encontro da lei para socorrê-la nesse ponto. Tanto é assim que se cuidou de modo geral da obrigatoriedade de motivação e suas possíveis exceções (item 3.2), cuja ausência de motivação poderá ser suprida ou até mesmo dispensada com base nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

⁵³⁴ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 300-301.

Apenas como ilustração do tema convalidação no cenário do direito comparado, segundo o autor português, José Carlos Vieira de Andrade, a convalidação posterior de vícios formais de motivação por fundamentação *a posteriori* encontra divergências. Na Alemanha é expressamente admitida por lei até a interposição do recurso e, em Portugal, foi admitida jurisprudencialmente também até a sua interposição. Para o autor, o principal na verdadeira convalidação diz respeito à eliminação real do vício. Defende Vieira de Andrade que a convalidação deve ter lugar em qualquer momento, desde que

não afete intoleravelmente as garantias de defesa dos administrados, isto é, a não ser que a anulação por vício de forma seja o único meio, ou o meio adequado à proteção de interesses substanciais do particular, designadamente do seu direito a um controle de fundo do ato⁵³⁵.

Para Roberto Dromi, a regra consiste na impossibilidade de sanar a motivação e a exceção, que o ato possa ser motivado tardiamente, hipótese na qual o vício resta sanado⁵³⁶, e a maioria dos autores pátrios considera a motivação sucessiva ilegal (item 2.6.4).

Quanto aos atos inexistentes, eles foram ignorados pela Lei Federal. Ao adotar-se a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que os admite, citando os exemplos supratranscritos, tais atos por comportarem absurdo jurídico impõem a mesma sorte à motivação que eventualmente os acompanhe. Restam desse modo maculados de nulidade.

4.2.1 Nulidade

Preliminarmente cabe rever alguns conceitos acima expendidos. Referiu-se no item 4.1 que a razão da invalidação consiste na ilegitimidade (ofensa ao direito) do ato ou da relação jurídica por ele gerada que se visa eliminar, enquanto na revogação o motivo é a inconveniência do ato.

⁵³⁵ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 305.

⁵³⁶ Roberto Dromi. *Derecho administrativo*, p. 270.

Reitera-se que qualquer ato inválido pode comportar ou não convalidação, e entre os que não a comportam alguns são nulos e outros inexistentes (imprescritíveis)⁵³⁷, na classificação de Bandeira de Mello.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari os atos nulos

são os marcados pela ilegalidade de modo indelével e grave, a desafiarem, por isso, o poder-dever de anulação, com as limitações temporais antes referidas (surgindo, então, a nulidade como a sanção que atinge o ato não-conforme à lei); os anuláveis são aqueles que podem ser alvo de saneamentos ou ser novamente realizados sem máculas⁵³⁸.

Interessam aqui os atos administrativos inconvalidáveis, os quais apresentam vícios *de motivo, conteúdo e de procedimento*, quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado, além do vício de causa e finalidade⁵³⁹.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, reportando-se ao controle jurisdicional do ato administrativo quanto à motivação, apresenta uma diferenciação em face dos casos em que a motivação decorre de imposição legal das outras hipóteses em que não haja tal exigência. Quanto aos primeiros (exigência legal), a ausência de motivação implica vício substancial de forma (equipara-se à falta de motivação a sua insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência), “quando tais defeitos venham a impedir que a motivação realize a sua função de justificar o ato”, hipótese em que o magistrado se limita ao exame formal, sendo despiciendo o confronto “entre os elementos constantes da motivação e a realidade”⁵⁴⁰.

Em tais casos, sustenta que o vício de motivação geralmente redundará em anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário⁵⁴¹. Contudo, noticia um caso

⁵³⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 441.

⁵³⁸ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 193-194.

⁵³⁹ Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 73.

⁵⁴⁰ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 181-182.

⁵⁴¹ *Ibidem*, mesma página.

em que o Supremo Tribunal Federal⁵⁴², em vez de pronunciar a nulidade do ato, determinou ao órgão administrativo que o motivasse.

A discussão acima travada vem de certa forma ao encontro da obrigatoriedade da motivação como regra⁵⁴³, como estudado no item 3.2.

Se os vícios ou defeitos de motivação impossibilitarem o controle do ato administrativo, desnecessário será cotejar o caso concreto com os elementos contidos na motivação ilegal (omissão, insuficiência e incongruência), mas, se, ao contrário, não ofenderem o interesse público ou direito fundamental, não causando lesão a terceiros, nada impede sua manutenção. Nesse sentido, confira-se parte de julgado do Supremo Tribunal Federal, que deixou de apreciar o mandado de segurança impetrado diante da omissão de motivação do ato impugnado, em sede de inquérito parlamentar:

Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de investigação (CF, art. 58, § 3.º) – Limitações constitucionais – Legitimidade do controle jurisdicional – Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico – *Necessidade de fundamentação do ato deliberativo – Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos* – Mandado de segurança deferido (unânime). [...] As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), *quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal*⁵⁴⁴.

Cumprе esclarecer no julgado em apreço que a reserva de jurisdição não foi apreciada por todos os Ministros do Supremo, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do *writ* mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.

No que se refere aos atos em que não haja exigência legal quanto à motivação, como se viu no item 4.1, a doutrina diferencia os “atos vinculados” dos “atos discricionários”, mas a Lei Federal não se reporta a eles; logo, os trata

⁵⁴² Cf. STF, MS 11.712, rel. Min. Victor Nunes Leal, m.v., j. 16.10.1963, *Revista de Direito Administrativo*, n. 80, p. 128.

⁵⁴³ Reitera-se que na Lei Paulista 10.177/1998 a omissão ou insuficiência de motivação implicam invalidação do ato.

⁵⁴⁴ Cf. STF, Pleno, MS. 23.452-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 16.09.1999, *DJ* 12.05.2000.

indistintamente, restando claro que atualmente a motivação se impõe a ambos. Neste aspecto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sedimenta a matéria.

Assevera Araújo Cintra que a “falta ou defeito grave da motivação desses atos vinculados não importa, necessariamente, na pronúncia oficial da nulidade do ato”. Isso porque, “de qualquer modo, o ato impugnado deveria ser praticado, no exercício do poder vinculado, por imperativo legal e a conduta do agente público, ao editá-lo, não está eivada de violação à lei”⁵⁴⁵, cujo entendimento corrobora-se.

Antes de prosseguir no exame afeto a este tópico, cumpre reiterar a noção de suficiência e congruência, apontadas nos itens 2.6.1 e 2.6.3, por tocar diretamente ao tema em estudo. A motivação suficiente (ainda que com conteúdo mínimo) é aquela que permite ao “interessado ter conhecimento da fundamentação e respalde eventual impugnação de modo adequado, salientando-se que este último aspecto não é o que mais importa em juízo, bastando que não produza lesão ou ameaça de lesão, possibilitando ao juiz solucionar a questão com conhecimento do fundamento do ato”⁵⁴⁶ (contencioso administrativo espanhol). A motivação deve também ser congruente, pois não há como extrair conclusão lógica se houver incoerência interna ao texto da decisão e alusiva ao conteúdo do processo, no que diz respeito às “provas e pleitos dos interessados”⁵⁴⁷, o que impossibilita o controle do ato administrativo motivado⁵⁴⁸.

Em sede de contraste judicial, bem como no âmbito da Administração, não seria crível fulminar de nulidade um ato administrativo quando restar estreme de dúvidas seu aproveitamento, o que se dá não só em prol da boa Administração, como na maior parte das vezes em benefício do administrado, o qual deveria aguardar longo tempo para o seu refazimento, no âmbito administrativo.

Nos atos absolutamente vinculados, a falta de motivação não implica vício se os motivos estiverem contidos na lei de modo a se submeterem a um controle

⁵⁴⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 182-183.

⁵⁴⁶ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 215-216.

⁵⁴⁷ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333.

⁵⁴⁸ Reitera-se o que se disse no item 2.6.3: o provimento deve observar “uma relação harmônica, lógica e razoável entre os fatos que deram origem ao processo, os requerimentos deduzidos pelos interessados (deferidos ou não), as provas produzidas e o fundamento jurídico da decisão” (Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 333).

objetivo. Uma vez mais, resta saber qual a natureza jurídica que se atribui à motivação, além do atendimento aos requisitos legais estudados. Para os que a visualizam como requisito procedimental deverá ser sempre prévio – ato autônomo. Entende-se, com o devido respeito, que neste caso a motivação não será dispensável, em qualquer hipótese. Também na dimensão material a motivação é obrigatória, cuja rigidez, contudo, não é equiparável, se requisito procedimental fosse, eis que o último consiste num ato autônomo e prévio. Se considerada pressuposto formalístico (formal), não implicará nulidade, sendo dispensada a motivação nesta hipótese excepcional.

Como se disse nos itens 2.7 e 3.2, Bandeira de Mello admite em caráter excepcional, no exercício da competência discricionária, a motivação sucessiva, desde que os três fatores que menciona estejam presentes concomitantemente, viabilizando a convalidação do ato com a motivação *a posteriori*⁵⁴⁹. Partilham de tal entendimento aqueles que vêem a motivação como requisito formal.

Em suma, no exercício dos poderes discricionários (entendidos estes como competência discricionária), o ato não motivado implica vício e deve ser tido por inválido, já que o motivo pode vir a ser criado pela Administração *a posteriori*, exceto na hipótese excepcional, supra-aludida

Ainda quanto aos atos discricionários, a aferição da motivação está ainda mais adstrita ao caso concreto do que nos vinculados – mesmo porque no caso concreto pode restar apenas vinculação e não discricionariedade, permitindo ao magistrado um largo espectro de possibilidades sem, contudo, conferir-lhe a prerrogativa de substituir a vontade administrativa declarada, sob pena de se verificar um autêntico caso de usurpação dos poderes administrativos pelo Judiciário, rompendo, com isso, a harmonia do sistema de divisão de Poderes, o que excepcionalmente pode ocorrer.

Importante frisar que *os motivos de fato e de direito não podem ser novos*, de modo que eventual supressão do vício *a posteriori* não significa qualquer inovação, mas eliminação de um vício primitivo, ou ainda, em certas hipóteses, quando o ato

⁵⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 375.

contenha vícios de motivação não sanados posteriormente e seja possível aproveitar seus efeitos.

Anota Fernando Pablo que, na linha tradicional adotada pelo Supremo Tribunal espanhol, da qual discorda o autor, a falta ou insuficiência de motivação somente implicará a invalidação do ato se a insuficiência de que padece a motivação der lugar a uma lesão ou impeça que o ato alcance sua finalidade. Tratando-se de atos que decidem recursos (apontados pela jurisprudência), a dificuldade habitual será a de sua ausência ou insuficiência (motivação) ocasionarem lesão⁵⁵⁰. Acrescenta que o Supremo Tribunal espanhol assim decidiu:

A motivação do ato cumpre diferentes funções [...]; a falta de motivação ou a motivação defeituosa pode comportar um vício de anulabilidade ou uma mera irregularidade invalidante: o deslinde de ambos dar-se-á mediante a indagação de se realmente ignorou-se os motivos nos quais se embasou o ato, e, portanto, se causou ou não lesão⁵⁵¹.

Entre nós, a motivação insuficiente equivale por vezes à sua omissão. Na ausência do requisito suficiência ou na falta de motivação, o ato administrativo, em princípio, é nulo, e também o será se deixar de observar o requisito congruência, nos termos do § 1.º do art. 50 da Lei Federal (Lei 9.784/1999)⁵⁵². Isso não impede que se aceitem as exceções trazidas à colação desde que não prejudique direitos da parte e não seja lesiva ao interesse público, visto que há, também, outros princípios informadores a serem avaliados em conjunto, como a instrumentalidade das formas, razoabilidade, direitos fundamentais, segurança jurídica, entre outros, constitucionalmente disciplinados e confirmados pela Lei Federal.

Reconhece-se, contudo, que a tendência será a decretação de nulidade na falta, na insuficiência ou na incongruência da motivação, por força do advento da Lei Federal, que trouxe um cunho de requisito substancial à motivação. Inclui-se aqui também, a obscuridade (falta do requisito clareza) da motivação que impeça o exame dos pressupostos do ato.

⁵⁵⁰ Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 215.

⁵⁵¹ Confira-se: STS de 18.04.1990 (RA 3600), segundo a qual repetindo a doutrina das SSTs de 14.11.1986, RA 8081; 20.02.1987, RA 3296; 1.º.10.1988, RA 7413 de 03.04.1990, RA 3576.

⁵⁵² Cabe lembrar que a Lei Paulista 10.077/1998 prevê a invalidação do ato administrativo diante da omissão ou insuficiência de motivação (art. 8.º).

Não haverá lesão ao interesse do administrado, por força de motivação insuficiente, incongruente e, excepcionalmente, na sua omissão, se, ao “impugnar o ato, apesar dos obstáculos, possa, de modo satisfatório, interpor os recursos cabíveis na via administrativa ou judicial, cumprindo assinalar, secundariamente, a possibilidade do interessado impugnar o ato sem sofrer qualquer limitação no seu direito de defesa”, na esteira do aludido Supremo Tribunal espanhol e nas observações de Fernando Pablo⁵⁵³.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, e mais especificamente a partir da Lei 9.784/1999 (trouxe à tona os princípios constitucionais, especialmente o da motivação), e da legislação, o cenário pátrio ganha nova roupagem.

Para Fernando Pablo o tradicional entendimento jurisprudencial espanhol supramencionado deverá ser reconsiderado, uma vez que “a falta de motivação dos atos que afetem direitos fundamentais dá ensejo a sua nulidade absoluta (vício de ilegitimidade – insanável), independente de ter ou não havido lesão”, por considerar “a motivação expressa não um requisito formal, mas de fundo” (substancial)⁵⁵⁴. Este é o entendimento que se colhe da STC 53/1986, segundo a qual

a omissão de garantias consistentes na motivação legal, longe de ser uma mera exigência formal ou uma simples aplicação das regras procedimentais, supõe vulneração do direito reconhecido no art. 28.2 CE. Isto se dá, porque “a ausência de motivação e fundamentação impede a justa valoração e o controle material ou de fundo [...]. Daí que tais requisitos devem ser considerados essenciais e não apenas formais”, tal como a STC 27/1989⁵⁵⁵.

Por oportuno, transcreve-se parte de julgado proferido no exercício das atividades judicantes em face do Instituto Nacional do Seguro Social, que bem ilustra a dificuldade imposta ao órgão revisor ante a motivação insuficiente quando afeta direito fundamental, constitucionalmente assegurado, na qual a sanção de nulidade não seria o bastante para coibir o não-preenchimento de tal requisito da motivação, remanescendo dúvida invencível para o juiz, como se segue:

⁵⁵³ Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 215.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 216.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, mesma página.

No presente caso, os documentos carreados aos autos denotam que a autora encontra-se com a saúde debilitada, posto que acometida do Mal de Chagas, conforme exames de fls., o que se confirma, ainda, pela anterior concessão, na esfera administrativa, do benefício de auxílio-doença, mantido entre 27/03/1995 e 05/12/1997 (fls. 12/13). Contudo, a demandante teve o seu benefício cessado sob a alegação de “conclusão médica contrária”, consoante se verifica do comunicado de indeferimento apresentado a fls.

Vale salientar, todavia, que o direito administrativo rege-se por princípios dentre os quais avulta o da *motivação dos atos administrativos*, que reclama exposição de motivos concomitante ou prévia à edição de determinado ato. Além da motivação tempestiva ou contemporânea, destaca-se que os atos administrativos que envolvam anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma “explícita, clara e congruente” (Lei 9.784/99, art. 50), até mesmo como garantia da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, a velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observe os princípios da legalidade, finalidade, *motivação*, *razoabilidade*, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa*, *contraditório*, segurança jurídica, *interesse público* e eficiência (Lei 9.784/99, art. 2.º).

Tendo o INSS embasado o cancelamento do benefício da autora exclusivamente na mera declaração de “conclusão médica contrária”, desprovido de outros esclarecimentos ou documentos que comprovem a eventual melhora da autora ou seu restabelecimento, inexistente fato concreto que justifique o encerramento do benefício de auxílio-doença, sendo nulo o ato por falta de motivação e por inviabilizar, via de consequência, o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como o controle jurisdicional [...].

Logo, restou evidenciada a verossimilhança do direito invocado, sendo certa a qualidade de segurada da autora que resta inequívoca ante a anterior concessão do benefício pela Autarquia Ré, bem assim pela cópia da CTPS apresentada a fls. O fundado receio de dano irreparável justifica-se pelo fato de que a demandante poderá vir a ser prejudicada enquanto aguarda o provimento jurisdicional final, tendo em vista o caráter alimentar do benefício previdenciário. Ante o exposto, antecipo os efeitos da tutela, para determinar: o restabelecimento imediato do benefício de auxílio-doença, em favor da autora [...]. III – Ante a necessidade de realização de exame técnico médico para o deslinde do feito [...]⁵⁵⁶.

Vê-se que pouco adiantaria a sanção de nulidade diante da motivação insuficiente, se desacompanhada do restabelecimento do benefício previdenciário. No caso em tela, a decretação de nulidade do ato administrativo (cessação do benefício), por si só, beneficiaria apenas a Autarquia Federal, aventando-se para um

⁵⁵⁶ Processo 2004.33.00.719576-1, 15.ª Vara dos Juizados Especiais Federais/BA, Juíza Federal Vera Maria Louzada Velloso, j. 12.01.2006, *DOJF-SJBA* 15.02.2006.

possível agravamento da saúde da parte, neste interregno. Isso não quer dizer que a motivação insuficiente importe em todos os casos em nulidade, pois, se possível for a aferição do conteúdo do ato, do motivo, da causa e da finalidade, além da presença dos demais pressupostos, extraídos dos elementos contidos nos autos do processo, sopesando-se no caso concreto a razoabilidade da medida, o atendimento ao interesse público e respeito aos direitos fundamentais, não há razão alguma para a imposição de tal pena.

Cabe anotar que eventual vício de finalidade (desvio) a inquinar o ato administrativo pode ser aferido mediante a motivação legal, e, neste caso, sua omissão ou insuficiência torna deveras difícil a visualização de tal vício em sede de contraste judicial, o que também se dá, mas em menor monta, nos vícios de causa e de motivo.

Em geral, nos atos que decidam recursos, nos restritivos de direitos e nos atos sancionatórios, a motivação deve ser mais precisa e rigorosa, não se admitindo insuficiência, omissão ou incongruência. De igual modo,

o defeito ou ausência de motivação dá lugar à invalidação do ato, independente de causar lesão ao administrado, na presença de arbitrariedade, pois a motivação é o único meio de estabelecer o fundamento do ato. Nestes casos, o ato será nulo por infração a princípios materiais ou substanciais⁵⁵⁷.

Alerta Fernando Pablo que nessas hipóteses a jurisprudência espanhola já se conscientizou de que a motivação não pode ser apreciada do ponto de vista formal, “senão por injuridicidade, por infração substancial”⁵⁵⁸. E conclui que

não se pode reduzir a motivação a um vício formal. A falta ou insuficiência de motivação pode implicar não apenas numa irregularidade não invalidante e num vício de anulabilidade (quando produz lesão material), ou se contém arbitrariedade por ausência de fundamentos, de justificação, mas, sim, um vício de nulidade absoluta (atos que afetem, sem motivação legal suficiente, a direitos fundamentais)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 215.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 217.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, mesma página.

Por fim, as decisões repetitivas e padronizadas (decisão genérica, entre outras), muitas vezes utilizadas para casos concretos diferentes e não apenas nos semelhantes, promovem vícios de motivação, os quais podem dar lugar à nulidade ou anulabilidade, dependendo do grau da reação causada na ordem jurídica.

Em suma: decisão que padece de omissão ou insuficiência de motivação (vícios insanáveis) é decisão nula. Diante de vícios sanáveis, objeto do próximo tópico, poderá incidir no caso de ato administrativo passível de convalidação, sua sanação na esfera administrativa, e fuga do decreto de nulidade, em juízo. Também o vício de incongruência da motivação redundará em nulidade do ato administrativo. Aplicam-se ao requisito “congruência” da motivação as mesmas ressalvas aplicáveis aos demais requisitos ora analisados.

4.2.2 Anulabilidade

O que distingue os atos nulos (inconvalidáveis) dos anuláveis (convalidáveis) é a possibilidade ou não de convalidação. Depreende-se do dispositivo legal (art. 55) que a Lei Federal acolheu a convalidação diante de vícios sanáveis, impondo-a à própria Administração Pública, desde que não fira a legalidade e o interesse público (Lei 9.784/1999), mesmo porque concorre para a boa Administração. A alusão a vícios afasta a convalidação de irregularidades, eis que os últimos defeitos não se inserem na categoria de atos inválidos (na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello).

Como se disse, a Administração pode revogar atos administrativos por motivo de conveniência ou oportunidade, desde que respeite os direitos adquiridos (art. 53 – item 4.1). Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari averbam que é imprescindível a fim de que ocorra a convalidação dos atos do processo administrativo que:

- a) não tenha havido impugnação do ato pelo interessado; b) não haja lesão ao interesse público, no sentido de que a convalidação deve revelar-se uma via menos onerosa do que a invalidação; c) os interesses ou direitos de terceiros estranhos à relação processual não tenham sido atingidos; d) não decorra do ato viciado direito a

terceiros de boa-fé estranhos à relação processual e e) não se trata de ato inexistente⁵⁶⁰.

Portanto, deverão estar presentes na convalidação, de forma cumulativa, a *inexistência de lesão ao interesse público* e a *inexistência de prejuízos a terceiros*. A boa-fé e o decurso do prazo (limites) também são levados em conta pela Lei Federal.

É a possibilidade de convalidação que irá categorizar os atos entre os anuláveis, valendo lembrar que a menor gravidade do vício não imuniza o ato administrativo de eventual fulminação. Qualquer ato inválido pode ser ou não passível de convalidação, mas entre os não-convalidáveis alguns atos são nulos e outros inexistentes, como reiterado no item anterior⁵⁶¹.

A motivação sucinta é válida desde que preencha os requisitos analisados, não se equiparando à sua ausência ou insuficiência. O vício de motivação (falta ou omissão, insuficiência e incongruência da fundamentação) leva à invalidação (nulidade, como regra) do ato administrativo e o vício de motivação quanto à clareza permite eventual sanção. Em sede de *controle jurisdicional* pode o juiz deixar de anular o ato motivado por considerar o vício sanável, mas não poderá convalidá-lo, pois, como visto, é tarefa exclusiva da Administração Pública.

A clareza foi tratada no item 2.6.2, consistindo num dos requisitos da motivação positivados na Lei Federal (§ 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999), dizendo com a ausência de dúvidas, incertezas e ambigüidades. A motivação tampouco poderá conter frases genéricas ou fazer alusão a pareceres, neste último caso, exceto na motivação *aliunde* – item 2.7, preconizada no dispositivo legal supra-aludido, pois o ato administrativo pode eivar-se de vício de nulidade ou anulabilidade, a ser aferido no caso concreto.

Assim, a motivação não poderá ser nebulosa ou obscura, mas deverá ser clara, pois os fatos e fundamentos jurídicos que embasam a decisão devem comparecer no ato administrativo de forma inteligível (ininteligibilidade nas palavras

⁵⁶⁰ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 200.

⁵⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 441.

de Araújo Cintra supratranscritas, eis que ensejam possível invalidação), sob pena de vício por lhes faltar a compreensão do processo decisório.

Igualmente se viu no item 2.6 que a insuficiência e inexatidão da motivação podem impedir a clareza do raciocínio externado por intermédio daquela, inviabilizando, ainda, a congruência entre as premissas e a conclusão, e nestes casos pode não ser possível a sanção do vício, recaindo na hipótese tratada no item anterior, ou seja, nulidade e não-anulabilidade.

Decorre de tudo o quanto foi dito que o vício de clareza pode ensejar anulabilidade, passível de sanção, ou, incidir em vício insanável a fulminar o ato administrativo motivado com obscuridade insuprível.

4.2.3 Irregularidade

Quanto aos atos irregulares, pode-se interpretar o parágrafo único, IX, da Lei Federal no sentido de sua admissão, visto que a Lei 9.784/1999 elevou a forma ao caráter instrumental, devendo o ato praticado com mero defeito formal ser resguardado, como delineado no item 4.1.

Extrai-se da conceituação dos atos irregulares que tais irregularidades decorrem de “vícios materiais irrelevantes” (erros no enunciado, no instrumento, de formalidades, de grafia etc.), ou derivam da não-observância de normas internas da Administração que visam padronizar a veiculação dos atos administrativos, como exemplificado. Portanto, tais regras não possuem relevância quanto “à segurança e ao conteúdo do ato, à publicidade dele ou às garantias do administrado”⁵⁶².

As regras que cumprem funções no sentido de uniformizar os atos administrativos apresentam relevância apenas no âmbito interno da Administração, cuja transgressão não “interfere com a validade do ato”, podendo tão-somente ocasionar sanções administrativas imputadas àqueles agentes que as violaram⁵⁶³.

⁵⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 438-439.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 439.

Ressalta Bandeira de Mello que somente se poderá falar em irregularidade se a fórmula substituída por outra não atingir a publicidade do ato, os prazos de impugnação ou outro aspecto qualquer passível de interferir com a garantia de direitos dos administrados⁵⁶⁴.

Acentua Fernando Pablo que “a distinção entre os casos que os vícios de motivação devem ser tidos por irrelevantes e aqueles que contêm força invalidatória”, diante do conceito de “lesão”, depende “se foi ou não possível ao interessado valer-se dos meios e recursos legais para sua defesa”. No entanto, a própria interposição de recursos praticamente sana os defeitos de motivação nestes casos, “a menos que o órgão revisor se veja impossibilitado a solucioná-lo por ausência de fundamentos” (omissão ou insuficiência) “ou motivação genérica”⁵⁶⁵ (ininteligível, insuficiente ou incongruente, a depender do teor da motivação).

Também no ordenamento jurídico pátrio o ato administrativo em sede de controle judicial não será invalidado diante de vício de motivação que importe em mera irregularidade – a não ser que se oponha ao interesse público – em homenagem à instrumentalidade das formas positivada na Lei Federal e não apenas em razão do princípio de que só se anula o que causa efetivo prejuízo ao interesse público, mas, especialmente, por não constituir um vício na classificação que se adota, mas mera irregularidade.

De fato, considerando que a exposição dos motivos e a presença dos pressupostos (motivo, causa e finalidade) que a motivação legal visa revelar consistem em suporte de validade do ato administrativo dentro do ordenamento jurídico, referindo-se à sua legalidade, não há como conceber a emissão de ato administrativo imotivado. Caso isto venha a ocorrer, importa, em regra, em sua invalidação a ser decretada pela própria Administração Pública de ofício, ou, mediante provocação, e bem assim pelos demais órgãos incumbidos do controle do ato administrativo.

⁵⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 438-439.

⁵⁶⁵ Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 215.

CAPÍTULO V

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO A PARTIR DA MOTIVAÇÃO

Numa breve abordagem da evolução histórica, importa ressaltar que, com a instauração do Estado de Direito, estruturado sobre as vertentes do pensamento de Rousseau e Montesquieu e embasado nos princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, o pensamento liberal, visando a garantir a proteção dos direitos individuais, substituiu os ideais que vigiam no Estado de Polícia, ou seja, a vontade do rei foi substituída pela vontade da lei.

Nesse período, apesar da submissão do Estado ao princípio da legalidade, em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, ele tinha uma concepção diversa daquela que prevalece atualmente. Tratava-se de concepção mais restritiva, porque buscava conciliar o princípio da obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa herdada do Estado de Polícia, em particular da teoria da dupla personalidade do Estado, que isentava uma parte dos atos da Administração do controle judicial, subordinada ao *jus polítiae*⁵⁶⁶.

Vigia a doutrina da *vinculação negativa da Administração*, pela qual se reconhecia à Administração a possibilidade de fazer tudo o que estivesse previsto em lei, bem como tudo aquilo que ela não proibisse. Observam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que “a discricionariedade operaria, assim, no espaço livre da lei”, apontando dois fundamentos para essa concepção: um de raízes históricas, pois representa

um eco da nefasta doutrina do “princípio monárquico”, que pretende justificar, na condição histórica do monarca como chefe do Executivo, um princípio de liberdade autônômica na organização e no funcionamento da Administração, que a liberaria da lei, postulada pelo princípio democrático e pela doutrina genuína da separação dos poderes;

⁵⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 26.

outro, decorrente de “interpretação heterodoxa da divisão dos poderes, que lança o constitucionalismo francês a partir de suas mesmas origens e que se expressa na isenção jurisdicional do Executivo, e na tendência ao fortalecimento daí resultante [...]”⁵⁶⁷.

No Estado Social de Direito, que se estendeu de meados do século XIX até final do século XX, em reação ao liberalismo, a fim de superar as desigualdades sociais, surgiram reações extremas que deram origem aos Estados totalitários, por um lado, e, por outro, inspirados na doutrina social da Igreja e no neoliberalismo, conferiram ao Estado maior permissão de intervenção, numa posição intermediária, de modo que, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social ou Provedor se consolidou, editando uma série de normas jurídicas, com implicações no fortalecimento do Executivo e nas idéias de bem comum, interesse público, em vez do individualismo do Estado Liberal⁵⁶⁸.

A despeito do avanço representado pelo Estado Social de Direito (vinculação positiva à lei – Estado Legal), houve um retrocesso na idéia de lei, eis que deixou de compreender a vontade geral do povo, uma vez que o Legislativo assumiu posição de dependência em face do Executivo, o qual também passou a editar normas legais.

A partir dos novos paradigmas do Estado Democrático, denota-se que a atuação administrativa não se encontra mais ao livre talante do administrador público, como outrora, mas está sempre adstrita à ocorrência de fatos ou situações admitidas pela norma legal.

É de reconhecer que o sistema jurídico instaurado pelo Estado de Direito, máxime pelo Estado Democrático de Direito, não se coaduna com uma atuação administrativa irresponsável ou, melhor dito, procedida sem controle. Assim, vislumbra-se ser possível a prática de atos ilegais que atentem contra interesses dos administrados e, sobretudo, contra o interesse público, que deve nortear a prática administrativa.

⁵⁶⁷ *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 429-430.

⁵⁶⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 28-29.

Nesse contexto, a importância da motivação como instrumento de controle do ato administrativo se impõe, pois importa na exigência da exposição das razões e dos pressupostos do ato administrativo, sem embargo da diversidade do tratamento jurídico dos atos, conforme sejam “vinculados” ou “discricionários”.

5.1 Modalidades de controle do ato administrativo

Dentro da perspectiva acima aventada, o controle da função administrativa não se restringe ao seu próprio contexto (controle interno ou administrativo)⁵⁶⁹, mas a este se sobrepõe, admitindo também a fiscalização pelos administrados (controle social, popular ou controle dos usuários dos serviços públicos), sob a ótica da gestão democrática participativa, pelos Poderes Legislativo (parlamentar direto e exercido com o auxílio do Tribunal de Contas), Judiciário (controle judicial) e Ministério Público, todos esses como modalidades de controle externo, máxime após a Constituição Federal de 1988.

Ressalta Carvalho Filho que: *“a característica do controle político tem por base a possibilidade de fiscalização e decisão sobre atos ligados à função administrativa e de organização do Executivo e do Judiciário”*⁵⁷⁰.

Traz esse autor uma distinção entre o controle político, exercido sob o lastro do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado,⁵⁷¹ e o controle administrativo relacionado ao exercício da função administrativa pelos órgãos estatais. Nestes termos, *“enquanto o controle político se relaciona com as instituições políticas, o controle administrativo é direcionado às instituições administrativas”*⁵⁷².

⁵⁶⁹ Ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra que o controle interno é admitido em geral pelos diversos ordenamentos jurídicos, com base “no poder de autotutela reconhecido na Administração, conjugado ou não com o poder hierárquico que se manifesta nas relações entre os órgãos e agentes que compõem aquela mesma Administração”. O controle interno ou administrativo é exercido precipuamente no âmbito do Poder Executivo. Seu exercício pode dar-se “pelo próprio agente que editou o ato (auto-revisão em sentido estrito), por agente superior ao que o praticou (controle hierárquico) ou por um órgão central sobre os atos de entidade descentralizada, mas a ele vinculada (tutela administrativa)” (*Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 158).

⁵⁷⁰ *Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 800.

⁵⁷¹ Art. 2.º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷² José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 754.

A distinção entre controle político e controle administrativo apresenta-se relevante para aqueles que distinguem, nas funções do Estado, a função política da função administrativa. Para os doutrinadores que inserem aquela no conceito de função administrativa por não vislumbrarem diferença entre elas, não há relevância alguma a diferenciação. Os que visualizam *discrimens* entre a *função política* e a *administrativa* o fazem em razão da emanção direta da Constituição Federal e com discricionariedade (função política) e em nível infraconstitucional e com vinculação dos atos administrativos (função administrativa)⁵⁷³.

Inafastável, portanto, o controle dos atos estatais no Estado Democrático de Direito, em que a motivação é obrigatória como instrumento daquele nas várias modalidades que o controle se afigura. Como se disse no item 2.5.1, o controle da função administrativa consiste numa das finalidades da motivação.

Cabe à motivação legal demonstrar a existência das razões de fato (motivo) e de direito (motivo legal) que autorizam a emissão do ato e se este atendeu à sua finalidade legal, além da pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo do ato com vistas à sua finalidade (causa), ou seja, deve demonstrar a legitimidade do ato administrativo. Se, por um lado, o conhecimento das razões (justificativas do ato) que levaram o agente público a decidir de uma determinada maneira assegura a defesa do particular ou administrado, por outro, possibilita o controle do ato administrativo, mediante a ponderação dos fatos que o administrador levou em conta na decisão, contribuindo a explicitação dos motivos do ato no controle (interno e externo) pelos administrados e pelos órgãos aos quais incumbe a sua supervisão ou revisão⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Manifesta-se o Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer que o ato de expulsão de estrangeiro é discricionário e político-administrativo, como se colhe da ementa a seguir transcrita: *Habeas corpus* – estrangeiro. Decreto de expulsão. Vício de nulidade. Inexistência. 1. A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980). 2. Ao Judiciário compete tão-somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial. 3. Não padece de ilegalidade o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa. *Habeas corpus* indeferido (STF – Pleno – HC 73.940-7/SP – rel. Min. Maurício Corrêa – v.u. – j. 26.06.1996 – DJ 29.11.1996).

⁵⁷⁴ Diogo Freitas do Amaral. *Curso de direito administrativo*, v. II, p. 350-351.

5.1.1 Social

Como reação aos modelos passados de Estado, bem resume José Afonso da Silva a evolução, asseverando que na concepção clássica a igualdade do Estado de Direito “se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis”, não possuindo “base material que se realize na vida concreta”⁵⁷⁵. A tentativa de corrigir isso foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

*Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção*⁵⁷⁶ (grifos nossos).

Sabe-se que a separação do exercício do poder nasceu de uma preocupação com o controle, uma vez que a desconcentração dos deveres-poderes do Estado visava também a evitar o abuso de poder. Ademais, numa República, é imperiosa a legitimidade popular na escolha de seus representantes, o que por si só não constitui única garantia de controle pelo povo sobre os que exercem o poder.

A democracia como regime político em que o poder emana da vontade do povo vale-se de instrumentos em sua efetivação incorporados ao Estado de Direito, permitindo a existência do Estado Democrático de Direito. Logo, a democracia contém a semente do controle, pois o regime democrático consiste no governo em que prevalece a vontade popular. Portanto, a democracia liga-se ao controle por um vínculo incindível⁵⁷⁷.

Como se disse, decorre de um Estado de Direito verdadeiro (sujeição da atividade administrativa à lei e ao direito) uma das principais garantias dos administrados. Essa garantia lhes permite controlar o ato administrativo ou o procedimento ou processo administrativo (sucessão de atos) em vários momentos,

⁵⁷⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 118.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁵⁷⁷ Enrique Silva Cimma. *Derecho administrativo chileno y comparado: el control público*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994. p. 15.

ou seja, desde a sua formação até a decisão final, tanto do ponto de vista de uma apreciação objetiva como de uma subjetiva da sua pretensão, em face do interesse público que a Administração deve perseguir⁵⁷⁸.

Tal concepção adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988 impõe ao Executivo, Legislativo e Judiciário a observância ao preâmbulo da Carta Maior (princípios fundamentais) e aos demais princípios que consagram valores constitucionalmente previstos, sejam expressos ou implícitos⁵⁷⁹. Em consequência, a participação do povo nos mecanismos de controle é de rigor.

Num Estado Democrático de Direito não basta a garantia dos direitos individuais (suficiente no Estado de Direito), mas necessária também é a participação popular dos chamados “direitos políticos”.

Chamar o administrado à participação ativa do processo de controle reflete fator de *democratização administrativa* e uma das conquistas fundamentais da civilização ocidental. Nesse espeque, frisa José Osvaldo Gomes, que

tal regulamentação tem se revelado, nos países que a adotaram, como ponte de ligação, fator de equilíbrio entre os critérios políticos, jurídicos e técnicos, de tal modo que a chamada *máquina administrativa (administrative management)* se vem enriquecendo do rigorismo que lhe emprestam os elementos jurídicos⁵⁸⁰.

Entretanto, não há como exercer o controle popular sem a visualização das razões que levaram a Administração a praticar o ato, valendo lembrar que “a cidadania importa em controle do poder pelo particular (art. 1.º, II, da CF/88)”⁵⁸¹. Assim, a motivação é a

afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a

⁵⁷⁸ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 10.

⁵⁷⁹ Os princípios constitucionais que integram a configuração do Estado Democrático de Direito conferem segurança e garantia ao cidadão (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 46).

⁵⁸⁰ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 10.

⁵⁸¹ Benedicto Porto Neto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98*, p. 109-125.

não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que foram ajustadas às leis⁵⁸² (grifo nosso).

A harmonização dos princípios envolvidos nas finalidades da fundamentação obrigatória, nas lições de José Carlos Vieira de Andrade⁵⁸³, não se pode determinar *a priori*, pois o peso relativo de cada um dos princípios só será aferido no caso concreto⁵⁸⁴. Tais finalidades apontadas no item 2.5 correspondem a valores constitucionais, entre eles o de *iniciativa particular para proteção dos administrados*, considerado “peça insubstituível do sistema da *legalidade (juridicidade) administrativa*”⁵⁸⁵. O imperativo da *fundamentação é mais do que um direito autônomo dos administrados*, pois serve como *garantia institucional de direitos fundamentais*, além de instrumento de proteção jurídica dos particulares⁵⁸⁶.

É neste vasto contexto, ou seja, no âmago da democratização administrativa, que se insere a questão da participação dos administrados e do controle da atividade administrativa, em que a motivação como instrumento é salutar⁵⁸⁷.

A participação popular tem a seu favor instrumentos vários que possibilitam o controle pela opinião pública sobre a Administração Pública e o Estado em geral, como os instrumentos de controle difuso ou da opinião pública (social), tais como o direito à informação, a certidão, de petição, denúncia ao Tribunal de Contas da União, audiência pública, iniciativa popular de lei, inquérito civil, a reclamação da

⁵⁸² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 101.

⁵⁸³ Tratou-se no item 2.5 das funções da fundamentação obrigatória, as quais, no dizer do autor português, José Carlos Vieira de Andrade, não são contraditórias, em que pese coexistirem numa relativa tensão, podendo em certas circunstâncias entrar em conflito, e que tais finalidades da motivação ou fundamentação “correspondem a valores constitucionais eminentes, que convergem na regulamentação jurídica do espaço próprio da atividade administrativa, na medida em que esta visa ‘a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos’ (artigo 266.º, n. 1): *a racionalidade* é o modo adequado de exercício *justo e imparcial* da função administrativa (artigo 266.º, n. 2, 2.ª parte); *o controle jurisdicional*, em especial o de iniciativa particular, para proteção dos administrados, é uma peça insubstituível do sistema da *legalidade (juridicidade) administrativa* (artigos 266.º, n. 2, 1.ª parte, 205.º, n. 2, e 268.º, ns. 4 e 5); *a transparência* é um atributo necessário da relação entre a Administração e os cidadãos num *Estado de direito democrático* (artigos 2.º e 268.º, n. 1, 2 e 3, 1.ª parte)” (*O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 79- 80).

⁵⁸⁴ José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 80.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 79-80.

⁵⁸⁶ José Carlos Vieira de Andrade não reconhece a fundamentação como um dos direitos fundamentais, mas apenas a associação da fundamentação àqueles, “seja enquanto faculdade decorrente dos preceitos constitucionais que prevêm direitos fundamentais, materiais ou processuais, seja, depois, enquanto faculdade prevista expressamente na lei ordinária” quando no direito português, a fundamentação foi considerada “como um direito fundamental autônomo” (*O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 191 e 215-216).

⁵⁸⁷ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 20-21.

prestação de serviços públicos (§ 3.º do art. 37 da Constituição Federal) e demais hipóteses abaixo elencadas, entre outras.

Nesse sentido, Di Pietro faz alusão a uma grande idéia, qual seja a adoção pelo Estado Democrático de Direito da “*participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública*, no processo político, econômico, social e cultural”⁵⁸⁸. Isso se deu com a incorporação pela Constituição de 1988 de instrumentos de participação popular (art. 5.º, XXXIII – direito à informação; art. 10; art. 187; art. 74, § 2.º; art. 194, VII; art. 198, III; art. 204, II; art. 206, VI).

Com o advento da EC 19, de 1998, essa participação cresce, máxime com a introdução do supramencionado dispositivo constitucional, ao dispor que “a Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, regulando especialmente:

- I – reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII [como se deu na Itália em 1990⁵⁸⁹ – observação nossa];
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Tais previsões constitucionais (§ 3.º do art. 37 da Constituição Federal de 1988) resumem-se na participação do administrado, tanto na administração direta quanto indireta, facilitando as reclamações contra os serviços ineficientes, bem assim o acesso do usuário a registros administrativos e a informações sobre atos de governo⁵⁹⁰, cujas garantias em prol da coletividade são melhor asseguradas por meio da motivação. Nesse passo, pontua Bandeira de Mello, que a base constitucional da motivação concorre para

exibir um prestígio conferido à cidadania e consecutivamente o reconhecimento de um direito, genericamente conferido aos

⁵⁸⁸ 500 anos de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 1, p. 206.

⁵⁸⁹ Na Itália, generalizou-se a obrigação de motivar em face da importância da motivação atinente à opinião pública, apesar de considerável posição doutrinária tradicional (Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 19).

⁵⁹⁰ 500 anos de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 1, p. 206.

administrados, de se informarem sobre atos administrativos e de terem conhecimento de informação de interesse geral ou particular em poder desta. Ora bem: o mínimo que daí se pode extrair é que existe um projeto constitucional assecuratório de “transparência” da Administração⁵⁹¹ (grifos nossos).

A Constituição Federal trata ainda da participação popular nas decisões estatais por meio das audiências públicas (art. 58, § 2.º, II)⁵⁹², que se constituem em instrumentos de participação popular na esfera política e administrativa. No âmbito administrativo, tem-se, por exemplo, a previsão no art. 39, *caput*, da Lei 8.666/1993 (Licitações e contratos administrativos), ao determinar que o processo licitatório deverá iniciar-se com audiência pública quando o valor for superior a cem vezes o limite previsto no art. 23, I, c, da mencionada Lei.

De igual modo, a Lei Federal de processo administrativo dispõe que, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (art. 32 da Lei 9.784/1999), também com caráter consultivo.

Sob esse prisma, resta clara a importância da motivação, pois, se o resultado da audiência pública for aceito pela Administração Pública, endossando a manifestação popular, integrará a motivação do ato, uma vez que a opinião popular embasará a decisão administrativa. Portanto, a motivação do ato administrativo servirá para demonstrar as razões que serviram de arrimo para a decisão.

Assim como a motivação, as audiências públicas concretizam a democracia, cidadania e a participação política que inclui a administrativa, previstas no ordenamento jurídico pátrio em todos os níveis⁵⁹³.

De modo especial, a prestação de contas dos poderes públicos à população, como dever-poder estatal, deverá ser motivada, a fim de que a democracia se efetive mediante a participação popular.

⁵⁹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 475.

⁵⁹² Reza o § 2.º, II, do art. 58 da Constituição Federal: “As comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”.

⁵⁹³ Karina Houat Harb. *Motivação do ato administrativo*: instrumento de garantia dos administrados, p. 222-224.

Qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração a fim de que seja sancionado o agente que incidiu em abuso de autoridade, nos termos da Lei 4.898/1965, que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”. Também qualquer pessoa pode representar à autoridade competente, a fim de investigar e apurar atos ilícitos, previstos na Lei 8.429/1992, a qual relaciona uma série de comportamentos considerados de “improbidade administrativa”, sem prejuízo da representação junto ao Ministério Público.

A motivação revela “uma exigência fundada na idéia de uma proteção maior aos direitos individuais”, eis que de seu cumprimento depende o conhecimento pelo “administrado de uma maneira efetiva e expressa dos antecedentes e razões que justifiquem a emanção do ato”⁵⁹⁴. Constitui, ainda, um direito essencial dos administrados como defesa de seus direitos, traduzindo-se, por um lado, na participação ativa dos mesmos na *fase que conduz à produção do ato*. Por outro turno, constitui um meio importante para a realização do princípio da verdade material, obrigando a Administração a aprofundar as razões de sua conduta⁵⁹⁵.

Por fim, a motivação é um dos instrumentos de maior relevo na garantia dos direitos do cidadão, e, em sede de Direito Administrativo, não só garantia dos administrados, mas do interesse público mediante o controle que possibilita, além de mecanismo apto a revelar a transparência com que se deve pautar a Administração Pública no exercício da função administrativa.

5.1.2 Administrativo

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle administrativo consiste no “*poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação*”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*, p. 149.

⁵⁹⁵ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 20-21.

⁵⁹⁶ *Direito administrativo*, p. 695-696.

É um autocontrole objetivando corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, além de aperfeiçoá-lo com vistas ao interesse geral, ensejando, ainda, a reparação a direitos ou interesses individuais que porventura hajam sido denegados ou preteridos em decorrência de erro ou omissão na aplicação da lei⁵⁹⁷.

O sistema de controle interno, de forma integrada, mantido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, preceituado no art. 74 da Constituição Federal, visa a garantir a correta aplicação dos recursos públicos, avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, a execução dos planos e programas orçamentários, bem como apoiar a efetivação do controle externo no exercício da missão institucional, entre outros.

A compreensão de que, em sentido estrito, a Administração Pública se confunde com o próprio Poder Executivo não afasta a imperiosa necessidade de se ter em mente o exercício da função administrativa pelos demais Poderes. Interessamos, contudo, no presente tópico, tratar do controle administrativo no âmago do Executivo.

Tal controle pode ser exercido pelo próprio autor do ato, ou pelo agente que, dentro da estrutura da Administração, ocupa posição hierarquicamente superior ou mediante provocação, valendo lembrar que, como nas demais modalidades de controle, encontra seu fundamento primeiro na legalidade.

Em relação às entidades da Administração direta, indireta e fundacional (sem prejuízo dos controles externos), na visão de Bandeira de Mello, “haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe componham a intimidade e aos quais assista esta função, e aqueloutro procedido pela Administração direta”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 126.

⁵⁹⁸ Esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello que à segunda modalidade de controle interno acima aludida “talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa e paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior” (*Curso de direito administrativo*, p. 881).

Observa Antônio Carlos de Araújo Cintra⁵⁹⁹ a existência de controle interno realizado “*por um órgão central sobre os atos de entidades descentralizadas mas a ele vinculada (tutela administrativa)*”. Quanto a este, sustenta adiante que o referido controle “*também inclui a legalidade e o mérito, apesar de opiniões divergentes no sentido de excluir da tutela a reapreciação dos atos quanto à sua oportunidade e conveniência, em vista da autonomia atribuída àquelas entidades*”⁶⁰⁰.

Por outro lado, na ótica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰¹, o controle sobre os órgãos da Administração Direta ou centralizada é um controle interno e decorre do poder de autotutela (permite à Administração Pública rever seus próprios atos). Já o controle sobre as entidades da Administração Indireta envolve um controle externo, também denominado tutela, o qual somente pode ser exercido nos lindes legais, sob pena de ferir a autonomia que a lei instituidora lhes assegurou.

Enquanto o controle interno, seja no âmbito da Administração direta ou da indireta, tem por base a hierarquia (subordinação), o controle da administração indireta pela administração direta vincula-se à finalidade da existência da primeira entidade, razão pela qual é exercido sem vínculo hierárquico (controle finalístico ou tutela).

A Súmula 346⁶⁰² do Supremo Tribunal Federal consagra a autotutela administrativa, tendo a última por escopo um controle mais eficaz e célere, com base nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, e bem assim na relação de hierarquia que serve de calço à Administração Pública, em que a subordinação vincula os agentes e órgãos que a compõem.

Não se pode olvidar a importância do controle a ser exercido em primeiro lugar sobre a própria atividade, pois quem exerce função pública tem o dever de

⁵⁹⁹ A esta modalidade de controle, Celso Antônio Bandeira de Melo denomina “controle interno exterior”.

⁶⁰⁰ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 159.

⁶⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, p. 669.

⁶⁰² STF, Súmula 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

zelar precipuamente pela correção de seus próprios atos, antes de cuidar da correção dos atos dos demais⁶⁰³.

Quando exercido no interesse da Administração o controle é *ex officio*, podendo dar-se por meio de instruções, ordens, entre outros (seja na modalidade preventiva de fiscalização, seja no controle *a posteriori*), e pelo poder disciplinar. Por sua vez, “o poder disciplinar é exercido pelos funcionários das categorias superiores sobre os da categoria inferior”, decorrendo da organização hierárquica do quadro administrativo. Efetiva-se pela imposição de penas disciplinares, tais como a advertência, suspensão, entre outras, aplicadas aos faltosos com os deveres do cargo⁶⁰⁴. Logo, o controle *ex officio* exerce-se de cima para baixo. Quando há provocação, o controle será *a posteriori*.

Como elemento de amparo a interesses do administrado, o autocontrole é exercido por meio dos recursos administrativos, interpostos dos graus inferiores da Administração para os superiores⁶⁰⁵, havendo instituições administrativas, às quais compete conhecer e apreciar tais recursos, como o Conselho de Contribuintes (matéria fiscal federal).

Nesse sentido, pontua Florivaldo Dutra de Araújo que o autocontrole da Administração Pública exerce-se por meio da fiscalização hierárquica de recursos administrativos e da fiscalização financeira e orçamentária.⁶⁰⁶

O controle hierárquico decorre da própria organização da Administração, em que há uma relação de coordenação e subordinação, incumbindo aos órgãos e agentes superiores a ordenação, coordenação, controle e correção das ações praticadas pelos inferiores. Como se disse, tais atribuições são ínsitas ao poder hierárquico da Administração Pública, razão pela qual são exercidas ininterruptamente. Os atos praticados pelos órgãos e agentes inferiores são

⁶⁰³ Jayme Martins de Oliveira Neto. *Controle da Administração Pública: a administração da Justiça*, p. 91-92.

⁶⁰⁴ Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 127.

⁶⁰⁵ Realça Seabra Fagundes que esse controle é precário no que diz respeito ao resguardo do administrado em seus direitos. “Tanto porque pode faltar às instâncias administrativas a independência necessária a se porem em choque, umas com as outras, para a prevalência da legalidade, como porque o exame do ato, em consequência do recurso, se irá fazer, com toda probabilidade, dentro do mesmo critério de utilidade e conveniência, que é a índole dos procedimentos do Poder Executivo” (ibidem, p. 127-128).

⁶⁰⁶ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 139.

fiscalizados quanto à legalidade por intermédio desse controle, seja para sua garantia ou restabelecimento. Também aos superiores compete a apreciação dos aspectos discricionários dos atos praticados pelos inferiores, podendo modificar-lhes por razões de conveniência da Administração.

Em caso de não-conhecimento do recurso (arts. 59 e 60 da Lei Federal 9.784/1999), pode a Administração revê-lo de ofício (ato ilegal), desde que não haja ocorrido a preclusão administrativa, vale dizer, “se já exaurida a prerrogativa de deliberação sobre a matéria objeto do recurso”⁶⁰⁷, a exemplo do que se dá com a reclamação administrativa, a qual se menciona adiante.

Ademais, os recursos administrativos constituem uma das formas de controle administrativo, possuindo várias nomenclaturas, o que não impede que o recurso seja recebido pela Administração e por esta apreciado. Assim, deverá a Administração reexaminar a matéria posta à sua apreciação, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, o direito de petição previsto constitucionalmente ou as espécies de recursos administrativos são *a representação administrativa, a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração, o pedido de revisão e os recursos hierárquicos (de ofício ou mediante provocação)*, os últimos já tratados no presente tópico.

A *representação administrativa* consiste num meio de recurso à Administração Pública, em que o recorrente denuncia irregularidades, condutas abusivas ou ilegalidades provenientes de agentes públicos (da Administração), pugnando pela correção dessas situações. Como apontado no item anterior, controle social, a Constituição Federal prevê a representação no art. 74, § 2.º, quando admite que qualquer pessoa é parte legítima para denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas da União, reiterando-se aqui o exemplo de representação administrativa, com uma denúncia contra a prática de abuso de autoridade (arts. 3.º e 4.º da Lei 4.898/1965).

⁶⁰⁷ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 140-141.

A *reclamação administrativa*, preconizada no Decreto 20.910/1932⁶⁰⁸, constitui-se em modalidade de recurso em que o administrado postula a revisão em face da Administração Pública, em razão de ato praticado que lhe afete interesse ou direito. Somente poderá recorrer o interessado direto na correção do ato, diferindo neste aspecto da representação, que admite pleito formulado por qualquer pessoa⁶⁰⁹.

O *pedido de reconsideração* não passa de uma petição simples endereçada à autoridade que praticou o ato impugnado, em que o administrado requer que tal ato seja suprimido ou invalidado, o qual não deixa de ser uma reclamação, cuja característica reside no fato de ser dirigido à mesma autoridade.

O *pedido de revisão* consiste num recurso administrativo no qual o administrado (normalmente servidores públicos) pleiteia a reapreciação de decisão proferida em sede de processo administrativo, correndo em apenso ao processo anterior, pois implica novo processo, uma vez que somente é admitida diante de fatos novos⁶¹⁰.

Viu-se que os recursos hierárquicos se inserem no controle interno da Administração Pública, na qual os administrados, na qualidade de partes ou afetados indiretamente pela decisão recorrida, em um processo administrativo, poderão valer-se de sua interposição com vistas à obtenção do reexame da matéria, pela autoridade imediatamente superior àquela que proferiu a decisão. São legitimadas as organizações e associações (interesses e direitos coletivos) e cidadãos ou associações (direitos ou interesses difusos).

A motivação facilita o controle interno e em especial o controle exercido pelos superiores hierárquicos do agente que editou o ato (fiscalização hierárquica). Desse modo, propicia e facilita a visualização da presença ou ausência dos motivos (pressupostos de fato), da finalidade, da causa, e bem assim da conveniência e

⁶⁰⁸ Observa-se que a reclamação nos termos do Decreto 20.910/1932 pode dar-se no prazo de um ano, contando-se da data do ato ou fato lesivo que a enseja, na ausência de outro prazo previsto em lei para a extinção de tal direito de reclamação. Contudo, a doutrina vem aceitando o conhecimento pela Administração do “recurso” ou do “pedido” mesmo fora do prazo, mas desde que a ação judicial não esteja prescrita.

⁶⁰⁹ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*, p. 768.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 769.

oportunidade dos atos administrativos praticados, indispensáveis à sua legalidade e objeto do controle, o qual pode se dar pela homologação ou aprovação, além da revogação ou invalidação dos atos administrativos.

No controle *a posteriori*, a motivação igualmente contribui na verificação da legalidade do ato administrativo, além da conveniência e oportunidade. Numa homologação de um ato praticado por agente inferior, por exemplo, a motivação ganha vulto, importando saber as razões que envolvem a prática do ato⁶¹¹.

Nesse sentido, adverte Antônio Carlos de Araújo Cintra que primeiramente a motivação tem por escopo exigir maior zelo do agente público no exame da legalidade, da conveniência e oportunidade do ato que irá expedir, visto que conhece de antemão a necessidade de justificá-lo. Tal fato, além de beneficiar a própria Administração, na medida em que haverá maior probabilidade de acerto em suas decisões (autocontrole – observação nossa), propicia por outro turno a redução de arbitrariedades⁶¹². Facilita também a apreciação de eventual recurso hierárquico, de ofício, no âmbito do controle interno.

Florivaldo Dutra de Araújo pontua que o contraditório, como direito fundamental do indivíduo, consiste em grande inovação constitucional em prol do controle interno da Administração Pública, eis que o acusado deverá estar presente em todos os atos do processo administrativo, permitindo-lhe não apenas sua defesa, como também “levar ao conhecimento da Administração fatos e postulações que a obriguem a manter sob constante consideração os atos já praticados e que se insiram no processo em questão”, ou que para ele sejam relevantes⁶¹³.

Apesar de o preâmbulo da Constituição indicar o norte a ser seguido pelo Poder Público, seja o Estado-Juiz ou o Estado-Administração, sabe-se que no Brasil as dificuldades na prestação do contencioso administrativo são de monta⁶¹⁴, tais como as “artimanhas da Previdência Social”, cujas decisões administrativas

⁶¹¹ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 143.

⁶¹² *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 112-113.

⁶¹³ Florivaldo Dutra de Araújo, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 142.

⁶¹⁴ Cláudio Mastrangelo Coelho. *Motivação dos atos administrativos e judiciais – dever e direito fundamental, Palestras – Curso de Atualização para Magistrados*, v. 1, n. 1, p. 435-437.

normalmente são insatisfatórias, levando milhares de beneficiários ao Poder Judiciário.

A Lei Federal 9.784/1999 veio transpor para o âmbito do contencioso administrativo brasileiro “os preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito”, ainda que de modo não totalmente satisfatório, e consagrou o relevante princípio da segurança jurídica, entre outros, sobressaindo a fixação do “dever de decidir”⁶¹⁵. Incumbiu-se em proscrever o arbítrio do administrador público, cujos deveres que se lhe impõem se traduzem em verdadeiros consectários do Estado Democrático de Direito⁶¹⁶.

Espera-se que a Administração Pública, em futuro próximo, possa estar também comprometida com a distribuição da justiça⁶¹⁷, o que, com certeza, irá promover não só a eficiência e a transparência no âmago daquela, mas um controle interno efetivo, evitando-se o controle externo em numerosos casos. Por sua vez, a motivação, por ocasião do controle do ato administrativo, deve demonstrar a justiça da decisão tomada pelo agente público controlado, especialmente por consistir em ato de supremacia, decorrendo daí sua imprescindibilidade.

Em suma, a motivação permite que o administrado se valha dos recursos postos à sua disposição de forma consciente e adequada. Por outro lado, coíbe uma série de interposições indevidas em razão dos esclarecimentos nela externados. Além disso, facilita o controle do ato administrativo pela autoridade recorrida ou controladora contribuindo sobremaneira para a boa Administração.

5.1.2.1 Controle dos atos endoprocessuais

No contexto do movimento de processualização como instrumento de identificação da legitimidade do ato administrativo, a motivação assume papel de relevo. Em que pese, porém, sua inarredável importância, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari advertem que, entre nós, muitas vezes a motivação é tida como

⁶¹⁵ Cláudio Mastrangelo Coelho. Motivação dos atos administrativos e judiciais – dever e direito fundamental, *Palestras – Curso de Atualização para Magistrados*, v. 1, n. 1, p. 435-437.

⁶¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁶¹⁷ *Ibidem*, mesma página.

irrelevante, como ocorre no processo expropriatório, situação em que “difícilmente haverá ato mais violento da Administração Pública do que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação”⁶¹⁸.

Quando a motivação é exigida em nível constitucional, assume o primeiro plano

a razão política que impõe a exigência de que os órgãos do poder público agreguem ao exercício da *potestade* que lhe foi confiada, um discurso justificativo do uso da competência no caso concreto, evidenciando a racionalidade e objetividade de seu exercício, onde o controle extraprocessual ganha relevo⁶¹⁹.

Num segundo plano, advém a necessidade de “controle endoprocessual” da correção da aplicação do direito. Evitam-se, assim, “tanto a degeneração puramente subjetiva do poder público como sua apropriação caprichosa pelo titular da função”⁶²⁰.

No controle de legalidade dos atos administrativos praticados nas diversas fases do processo administrativo, especialmente na fase decisória ou deliberativa, e bem assim das que a sucedem (fase controladora, de comunicação e de recursos), os dois planos acima esposados (controle endoprocessual e extraprocessual) merecem destaque, pois a presença da motivação nos diversos atos que compõem o processo administrativo fornece elementos ao recorrente e ao revisor ou órgão controlador.

O “controle endoprocessual” no sentido acima declinado (controle da correção da aplicação do direito por intermédio da motivação) e o “controle extraprocessual”, ou seja, aquele que possibilita aferir a transparência com que deve pautar-se a Administração Pública, mediante a motivação como discurso justificativo da competência no caso concreto (razão política que exige dos órgãos públicos a satisfação de como se valem da função pública que lhes foi confiada), são de extrema relevância.

⁶¹⁸ *Processo administrativo*, p. 60.

⁶¹⁹ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 63.

⁶²⁰ *Ibidem*, mesma página.

Ressalta Egon Bockmann Moreira que a compreensão da função democrática do processo administrativo se presta à “legitimação pelo procedimento” (processo como instrumento de legitimação democrática), em razão da participação dos administrados na elaboração dos atos ou das decisões administrativas que possam afetar-lhes, atribuindo racionalidade e justiça à decisão⁶²¹.

Os atos administrativos que integram o processo administrativo, assim como os fatos jurídicos, visam alcançar o interesse público, além de garantir os direitos dos administrados. Quanto às fases do processo administrativo, há atos ou fatos jurídicos que desempenham diferentes papéis. Há atos que deflagram o processo, outros que visam instruí-lo ou expressar a decisão administrativa ou, ainda, controlá-lo, além dos atos de comunicação.

Denomina-se fase do processo administrativo o grupo de atos e fatos jurídicos “que desempenham papel semelhante quanto ao objeto (ato final)”, sendo necessário que todas as suas fases ou seu *iter* sejam percorridos a fim de se alcançar as finalidades por ele visadas, valendo lembrar que tais fases relacionam-se intimamente com os vários princípios que o informam⁶²².

Nesse passo, cumpre tecer algumas considerações, delimitando as fases processuais e a importância da motivação em cada uma dessas fases, uma vez que, apenas diante dos motivos reais que levaram a Administração Pública à decisão final, o controle externo do ato administrativo em geral ou pela própria Administração será viabilizado.

Pietro Virga distingue as seguintes fases: a) de iniciativa ou propulsória; b) instrutória; c) dispositiva; d) controladora ou integrativa; e e) de comunicação, classificação que ora se adota, acrescentando-se a fase recursal.

⁶²¹ Egon Bockmann Moreira. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/199*, p. 72-73.

⁶²² Mônica Martins Toscano Simões. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 106.

5.1.2.1.1 Fase de iniciativa

É na fase de iniciativa que a autoridade administrativa competente decide se instaura ou não um processo administrativo. A fase inaugural equivale “ao impulso deflagrador do procedimento”, podendo partir de qualquer uma das partes.

A Lei Federal 9.784/1999 trata da fase inaugural em seu Capítulo IV, dispondo no art. 5.º que “o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado”.

Na hipótese de requerimento do interessado, o pedido deve dar-se por escrito, determinando o inciso IV do art. 6.º que sua formulação deve conter a exposição dos fatos e de seus fundamentos. O administrado, ao requerer uma licença, permissão, autorização, ou até mesmo uma consulta (nas hipóteses em que a autoridade é obrigada a responder), estará dando início ao processo, como também pode ser resultado de uma decisão *ex officio* da Administração, tal como a declaração de utilidade pública de um bem para fins de desapropriação, abertura de um concurso público com o fito de preencher cargos, ou instauração de uma licitação visando a aquisição de bens ou serviços de que a Administração necessite⁶²³.

O parágrafo único do mencionado art. 6.º da Lei Federal dispõe que é vedada à Administração a recusa do recebimento de documentos de forma imotivada⁶²⁴. Evita-se, assim, possível imparcialidade ou desídia pela Administração diante de um requerimento administrativo.

Resguardou a Lei Federal o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5.º, XXXIV, a, da Constituição Federal de 1988), e, por via de consequência, o direito de iniciativa ou

⁶²³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 468-469.

⁶²⁴ A Lei Paulista (10.177/1998) prevê em seu art. 24 que em nenhuma hipótese poderá haver recusa pela Administração na protocolização da petição, sob pena de responsabilidade do agente, não admitindo a recusa, ainda que motivada.

instauração do processo administrativo, em que a motivação encontra um de seus fundamentos para grande parte dos doutrinadores⁶²⁵.

As exigências contidas na Lei Federal possibilitam não só garantir os direitos dos administrados e viabilizar o controle do ato administrativo, mas resguardar o interesse público. Além dos requisitos legais, a motivação exsurge como um dever indeclinável pela Administração Pública na inauguração de um processo administrativo, uma vez que, como princípio, deve informá-lo como um todo.

É a motivação que permite verificar se o processo administrativo deixou de incluir a fase inaugural, sendo passível de nulidade em sede de controle ou até mesmo de provocação diante de eventual omissão desta fase propulsora, nas hipóteses em que o processo deveria ter sido instaurado e não o foi.

Os atos do processo devem ser escritos (§ 1.º do art. 22 da Lei Federal), salvo quando inviável como num comando verbal para um motorista, no exercício do poder de polícia, por exemplo, os quais deverão ser reduzidos a termo acompanhados da motivação legal (§ 3.º do art. 50).

Interessam primordialmente em sede de controle as hipóteses em que compete à Administração Pública a iniciativa do processo administrativo, como ocorre nas licitações e contratos para provimento de cargos públicos ou empregos públicos, nas quais a fase inicial deverá ser motivada sob pena de nulidade, pois na sua omissão não há como aferir as razões que moveram o administrador público no âmbito dessa fase processual.

5.1.2.1.2 Fase instrutória

A Lei 9.784/1999 deu especial atenção à fase instrutória, reservando-lhe o Capítulo X – Da instrução (arts. 29 a 47). As atividades de instrução destinam-se a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão, podendo dar-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo

⁶²⁵ V. item 2.4.

do direito dos interessados de propor atuações probatórias (art. 29 da Lei 9.784/1999).

Nessa fase a Administração deve levantar os elementos probatórios que servirão de respaldo à decisão a ser tomada, devendo ouvir todos os que serão alcançados pela medida. Na hipótese de o poder público ter dado início ao procedimento ou se for necessário ouvi-lo a fim de garantir interesses ou visando esclarecimentos, é nessa fase que as oitivas deverão ocorrer. As provas periciais, exames, laudos técnicos, pareceres etc., deverão ser colhidos. Todos os elementos que importem na elucidação dos fatos e tudo o mais que necessário for para se chegar à fase dispositiva são relevantes na fase instrutória⁶²⁶.

Ainda nessa fase a especificação de provas é deferida ou indeferida. Se a Administração deve especificar provas e não o faz ou especifica provas impertinentes, a motivação será instrumento idôneo a revelar os vícios que possam macular o ato administrativo, possibilitando o seu controle.

A motivação deve permitir a compreensão das razões que determinaram a produção do ato, contribuindo, nesse sentido, a exigência da Lei Federal de que a motivação se reporte aos elementos probatórios produzidos (art. 38, § 1.º), resultando na inaceitabilidade de alegações genéricas e abstratas na motivação do ato, o que contribui sobremaneira para a aferição de eventuais vícios contraídos nesta fase processual, o que denota a preocupação do legislador que não se descurou da instrução probatória que deverá ser abarcada pela motivação.

Acrescem-se a isso as disposições contidas no § 2.º do art. 38 da Lei Federal, no sentido de vedar a recusa de provas propostas pelos interessados, a não ser mediante decisão fundamentada e em face de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Portanto, as provas apresentadas somente poderão ser indeferidas mediante recusa motivada e nas hipóteses aludidas. Não se enquadrando as provas em tais hipóteses, deverão ser deferidas.

⁶²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 469.

Somente mediante despacho motivado poderá o agente público abrir período de consulta pública para a manifestação de terceiros, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral (art. 31, *caput*, da Lei 9.784/1999). Assegura o § 2.º do mesmo dispositivo legal, a todos os que comparecerem à consulta pública, o direito de obter da Administração resposta fundamentada.

A doutrina ensina que tanto o princípio do contraditório como o da ampla defesa são imbricados de tal modo que caminham *pari passu*. No âmbito do processo administrativo, assevera Dinorá Adelaide Musetti Grotti que os desdobramentos mais diretos do contraditório são especialmente “a acessibilidade aos elementos do processo, a audiência dos interessados e a motivação”⁶²⁷. Como desdobramento do princípio da ampla defesa tem-se o princípio da revisibilidade, o direito de ser representado e assistido e o princípio da ampla instrução probatória.

Destarte, o direito à ampla instrução probatória ou produção de provas é uma faceta do contraditório e da ampla defesa. Não há como garantir o contraditório e a ampla defesa na ausência de uma instrução processual deficiente ou inexistente. Nesse diapasão, a motivação, como o acesso aos elementos do processo e a oitiva dos interessados, constituem princípios ínsitos à fase instrutória.

Os elementos colhidos nessa fase processual deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (§ 1.º do art. 38), fundamental não apenas como instrumento de interpretação, mas também de controle do ato administrativo praticado, razão pela qual a fase instrutória deve ser pautada pela motivação legal.

A motivação visa ainda externar as razões que moveram a Administração Pública na colheita de provas e de que modo tais elementos probatórios foram explicitados no relatório e na decisão.

Na linha das observações de Marcos Fernando Pablo alusivas à sentença judicial, as quais se aplicam à decisão administrativa, recorda-se que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assinalar que “é na motivação da sentença que

⁶²⁷ Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 31, jan. 1999.

deve ficar patente a apreciação da prova como garantia formal do réu⁶²⁸, o que também se aplica ao exercício da função administrativa. Não basta a “mera certeza subjetiva do julgador, não podendo limitar-se a alegar que a instrução probatória foi suficiente, uma vez que se faz mister esclarecer na sentença os critérios sobre os quais se assentaram as suas convicções”⁶²⁹, sendo pertinente o mesmo raciocínio às decisões administrativas, em que a motivação se presta para esclarecer os critérios em que se pautou o administrador público.

Cuidou ainda a Lei Federal, no âmbito da fase instrutória, da hipótese de risco iminente, ocasião em que a Administração Pública poderá adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado, desde que motivadamente. Possíveis excessos poderão ser contidos mediante a motivação legal, viabilizando o controle interno e externo, especialmente o precontencioso.

O órgão responsável pela instrução do processo administrativo que não for competente para emitir a decisão final deverá elaborar relatório indicando “o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente” (art. 47 da Lei 9.784/1999). Dispõe a lei expressamente que em tal hipótese de encaminhamento do processo à autoridade competente, a justificação ou motivação deverá ser objetiva. O relatório apresenta importância na direção da parte dispositiva da decisão que não poderá ser equivocada em razão de um relatório mal formulado.

Outro ponto diz respeito ao esclarecimento da matéria probatória (fatos sobre os quais se assenta a decisão), estreitamente ligado à transparência ou publicidade da atividade administrativa⁶³⁰, que, para muitos, constitui um dos fundamentos da motivação (itens 2.4 e 2.4.5).

Dentre as finalidades da motivação mencionadas por Diogo Freitas do Amaral, na esteira de Rui Manchete destaca-se a *pacificação das relações entre a*

⁶²⁸ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 59.

⁶²⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁶³⁰ Diogo Freitas do Amaral. *Curso de direito administrativo*, v. II, p. 350-351.

Administração e os particulares, além da clarificação e prova dos fatos sobre os quais se assenta a decisão⁶³¹.

No escopo de atingir a decisão administrativa como finalidade almejada na aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, o conteúdo do ato administrativo (o que o ato decide), há todo um caminho percorrido, de interesse não apenas para a defesa do administrado, mas também para o controle do ato administrativo em todas as modalidades.

Ao longo de tais fases e após a conclusão destas, deve haver uma busca pela Administração democrática, transparente e eficiente, em que o controle dos atos endoprocessuais, especialmente o preventivo ou precontencioso, possa efetivar-se sem delongas. E, em cada um desses momentos, a visualização adequada de todo o *iter* percorrido, das provas coligidas no seu curso, sobre as quais a decisão deverá embasar-se, resta imperiosa.

Deve o administrador destacar do que consta no procedimento ou processo administrativo que possibilitou a instrução, nas palavras de Fernando Pablo, “aquele conteúdo que seja considerado decisivo para a solução”, ocasião em que a motivação se apresenta como

um dos mecanismos essenciais de garantia da imparcialidade da Administração, na medida em que esta exige extremar as garantias procedimentais, e entre elas, particularmente, a exigência de justificação racional e a ponderação de interesses⁶³², facilitando o controle dos atos endoprocessuais.

Resta clara a intenção do legislador em contemplar uma ampla atividade probatória, permitindo que a decisão reflita a verdade material e não apenas a formal, o que se instrumentaliza pela motivação legal.

⁶³¹ Reiteram-se, para efeitos didáticos, as demais finalidades abordadas pelo autor lusitano, quais sejam: 1) defesa do particular; 2) autocontrole da Administração (Diogo Freitas do Amaral. *Curso de direito administrativo*, v. II, p. 350- 351).

⁶³² Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 25.

5.1.2.1.3 Fase decisória ou deliberativa

É na fase deliberativa ou decisória que a Administração decide, resolve algo.

Na Administração moderna, em razão dos inúmeros interesses implicados em cada decisão, tem-se desprendido o centro de gravidade desde o ato em sua concepção clássica, como resultado conclusivo e pontual da atividade de preparação e elaboração da decisão, rumo ao caminho da formação da decisão, de modo que o importante da atividade tem sido a *informação*, da qual o ato definitivo descende necessariamente, informação que termina por condicionar o próprio ato. Nesse sentido, Fernando Pablo visualiza o novo papel da motivação no ato, tanto na estrutura como na dinâmica do ato administrativo, o que na acepção do autor demanda reformulação no direito administrativo espanhol⁶³³.

Nas lições de Dinorá Adelaide Musetti Grotti seria vã a oportunidade de reação do administrado, na ausência de meios que lhe possibilitassem aferir se a autoridade administrativa ponderou as manifestações da parte, bem sopesando suas alegações. A regra da motivação dos atos administrativos possibilita a visualização de como e quanto determinado fato, documento ou alegação influenciou sobre a decisão final do agente administrativo⁶³⁴.

Nos termos do art. 48 da Lei 9.784/1999, a decisão deve ser explícita, contendo os pressupostos de fato e de direito que lhe dão suporte, ou seja, deve ser motivada sob pena de nulidade. O prazo para decidir é de até trinta dias após a conclusão da instrução do processo administrativo, salvo prorrogação devidamente fundamentada por igual período (art. 49). Em caso de força maior, desde que comprovada, os prazos processuais podem ser suspensos (art. 67 da Lei 9.784/1999).

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari alertam que, na decisão, a Administração-juiz deverá valer-se, na ausência de um Código de Procedimento Administrativo, do art. 458 do Código de Processo Civil pátrio, que reza que a decisão deve ser clara e precisa, além de conter um resumo de todo o processo

⁶³³ Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 178-179.

⁶³⁴ Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 1, p. 31.

(relatório), a fundamentação (motivação) e a parte dispositiva (decisão)⁶³⁵. Tal aplicação não decorre de opção doutrinária ou legislativa, mas de aplicação subsidiária, como imperativo das garantias constitucionais e dos princípios que norteiam o processo administrativo, sob pena de inviabilizar sua observância.

Reiteram a relevância da motivação na decisão administrativa consistindo “numa operação lógica pela qual, analisando as questões de fato e de direito travadas no processo, o julgador fixa as razões de técnica jurídica que constituirão as premissas da decisão” e concluem que estamos “a léguas de distância do problema dos móveis psicológicos de uma decisão”⁶³⁶.

Tratam da motivação como atividade de técnica estrita, comprometida com a lógica, o direito e a lógica jurídica, a um tempo evidenciadora do processo de autopersuasão do julgador e capacitadora da persuasão de todos os que dela venham a tomar conhecimento. Assim,

a) a decisão há de harmonizar-se com a fundamentação, de sorte a estabelecer-se, entre elas, um liame de lógica formal do tipo premissa/conseqüência; b) a fundamentação há não só de refletir a convicção do julgador, quanto a ser a premissa necessária de seu *dictum*, como também deve revelar-se apta ao convencimento dos terceiros⁶³⁷.

Evidenciada a importância da motivação na fase decisória, importa ressaltar que uma decisão devidamente justificada e fundamentada depende das fases que a precederam. A motivação cumpre seu papel como instrumento de controle do ato administrativo não apenas na deliberação, mas em todas as fases processuais.

5.1.2.1.4 Fase controladora ou integrativa

Em geral, após a fase decisória ou dispositiva, há a fase controladora, denominada por alguns de fase integrativa, concebida a fim de que as autoridades

⁶³⁵ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*, p. 160.

⁶³⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 162.

confirmem ou infirmem a legitimidade dos atos do processo ou a oportunidade da decisão final⁶³⁸.

Tal fase não integra todo e qualquer tipo de processo administrativo, mas ocorre naqueles em que a presença de uma autoridade superior seja necessária, de modo a aprovar ou não a decisão, ou seja, a decisão é ou não homologada pela autoridade competente.

A fase controladora ou integrativa pode resultar em aprovação ou invalidação (legitimidade) daquilo que foi decidido, ou, ainda, em aprovação ou revogação (conveniência) do procedimento administrativo, pela autoridade superior ou superior hierárquico. Neste sentido, a lei de licitações comporta a fase controladora, na qual a autoridade administrativa exerce juízo de legalidade e, por vezes, de mérito (arts. 38, 43 e 49 da Lei 8.666/1993). Destarte, consiste a motivação em instrumento apto a demonstrar se a necessária aprovação ou homologação se efetivaram, por exemplo.

É também nessa fase que, diante de um vício ocorrido no curso do processo, os mecanismos de invalidação ou convalidação dos atos praticados, como também da motivação, deverão ser acionados pela autoridade administrativa, sem prejuízo de sua correção nas fases precedentes.

Não é demais frisar que a motivação permite ao administrado impugnar o ato que examinou o acerto, ou não, da decisão administrativa. Não há como controlar ou, até mesmo, conhecer de uma homologação ou aprovação desmotivada.

5.1.2.1.5 Fase de comunicação

Vieira de Andrade cita, a título de exemplificação, que “o peso da idéia de racionalidade” pode ser mais acentuado em questões que envolvam diretamente “a estrutura do dever de fundamentar”, como quando se pergunta pela admissibilidade ou pelo significado do acréscimo *a posteriori* de fundamentos pelo órgão administrativo, “ou quando se põe a questão da natureza jurídica do imperativo de

⁶³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 469.

fundamentação”⁶³⁹. No entanto, no que tange aos problemas advindos do “conteúdo da fundamentação”, ou quanto à relevância do “vício de forma por insuficiência desta”, a idéia de proteção dos administrados e o princípio do controle jurisdicional são os mais relevantes. Por sua vez, a *transparência* terá pouco peso na determinação do âmbito do dever de fundamentar, mas *adquire grande relevância* específica “quando se discute o significado da comunicação dos fundamentos ou o conteúdo da declaração fundamentadora”⁶⁴⁰ (grifos nossos).

Uma das finalidades da motivação diz respeito à melhor aceitação de decisões administrativas, na hipótese de serem desfavoráveis, se os administrados forem comunicados de forma suficiente, clara e coerente, das razões que envolveram a prática do ato, contribuindo para uma relação mais pacífica entre a Administração e os particulares⁶⁴¹.

A motivação, além de regularmente expedida, deve ser levada ao conhecimento de todos os interessados, cumprindo assim, integralmente, as finalidades de sua exigência⁶⁴².

Nas lições de Florivaldo Dutra de Araújo, a motivação “comparece lógica e ontologicamente antes, como decorrência direta do princípio do contraditório, de matriz constitucional”, pois toda ingerência na esfera do particular deve ser motivada ou justificada⁶⁴³. O contraditório como direito fundamental deve estar presente nos processos administrativos de índole constitucional (art. 5.º, LV, da Constituição Federal de 1988), também assegurado pela Lei 9.784/1999 em diversos dispositivos, especialmente no Capítulo IX – Da Comunicação dos Atos (arts. 26 a 28), eis que veio propiciar um melhor controle da Administração Pública.

A Lei 9.784/1999 reservou o Capítulo IX para a fase de comunicação dos atos administrativos, na qual a decisão será levada ao conhecimento dos interessados por intermédio dos meios legais apropriados.

⁶³⁹ José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, p. 80.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁶⁴¹ Diogo Freitas do Amaral. *Curso de direito administrativo*, v. II, p. 350-351.

⁶⁴² Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 128.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 144.

Além da publicação e da notificação há outros meios de publicidade, visto que a pluralidade de formas de publicidade administrativa se impõe na concepção de uma Administração Pública aberta e conforme o princípio da transparência⁶⁴⁴. Acrescem-se às primeiras formas de publicidade (publicação e notificação) outras, cuja forma de divulgação do ato administrativo não é predeterminada, mas possui o escopo de acessibilidade, como o controle, a fiscalização e a participação. Há ainda a comunicação pessoal (notificação e intimação) como forma de cumprimento do dever de publicidade administrativa com base no devido processo legal, além do direito de acesso, direito de certidão, direito de informação, *habeas data*, entre outros⁶⁴⁵.

Releva considerar o art. 26 da Lei 9.784/1999 (Lei Federal de processo administrativo brasileira) que, ao tratar da comunicação dos atos, ou seja, de sua publicação, se reporta à intimação do interessado para ciência da decisão ou da efetivação da diligência, a qual deverá conter a “indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes” (inc. VI). Portanto, a explicitação das razões que levaram à decisão administrativa ou a determinação de certa diligência deverá constar da intimação ao interessado.

O dever de motivar é mais uma vez privilegiado na fase de comunicação dos atos processuais, máxime por ser este o momento em que os interessados terão ciência, no mais das vezes, dos diversos atos praticados no curso do processo administrativo, em especial da decisão final pela autoridade competente. Não há como impugnar ou até mesmo compreender melhor a decisão administrativa sem a devida motivação.

Se a autoridade administrativa determina a publicação de uma decisão sem a motivação legal ou se a publica de certa maneira sem esclarecer por que decidiu daquela forma, a comunicação não cumprirá seu mister, uma vez que conhecer as decisões proferidas constitui um direito do administrado (art. 3.º, II, *in fine*, da Lei 9.784/1999), o que se dá por intermédio da publicidade do ato devidamente motivado.

⁶⁴⁴ Wallace Paiva Martins Junior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, p. 67-111.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, mesma página.

Além de decidir, deverá a Administração Pública levar ao conhecimento dos interessados o conteúdo da decisão por força do princípio da publicidade, do qual decorre a motivação para uma parcela dos doutrinadores.

5.1.2.1.6 Fase recursal

O recurso administrativo e a revisão das decisões administrativas foram contemplados pela Lei Federal 9.784/1999 em seu Capítulo XV (arts. 56 a 65).

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari pontificam que a ausência de motivação frustra ou prejudica o direito de recorrer, tanto em sede administrativa quanto perante o Poder Judiciário⁶⁴⁶, acrescentando “que a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se, portanto, em vício gravíssimo”⁶⁴⁷.

Na hipótese de a autoridade administrativa negar efeito suspensivo a um recurso diante de dano de difícil reparação (parágrafo único do art. 61 da Lei 9.784/1999), por exemplo, a motivação permitirá conhecer os motivos que ensejaram tal prática, sob pena de o ato praticado restar inquinado de vício de legalidade em sede de controle.

Da perspectiva do administrado deve-se ter em mente a tutela judicial efetiva na tradicional aproximação ao tema da motivação.

O tema ganha relevo quando no plano da aplicação prática do atual ordenamento espanhol

o interessado enfrenta a necessidade de recorrer de um ato por silêncio, na ausência de resolução expressa, onde falta toda a indicação dos motivos e, sem um direito autônomo de conhecer os motivos da decisão (ou não decisão que contém o silêncio), cuja não

⁶⁴⁶ *Processo administrativo*, p. 58.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 58-59.

satisfação preveja adequada sanção, ocasião em que o particular ver-se-á lançado a recorrer às cegas⁶⁴⁸.

Na fase recursal, do ponto de vista do agente controlador, a motivação é de indispensável importância na fiscalização hierárquica (de ofício), por exemplo, no âmbito do controle administrativo ou interno. Como se disse, a motivação deverá comparecer em todas as fases do processo administrativo, uma vez que apenas diante dos motivos reais que levaram a Administração Pública à decisão final o controle dos atos praticados em cada uma das fases do procedimento será viabilizado.

Em sede de competência discricionária, diante de contraste judicial, não pode o magistrado substituir o administrador na atribuição de uma nota em uma prova subjetiva, nem tampouco arredondá-la pelos princípios da matemática. Não poderá igualmente atribuir pontuação na apreciação de um estágio probatório, a não ser verificar se houve qualquer desvio de finalidade no curso do processo administrativo mediante critérios outros, entre eles o comparativo, demandando no mais das vezes matéria probatória. Ademais, aquele que acompanhou o avaliando diuturnamente deve externar com clareza, suficiência e congruência as ponderações levadas a efeito durante todo o período avaliado⁶⁴⁹.

Nessas hipóteses a motivação ganha vulto, pois tem o condão de garantir o direito de defesa do administrado e afastar possível repetição pela Administração de um processo administrativo em face de eventual nulidade, em nome da eficiência e da boa Administração, minimizando custos e desgastes desnecessários em prol do

⁶⁴⁸ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 38.

⁶⁴⁹ Também em sede de contraste judicial a motivação das fases endoprocessuais é de importância salutar. A título exemplificativo, menciona-se uma ação ordinária, na qual servidor público buscava a declaração de sua aprovação em estágio probatório, com a efetivação no cargo que ocupava após haver sido reprovado pelo processo de avaliação levado a efeito pelo respectivo órgão. Constava dos autos um primoroso procedimento administrativo de avaliação, em que o devido processo legal estava presente com o contraditório plenamente assegurado durante todo o período do estágio probatório. A motivação em cada uma das fases viabilizou o controle jurisdicional possibilitando aferir do contexto do processo administrativo que não se tratava de desvio de finalidade, nada restando que pudesse inquiná-lo de vício de legalidade que permitisse a sua anulação e conseqüente efetivação do servidor. Confira-se a ementa: Administrativo. Servidor público. Não aprovação no estágio probatório. Regularidade do procedimento administrativo. Observância dos requisitos legais. Preliminar de nulidade rejeitada. Agravo retido conhecido e não provido (TRF 1.^a Região – 1.^a T. – AC. 1998.38.00.038905-8/MG – rel. Des. Fed. Antônio Sávio de Oliveira Chaves – m.v. – j. 1.^o.09.2004 – DJ 25.10.2004).

interesse público, e bem assim garantir a Administração quando cumpridora de seu mister.

Nesse passo, vale ainda frisar que a relevância da motivação se reflete no controle judicial. Assim, foi possível efetivar o controle de legalidade dos atos praticados no curso de um processo administrativo⁶⁵⁰, a partir *das razões* externadas pela comissão processante, restando clara a mácula de ilegalidade quando submetido ao crivo do Judiciário. Versava sobre um segundo processo administrativo acerca do mesmo fato, além de a motivação posterior (informações em mandado de segurança) ser discrepante dos elementos constantes dos autos. Em sede de revisão, o Tribunal adotou por fundamentos a preclusão administrativa e o princípio do *ne bis in idem*, obstando a repetição do que já havia sido apurado.

A partir da fundamentação das fases endoprocessuais foi possível exercer o controle de legalidade. Extrai-se daí o imprescindível papel da motivação como instrumento de controle do ato administrativo e reflexamente do processo administrativo.

Por fim, o caráter substancial da motivação vem se firmando entre nós, máxime após o advento da Lei Federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999), capacitando a motivação nessa dimensão material, a par do caráter formal, a explicitar se a conduta do administrador público se deu em obediência aos parâmetros conferidos pela lei, legitimando a competência que lhe foi outorgada pela norma legal no exercício da função administrativa, de modo a transparecer todo o *iter* percorrido (incluindo-se aí não apenas a fase deliberativa e as que a precederam, mas também as que a sucedem), possibilitando o imprescindível controle sobre a função pública.

5.1.3 Parlamentar

No âmbito do Poder Legislativo, observa-se um fundamento eminentemente constitucional de controle dos demais Poderes, podendo-se visualizá-lo sob uma

⁶⁵⁰ Cf. TRF 1.ª Região, AMS 2000.01.00.000088-9/MG, rel. Juiz Federal Flávio Dino de Castro e Costa (Conv.), v.u., j. 23.02.2005, DJ 17.03.2005, p. 60.

dupla natureza: controle político, que abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito e os controles contábil, financeiro e orçamentário, exercidos, em nível federal, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Nas lições de Seabra Fagundes, o controle legislativo ou parlamentar, exercido pelo Poder Legislativo, é essencialmente político, destinado à fiscalização das atividades administrativas sob o prisma da sua legalidade e conveniência ao interesse público. Ampara o direito individual apenas indiretamente, “em face do ato administrativo pelos benefícios implicitamente conseqüentes da boa aplicação da lei”. Exerce-se mediante interpelações, inquéritos, tomadas de contas etc. Quanto à Administração, seu exercício dá-se mais de perto por força da elaboração orçamentária⁶⁵¹.

Na linha dos ensinamentos do autor, a fiscalização dos atos da Administração no controle financeiro-orçamentário denota a grande influência do Legislativo na função administrativa. Com a ampliação dos poderes fiscalizatórios conferidos pelo texto constitucional ao Poder Legislativo em face do Poder Executivo, máxime diante do novo modelo de Estado brasileiro, a motivação igualmente ganha maior relevo.

Notória é a preocupação da Constituição Federal de 1988 no fortalecimento do Poder Legislativo no âmbito de suas atribuições, seja ela específica (elaboração das leis) ou na fiscalização do Poder Executivo. Algumas das disposições constitucionais constavam da anterior Carta Federal. Entretanto, foram acrescentadas outras alusivas ao controle pelo Poder Legislativo dos atos do Poder Executivo, tais como as constantes do art. 49: controle do poder regulamentar e delegação legislativa (inc. V); controle dos atos do Executivo, inclusive da Administração Indireta (inc. X); apreciar os atos de concessão e sua renovação atinentes às emissoras de rádio e televisão (arts. 49, XII, e 223); solicitar informações aos Ministros de Estado ou qualquer titular de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, sob pena de crime de responsabilidade (arts. 50 e 58, § 2.º, III); controle conjunto com a participação popular, incumbindo-lhe receber reclamações, petições, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas, bem como solicitar depoimento

⁶⁵¹ Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 129.

de qualquer autoridade ou cidadão, como atribuição das comissões internas do Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados (art. 58, § 2.º, IV e V); controle realizado pelo Senado Federal, podendo aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI)⁶⁵².

Neste tópico cumpre abordar o controle externo exercido diretamente pelo Congresso Nacional por meio de suas Casas (Senado Federal e Câmara dos Deputados), e no seguinte, o controle que realiza sistematicamente com o auxílio do Tribunal de Contas.

Entre os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional incluem-se os de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta”, nos termos do mencionado inciso X do art. 49 da Constituição Federal.

Quanto à atuação direta das Casas do Parlamento, preceitua o inc. V do art. 49 da Constituição Federal, supra-aludido, que é da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

O Regulamento, apesar de norma geral, abstrata e obrigatória (ato administrativo geral e abstrato), não pode extravasar os lindes legais, uma vez que se destina à execução de uma lei. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que “o *regulamento tem cabida quando a lei pressupõe, para sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados cuja disciplina comporta uma certa discricionariedade administrativa*”, isto ocorrendo em dois casos⁶⁵³. Salienta

⁶⁵² Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 145-146.

⁶⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 335-336. No primeiro caso, bastante elucidativo é o pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao asseverar que por intermédio dos regulamentos executivos a Administração estabelece “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais, estabelecidos pela lei”, tais como os Regulamentos de Imposto de Renda (formulários, prazos etc.) (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 311). Nesta hipótese, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que o “regulamento coarta essa discricionariedade, pois limita a conduta que os órgãos e agentes terão de observar, assegurando uma uniformidade de procedimento”. No segundo caso, “ocorre quando a dicção legal, em sua generalidade e abstração, comporta, por ocasião da passagem deste plano para o plano concreto e específico dos múltiplos atos individuais a serem praticados para aplicar a lei, intelecções mais ou menos latas, mais ou menos compreensivas. Por força disto, ante a mesma regra legal e perante situações idênticas, órgãos e agentes poderiam adotar medidas diversas, isto é, não coincidentes

que há também espaço para a função regulamentar independente do exercício da discricionariedade administrativa, ocasião em que o regulamento nada acresce, nem tampouco restringe ou suprime as possibilidades contidas na lei. O papel do regulamento consiste em enunciar de modo analítico, ou seja, desdobradamente, o que estava enunciado na lei mediante conceitos de “síntese”⁶⁵⁴ E assevera:

os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) *limitar a discricionariedade administrativa*, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) *caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos* cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e segurança jurídica; (II) *decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos*, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.⁶⁵⁵

Ao regulamento, nas lições originais de Seabra Fagundes, “não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária doutro ato (lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso”⁶⁵⁶.

Cumpra esclarecer que, apesar de todo o esforço doutrinário, depara-se diuturnamente com regulamentos que mais parecem leis *per se*, transcendendo nitidamente os limites impostos ao “Dever-Poder Regulamentar”. Entretanto, não só ao Judiciário incumbe zelar pela regularidade do “Poder Regulamentar”, declarando a nulidade e inconstitucionalidade dos dispositivos que, a pretexto de esmiuçarem a lei ou conferir-lhe clareza ou explicitá-la, extravasam os ditames da lei que pretendem regulamentar, inovando na ordem jurídica, competindo também ao Legislativo tal

entre si”, alertando para o fato de que o enunciado legal pressupõe averiguação técnica, a serem solucionadas administrativamente, mesmo porque seria desarrazoado efetuar-las no nível legal (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 335-336).

⁶⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 339.

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 340.

⁶⁵⁶ Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 19 (optou-se por usar esta edição por conter pensamento original do autor, não reproduzido em algumas edições posteriores.)

mister fiscalizador, visto que a Constituição expressamente lhe conferiu o poder de suspender atos normativos que ultrapassem o poder regulamentar.

Nesse sentido, enfatiza Florivaldo Dutra de Araújo a grande dificuldade prática na contenção do administrador nos lindes legais no exercício do poder regulamentar, esbarrando-se, ainda, “na timidez dos julgadores em aprofundar o exame dos atos administrativos”, sob o argumento da separação de poderes. A despeito do controle de tal poder estar afeto ao Judiciário, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Legislativo, como se viu, “o poder de impedir que o Executivo, afirmando que regulamenta a lei, ultrapasse os limites que esta mesma lhe impõe e crie novidades jurídicas nela não contidas”⁶⁵⁷.

Acrescenta, outrossim, que cuida a Administração Pública de não ultrapassar tais limites, e, mais do que isso, “cuida de demonstrar que assim o faz, motivando os atos administrativos gerais e abstratos que produzir para fiel execução da lei”, hipótese em que o conteúdo da motivação deverá reportar-se em regra não aos elementos fáticos, mas a dados jurídicos, eis que se está no âmbito de norma geral e abstrata, embasada na lei de regência, com vistas a torná-la exeqüível aos casos concretos⁶⁵⁸.

Conclui-se que a motivação também encontra eco no ato regulamentar, ainda que geral e abstrato, a qual poderá ser equiparada a uma exposição de motivos ou pelo menos ao preâmbulo de uma lei, como se extrai dos ensinamentos de Florivaldo Dutra de Araújo⁶⁵⁹.

Há, ainda, inúmeros casos previstos na Carta Federal em que o Poder Legislativo encontra autorização para controlar a atividade administrativa, mencionando-se, exemplificativamente, os incisos I, XII (acima explicitado), XIII, XVI e XVII do art. 49⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 148.

⁶⁵⁸ Florivaldo Dutra Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 148.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁶⁶⁰ Art. 49. [...]

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...] XII – apreciar os atos de concessão e renovação de

A par disso há os poderes controladores privativos do Senado Federal (art. 52 da Constituição Federal). Assinala-se, ainda, que ao Senado Federal compete julgar o Presidente da República em caso de denúncia por crime de responsabilidade (pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns), quando admitida a acusação por dois terços dos membros da Câmara Federal, podendo ser, desde logo, suspenso de suas funções, até o julgamento final, quando, pela procedência das acusações, será afastado definitivamente do cargo (arts. 85 e 86 da Constituição Federal).

Quanto à atividade controladora desempenhada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, sua previsão resulta de dispositivo constitucional expresso⁶⁶¹, que lhes confere poderes investigatórios próprios dos órgãos judiciais, com a prerrogativa de apurar por prazo certo determinado fato ocorrido na Administração. Releva considerar que, malgrado a Constituição haja conferido poderes próprios às Comissões Parlamentares de Inquérito, não é demais lembrar que suas prerrogativas não são absolutas.

O controle Legislativo ou Parlamentar se dá de modo geral, mediante tomadas de contas, interpelações, inquéritos etc. No âmbito desse controle, por destinar-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista da sua legalidade e conveniência visando o interesse público, a motivação ganha relevo sob o aspecto das atividades controladas.

5.1.4 Tribunal de Contas

A Constituição Federal disciplina, nos arts. 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determinando, no art. 75, que todas as disposições constitucionais atinentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização incumbentes aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal – cujos membros designam-se Conselheiros –, bem

concessão de emissoras de televisão; XIII – escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas; XVI – autorizar, em terras indígenas a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de recursos minerais; XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

⁶⁶¹ Art. 58, § 3.º, da Constituição Federal de 1988.

como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, atendidas as disposições estabelecidas nas respectivas Constituições estaduais.

Dispõe o art. 70 da Constituição Federal/1988 que ao Congresso Nacional compete realizar controle externo da Administração direta e indireta, exercendo fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, para o que contará com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71). Não há como perquirir o âmago de tais atos se estes não estiverem acompanhados da devida motivação, a qual também deve permitir a aferição da legitimidade do ato administrativo pelo órgão controlador (art. 70 da Constituição Federal)⁶⁶².

O Tribunal de Contas possui inúmeras atribuições, entre elas apreciar as contas do Presidente da República e elaborar parecer prévio a fim de que o Congresso o analise (art. 71, I, da Constituição Federal), não podendo prescindir da motivação legal.

A partir da Lei Complementar Federal 64, de 18.05.1990 (art. 1.º, g), diante da rejeição das contas do Chefe do Poder Executivo, a consequência redonda na “inelegibilidade deste para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes à decisão”, que será suspensa em caso de contraste judicial⁶⁶³.

Nas lições de Luciano de Araújo Ferraz, as inspeções e auditorias possuem natureza ou atribuição corretiva (art. 70, IX, X, XI, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal), instrutória (elementos para a instrução de processos), de reexame (por permitir controle *a posteriori*), bem como educativas (ao sugerir medidas corretivas quanto à aplicação do dinheiro público com vistas a sua eficácia e eficiência). Por fim, possuem atribuições de conhecimento, uma vez que viabilizam o conhecimento da organização e funcionamento das entidades e órgãos⁶⁶⁴.

⁶⁶² Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 147.

⁶⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 889.

⁶⁶⁴ Luciano de Araújo Ferraz. *O controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 160-161.

Importante observar que o inc. II do art. 71 da Constituição Federal, ao dispor acerca da competência do Tribunal de Contas, erroneamente invoca o poder de “julgar” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e demais valores públicos. Isso porque o conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas não se reveste do caráter judicial, tendo suas decisões força de sentença judicial, no entendimento de alguns. Trata-se, em verdade, como reiterado alhures, de um órgão do Poder Legislativo competente para apreciação da legalidade dos gastos das verbas públicas, de modo a coibir a sua destinação arbitrária e irresponsável.

José Cretella Júnior destaca, neste aspecto, que

as decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade⁶⁶⁵.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio da Súmula 347, que *“o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”*, a despeito de seus atos serem administrativos.

Carvalho Filho pondera inexistir novidade no entendimento sumular, haja vista que

a doutrina constitucionalista dominante já admite que os órgãos fundamentais da República (Chefia do Executivo, os Tribunais Judiciais, as Casas Legislativas e o Ministério Público) também podem apreciar questões de inconstitucionalidade, visto que a eles compete, da mesma forma, a guarda da Constituição Federal⁶⁶⁶.

Portanto, os Tribunais de Contas, em controle incidental de constitucionalidade, no caso concreto, podem sustar atos que tenham por base leis que firam a Constituição Federal, ou deixar de aplicá-los por mácula de inconstitucionalidade (art. 71, X).

⁶⁶⁵ *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 49.

⁶⁶⁶ *Manual de direito administrativo*, p. 805.

O constituinte de 1988 conferiu ao Tribunal de Contas, no art. 73 da Carta da República, no aspecto da auto-organização, competências semelhantes às do Poder Judiciário.

Reitera-se o mesmo dispositivo constitucional que encontra larga aplicação, ou seja, o § 2.º do art. 74, o qual preceitua que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Importante salientar que incumbe também ao Congresso Nacional sustar contratos eivados de ilegalidade, a pedido do Tribunal de Contas (art. 71, § 1.º, da Constituição Federal), e que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3.º). O tema oriundo das disposições contidas no § 3.º do art. 71 comportou grande polêmica, pois o dispositivo constitucional em comento “denuncia, de forma clara, que a relação obrigacional decorrente de atribuição de débito ou aplicação de multa enseja formalização por título executivo” extrajudicial, sem indicar, contudo, “a legitimidade para a ação que vise à respectiva cobrança”⁶⁶⁷.

Há entendimento no sentido de que o Tribunal de Contas possa executar suas decisões. No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional tal abrangência⁶⁶⁸. Além de tratar-se de órgão despersonalizado e não pessoa jurídica, integra pessoa federativa (União ou Estado), à qual incumbe o ajuizamento das ações de cobrança de valores em prol do poder público⁶⁶⁹.

Por vezes o Tribunal de Contas comete ilegalidades, tais como extrapolar os limites que a Constituição Federal lhe outorgou, bem como descumprir decisões judiciais⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ *Manual de direito administrativo*, p. 805.

⁶⁶⁸ Cf: STF, Pleno, RE 223.037-SE, rel. Min. Maurício Corrêa, m.v., j. 02.05.2002, DJ 02.08.2002, p. 00061.

⁶⁶⁹ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 805.

⁶⁷⁰ STF, Pleno, MS 23.665/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., j. 05.06.2002, DJ 20.09.2002, p. 00086. Nesse sentido, entende o Tribunal Regional da 1.ª Região: Processo civil. Administrativo. Tutela. Antecipada. FPM: repasse de parcelas com atraso. Correção monetária. Verossimilhança da alegação. Probabilidade de êxito. – *É inequívoco que a má interpretação da lei por um órgão da União (TCU – Resolução n. 7/93) causou um dano ao Município de São Luís, que recebeu parcelas do FPM relativas a 1993, com atraso, sem a incidência da*

Compete, ainda, ao Tribunal de Contas determinar prazo a fim de que seja sanada ilegalidade constatada nos órgãos por ele controlados (art. 71, IX), cuidando os incs. X e XI da hipótese de não-atendimento do mencionado prazo, em que a motivação é imprescindível de modo a demonstrar as razões a embasar o ato controlado. Assim, também no âmbito do controle parlamentar, a motivação como instrumento de controle dos atos administrativos é indispensável.

5.1.5 Ministério Público

Além das funções típicas dos membros do Ministério Público (Procuradores da República, Promotores de Justiça, Procuradores-Gerais, Procuradores de Justiça), incumbe-lhes o exercício de funções administrativas (atípicas). Realça-se que o Ministério Público da União “tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República [...]”, e, no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo (art. 128, §§ 1.º e 3.º, da Constituição Federal, respectivamente).

O Ministério Público compreende: o Ministério Público da União (Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal) e os Ministérios Públicos dos Estados (art. 128, I e II, da Constituição Federal). Admite o art. 130 da Constituição Federal um Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas (órgão não-jurisdicional), não mencionado no aludido art. 128.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 atribui-lhe nova feição. Entre suas funções precípuas encontram-se a defesa do meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos, patrimônio público e social (art. 129, III – promoção da ação civil pública *lato sensu*).

correção monetária. I – A probabilidade de êxito do autor na demanda exsurge do próprio princípio constitucional da forma federativa do Estado brasileiro (CF, art. 60, § 4.º, inciso I), que impõe regras de convivência harmônica dos Entes da Federação (CF, art. 160). II – A situação peculiar do Município-autor permitia inferir a existência de dano de difícil reparação, porquanto a retenção reclamada colocará em risco a manutenção de serviços essenciais da Unidade. V – Agravo a que se nega provimento (TRF 1.ª Região – 3.ª T. – AG 149.220-8/MA – rel. Juiz Federal Cândido Ribeiro – v.u. – j. 05.08.1997 – DJ 03.10.1997, p. 81586).

Para o fiel cumprimento do elevado mister que lhe foi conferido, poderá o Ministério Público requisitar informações e documentos correlatos, a fim de expedir notificações nos procedimentos administrativos que lhe competem (art. 129, VI). Poderá, ainda, exercer o *controle externo* da atividade policial, a teor do art. 129, VII (função de controle), entre outras constitucionalmente previstas.

Portanto, o Ministério Público também pode ser considerado uma via autônoma de controle porque exerce função de fiscalização e o faz por meio de procedimentos próprios como o inquérito civil público, previsto no art. 8.º e parágrafos da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública).

Há quem renegue em prol do Ministério Público a atividade de controle. Argumentam que sua atuação é demandar perante o Judiciário, participando, desse modo, do controle jurisdicional, como um dos responsáveis pela quebra da inércia do último. Outro argumento consiste em seu papel precípua de fiscal institucional, viabilizando o controle pelo Judiciário das condutas lesivas ao erário ou que firam princípios constitucionais atinentes à Administração⁶⁷¹.

Alerta Jayme Martins de Oliveira Neto que tal entendimento liga-se à idéia de “controle como algo inerente e exclusivo dos órgãos de poder, confundindo o exercício das funções do Estado com o exercício do controle”. Por certo que o Ministério Público na função de controle não precisará necessariamente recorrer ao Poder Judiciário, eis que as diligências encetadas podem concluir pela regularidade do ato, hipótese em que já se exerceu o controle. Pode o ato, ainda, “ser corrigido legitimamente durante o exercício do controle”. Quando uma perícia ou uma informação são requisitadas, tal ato se insere entre os de controle⁶⁷². Por outro lado, há os que defendem a função de controle do Ministério Público sustentando que tal função é administrativa.

Tais observações podem ser válidas em outros países, não se aplicando ao Ministério Público no Brasil. Seus integrantes gozam de garantias constitucionais

⁶⁷¹ Marino Pazzaglini Filho; Márcio Fernando Elias Rosa; Wando Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 23.

⁶⁷² Jayme Martins de Oliveira Neto. *Controle da Administração Pública: a administração da Justiça*, p. 129-130.

assecuratórias da necessária imparcialidade (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 128, I, a, b e c, da Constituição Federal, além das vedações do inc. II e § 6.º do mesmo art. 128).

Vários são os diplomas legislativos que outorgam poderes ao Ministério Público, valendo ressaltar a aludida Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Acrescem-se a isso vários textos que se reportam aos “interesses difusos”: Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei Orgânica do Ministério Público – Lei 6.825/1993, que o legitima no inciso IV de seu art. 25, a “promover o *inquérito civil* e ação civil pública na forma da lei”, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis.

Como se disse, especialmente por intermédio do inquérito civil público, o Ministério Público também exerce função de controle.

Deflui das razões acima expendidas a inolvidável importância da motivação em todos os âmbitos da atividade estatal.

5.1.6 Judicial

As teorias que surgiram visando conter o poder absoluto do príncipe no Estado de Polícia não permitiram que o Estado, enquanto poder público, se submetesse ao Poder Judiciário integralmente, possibilitando, contudo, que determinadas relações jurídicas em que a Administração era parte fossem regidas pelo direito civil e submetidas a tribunais independentes⁶⁷³.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição francesa de 1791 consagraram o princípio da legalidade, ao qual se atrela

⁶⁷³ Bartolomé A. Fiorini. *La discrecionalidad en la administración pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952. p. 51. O controle judicial exercido sobre os atos privados da Administração limitou de certa forma os atos arbitrários e injustos, implicando em avanço. Como diz Fiorini, “a anulação desta espécie de atos demonstrou que, apesar da pretensão de que satisfazem ao interesse público, podiam manifestar-se arbitrariamente”.

umbilicalmente o controle judicial dos atos administrativos praticados pelo Poder Público.

Embora o Estado de Direito adotasse o princípio da legalidade a que os atos da Administração Pública estão sujeitos, tal princípio possuía à época (Estado Liberal de Direito) concepção restrita, isentando parte dos atos da Administração do controle judicial⁶⁷⁴. A Administração podia fazer não só o que a lei autorizasse de forma expressa, mas também tudo o que não proibisse (vinculação negativa).

Nessa época era atribuída à Administração Pública a execução do comando legal, limitando-se apenas à aplicação da lei ao caso concreto, havendo ao lado desta atividade administrativa, a da livre apreciação pela Administração, isenta do controle judicial (como era vista a discricionariedade no período)⁶⁷⁵.

Já o Estado Social de Direito (ou Estado Legal) produziu um direito administrativo em que a balança do equilíbrio pendia para as prerrogativas públicas em detrimento dos direitos individuais. Entretanto, o princípio da legalidade passou a abarcar toda atividade administrativa, passando a Administração a fazer somente o que a lei permite (vinculação positiva da Administração à lei) e a discricionariedade passou a ser vista como poder limitado pela lei⁶⁷⁶.

A despeito do avanço que o Estado Social de Direito representou (a atividade administrativa fica sob a égide da lei), houve um retrocesso no que tange à legalidade (deixou de manifestar a vontade popular e instrumento de garantia dos direitos fundamentais), por força da dependência do Legislativo ao Executivo (crescimento da máquina estatal, consolidando a “burocracia”)⁶⁷⁷.

Por via de consequência, também o controle judicial imprescindível para a existência do Estado de Direito se enfraquece neste período⁶⁷⁸, máxime em face da dificuldade de entender onde termina a legalidade e se inicia a discricionariedade

⁶⁷⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 26.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 37-38.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 36-37. Se a burocracia se tornou eficiente em termos de realizações, produziu, por outro lado, um desequilíbrio entre os Três Poderes, ocasião em que o Executivo passa a predominar sobre o Legislativo, aparecendo em último lugar o Poder Judiciário.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 32-33.

administrativa, levando o Judiciário a “deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa”, prevalecendo “o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei”⁶⁷⁹.

Inicialmente o controle judicial limitava-se a verificar a subsunção do ato administrativo à lei, dando-se por atendido o princípio da legalidade desde que houvesse hierarquia entre o ato e a lei, não se analisando o conteúdo daquele em face do direito.

Esclarece Odete Medauar que a “redução do princípio da legalidade à relação lei-ato administrativo” redundou numa preocupação com o tema do controle jurisdicional, descurando-se dos aspectos decisórios, decorrendo daí “zonas livres, incontroláveis” pelo Poder Judiciário⁶⁸⁰.

Após, ampliou-se o conceito do princípio da legalidade, abrangendo, inclusive, os princípios gerais de direito. A teoria do “excesso de poder” passou a admitir o controle judicial quanto à “forma” do ato administrativo discricionário, mediante a “técnica do desvio de poder”, a qual vedava que a atividade administrativa fosse praticada com fim outro que não o preconizado em lei.

Os “atos de império” eram tidos por insindicáveis, pois a discricionariedade era considerada inerente a tais atos (houve um período de imunidade judicial), passando o Conselho de Estado francês a admitir “recurso por excesso de poder” como exceção à regra da imunidade jurisdicional, no início do século XIX, o que se deu a princípio quanto aos “vícios de incompetência” e, após, com relação aos “vícios de forma”. Foi elaborada, posteriormente, a doutrina do “desvio de poder”, de modo que o ato administrativo que se afastasse da finalidade legal restaria eivado de ilegalidade⁶⁸¹.

A “teoria do desvio de poder”, com o passar do tempo, impôs à Administração Pública determinadas limitações, não podendo mais decidir em sede de

⁶⁷⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 38.

⁶⁸⁰ Odete Medauar. *O direito administrativo em evolução*, p. 145.

⁶⁸¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 134.

competência discricionária ao talante do administrador, quanto à conveniência e oportunidade.

Num outro momento, o Judiciário passou a controlar os “fatos” mediante a “teoria dos motivos determinantes”. Por fim, vigora atualmente a possibilidade de “controle” do ato administrativo por meio dos “princípios gerais de direito”, tais como “o da boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa”⁶⁸², entre outros.

Hoje o princípio da legalidade deve abranger não apenas a lei formal, e sim os preceitos advindos de um Estado Democrático de Direito nos termos preconizados pela Constituição Federal de 1988, não se limitando à lei instituidora, mas ao ordenamento jurídico como um todo⁶⁸³.

Robusteceu-se o controle jurisdicional sobre a Administração, especialmente em face da defesa dos direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente. Acresce-se a isso a indiscutível necessidade de controle jurisdicional no cenário pátrio, máxime pela perda de credibilidade que se espraia no âmbito do Poder Público.

O controle, mais especificamente o jurisdicional, contém eventual exercício abusivo do poder, visto que o controle em geral é da essência do Estado Democrático de Direito.

Há uma tendência de ampliação do controle sobre o poder discricionário em diversos países, entre eles o Brasil, valendo lembrar o incremento do número de decisões motivadas, especialmente por força das leis de processo administrativo, que, no âmbito federal, é regido pela Lei 9.784, de 29.01.1999⁶⁸⁴.

Também a evolução da motivação dos atos administrativos contribuiu para a ampliação do controle sobre as atividades da Administração Pública.

⁶⁸² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 134-135.

⁶⁸³ Odete Medauar. *O direito administrativo em evolução*, p. 149; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *ibidem*, p. 136-137.

⁶⁸⁴ Odete Medauar, *ibidem*, p. 200-201.

Dos atos não motivados sob a influência da França, onde o dogma “pas de motivation sans texte” obrigou o legislador a intervir (motivação como meio de melhorar as relações entre Administração e cidadãos)⁶⁸⁵, editando norma na qual a motivação é obrigatória, a partir de 1979, revertendo-se o quadro anterior. Nessa “linha coloca-se a tendência à ampliação do controle jurisdicional a aspectos que roçam a conveniência e oportunidade dos atos administrativos”⁶⁸⁶.

Lembra Fernando Pablo que

historicamente a Administração (como o juiz) se justificava perante o executivo e o legislativo, devendo, atualmente, justificar-se antes de tudo, frente à opinião pública. É esse o papel imediato da motivação tanto do ato como da sentença, papel que destaca o princípio de interdição à arbitrariedade dos poderes públicos⁶⁸⁷.

Seja como requisito de validade ou como instrumento de controle do ato administrativo, a motivação ganha relevo no Estado Democrático de Direito, englobando grande potencial de controle (decorrente da teoria dos motivos determinantes).

Ademais, anota Germana de Oliveira Moraes que numa democracia quem dita o Direito é a sociedade e é também conferido ao juiz, máxime ao juiz

⁶⁸⁵ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 18.

⁶⁸⁶ Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 197-199.

⁶⁸⁷ Marcos M. Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*, p. 193. Salienta o autor que no direito constitucional espanhol o princípio de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos é previsto expressamente, tendo sido introduzido no art. 9.3 da Constituição espanhola de 1978, possuindo atualmente duplo significado. Da perspectiva das razões da Administração perante as razões do juiz, “será um conjunto da coletividade que forme opinião e situe a cada um em seu lugar. Da perspectiva do princípio democrático [...] esta segunda função é mais importante ainda que a primeira e está em íntima sintonia com esse alento participativo, com esse legítimo afã de aprofundamento da democracia, como a busca de uma Administração mais transparente e mais próxima ao cidadão que o texto constitucional estimula e as leis posteriores ao mesmo enfaticamente proclamam (especialmente a recente e polêmica Lei 30/1992, de 26 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do procedimento administrativo comum, cuja Exposição de Motivos desenvolve com notável autocomplacência este discurso: ‘A Constituição de 1978 abarca um novo conceito de Administração, submetida à Lei e ao Direito, de acordo com a expressão democrática da vontade popular. [...]’ ‘As novas correntes da ciência da organização aportam um enfoque adicional enquanto mecanismo garantidor da qualidade e transparência da atuação administrativa, configurando diferenças substanciais entre o cenário de 1958 e 1992’; ‘[...] rompendo a tradicional opacidade da Administração [...]; [...] a Lei introduz um novo conceito sobre a relação da Administração com o cidadão [...]’. Suponho que deva dar a estas declarações do legislador todo seu valor e que devem torná-las boas na realidade cotidiana com essa nova concepção do poder público como um instrumento racional a serviço da coletividade, que é, sem dúvida alguma, a da nossa Norma Fundamental”. (*Motivación del acto administrativo*, apud Fábio Medina Osório. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e da Magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 49) (tradução nossa).

constitucional, “o papel de decodificador dos valores (= princípios) que ela aceita em determinado momento e em determinado local”⁶⁸⁸.

O processo de mudança de uma parcial queda do direito por “regras”, ao mesmo tempo em que se constrói o direito por “princípios”, impõe adaptação e gera inúmeros reflexos sobre “a sistematização, a produção e a aplicação do direito”, em que com maior intensidade se dão tais reflexos, em especial sobre os juízes, “a quem compete dizer o Direito por último e com força imperativa para a sociedade”⁶⁸⁹. Não remanesce, pois, espaço para “o juiz autômato, mero aplicador das regras judiciais mediante o método subsuntivo, já superado”. Assim, a produção e aplicação “das normas tendem a confundir-se no processo de concretização dos princípios”⁶⁹⁰.

É de salientar a existência de diferentes sistemas de jurisdição nas legislações alienígenas, tendo-se em conta a possibilidade de decisões administrativas com caráter de definitividade, equivalendo ao chamado “contencioso administrativo”.

Vigora no Brasil o sistema da jurisdição una ou única, podendo todos os litígios ser apresentados ao Poder Judiciário (princípio da inércia da jurisdição⁶⁹¹, ou iniciativa da parte interessada), ainda que presente a Administração Pública, a fim de que a solução do conflito esteja sob o manto da coisa julgada. Tal sistema foi albergado pela Constituição Federal de 1988, pela expressa menção ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário, fundamento de tal controle⁶⁹².

Ao revés, no que diz respeito ao sistema da dupla jurisdição, “os litígios administrativos são apreciados e julgados, de forma definitiva, por órgãos do Poder

⁶⁸⁸ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 186-187.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 185.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁶⁹¹ O controle jurisdicional depende de provocação, salvo a exceção prevista no art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, por intermédio do qual os juízes e os Tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, na hipótese de no curso do processo restar configurada coação ilegal ou sua ameaça.

⁶⁹² “Art. 5.º [...]”

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Executivo, instituídos ao lado e independentemente do Poder Judiciário, compondo o contencioso administrativo⁶⁹³, do qual se extrai a figura do juiz administrativo.

Em análise do direito comparado, cumpre ressaltar que o sistema francês, pela adoção do referido contencioso administrativo, adota o sistema dual de jurisdição, no qual a função jurisdicional é naturalmente exercida por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa⁶⁹⁴.

Já o sistema italiano adota um sistema intermediário de jurisdição⁶⁹⁵ com a presença de juízes comuns e juízes administrativos, competentes para decidir litígios entre particulares e a Administração, atribuindo-se como critério de delimitação de competência a espécie de direito violado. Ainda quanto ao sistema italiano, afirma Araújo Cintra que, “se foi violado o direito subjetivo do particular e ele pretende o ressarcimento dos prejuízos decorrentes daquela violação, o litígio é da competência da justiça ordinária”. Por outro lado, “se houve lesão de seu interesse legítimo por parte da Administração, pretendendo-se impor a esta a observância da norma aplicável, a competência será da justiça administrativa⁶⁹⁶”.

Frisa-se, por oportuno, que a aludida garantia precontenciosa ou preventiva (no sistema dual) apontada no curso do presente estudo é perfeitamente aplicável ao nosso sistema de jurisdição una, na missão de prevenir ações judiciais, ou, ao menos, propiciar sua extinção de plano (*prima facie* – art. 267, II, do Código de Processo Civil), sempre que o juiz vislumbrar por meio da motivação legal (aquela cujos requisitos foram “minimamente” preenchidos) tal possibilidade, evitando-se, assim, a instalação do contraditório e demais atos processuais que levariam ao mesmo desfecho, só que tardiamente, causando prejuízos de monta aos envolvidos e à própria Justiça.

Nas lições de Renato Alessi, o Judiciário exerce primordialmente a função essencial do Estado de garantir, por um lado, o cumprimento das normas mediante a aplicação das mesmas ao caso concreto, e, de outro, por meio de sua atuação

⁶⁹³ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 162.

⁶⁹⁴ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*, p. 807-808.

⁶⁹⁵ Para José dos Santos Carvalho Filho há identidade entre os sistemas de jurisdição francês e italiano (ibidem, p. 808).

⁶⁹⁶ *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 162.

coativa na hipótese em que falte seu cumprimento espontâneo. Responde o Poder Judiciário pela emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários, permanecendo o órgão estatal acima e à margem das relações a que os atos se referem, com o fito de obter a concreção e a atuação coativa dos aludidos atos primários⁶⁹⁷.

Como se disse, incumbe ao Poder Judiciário o dever de dizer o direito em última instância (princípio da independência dos poderes), diferenciando-se o controle jurisdicional do controle interno e das demais modalidades de controle externo por sua característica específica de definitividade. No direito pátrio, compete ao Poder Judiciário⁶⁹⁸ não apenas a função de julgar as causas que lhe são afetas em caráter definitivo, mas, também, velar, como órgão imparcial e guardião da observância ao ordenamento jurídico, pela adequada aplicação das normas que o compõem, abstendo-se de aplicar norma que conflite com o arcabouço constitucional (ordenamento jurídico vigente).

Destarte, deve zelar pela proteção dos direitos e garantias albergados pela Constituição Federal (sustentáculo do sistema jurídico do país), bem como pelos seus princípios e sobreprincípios consagrados pela ordem jurídica.

Cabe ao controle interno como ao judicial examinar o ato administrativo em todo o seu *iter*, verificando o atendimento dos pressupostos que ensejam sua produção válida. O controle jurisdicional pode ao mesmo tempo envolver o controle da função administrativa e da função legislativa e, em grau de recurso, o controle de todas as funções do Estado, de modo a verificar a conformidade do ato com o direito (controle da função administrativa), da legalidade ou constitucionalidade da norma

⁶⁹⁷ Renato Alessi. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 7-8.

⁶⁹⁸ Em seu voto, às páginas 87-89 e 91-92 dos autos, o Ministro-relator Celso de Mello assim se posicionou: [...] Assim, os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, embora amplos, não são ilimitados e nem absolutos, pois nenhum dos poderes da República está acima da Constituição, num estado onde o regime político consagra o Estado democrático de direito. Portanto, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV). [...] A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, § 3.º), “claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar” [...] (Cf. STF – Pleno – MS 23.452-1/RJ – rel. Min. Celso de Mello – v.u. – j. 16.09.1999 – DJ 12.05.2000).

jurídica (controle da função legislativa) e da correta aplicação do direito (controle da função jurisdicional).

Tendo em vista a revisão do ato administrativo a partir de um critério objetivo, tem-se, de um lado, o controle de legalidade, aferível tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, e o controle de mérito, que compreende os aspectos da conveniência e da oportunidade e cuja verificação se restringe, exclusivamente, à esfera dos órgãos administrativos. Assim, há uma área administrativa de decisão, insindicável pelo Poder Judiciário em homenagem ao também princípio constitucional da separação de poderes. Pela abrangência e complexidade do tema, o controle dos aspectos vinculados e discricionários do ato administrativo serão tratados mais detidamente no item 5.2.2 e subitens.

A Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) dispõe que serão nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades que declina em seu art. 1.º, quando praticados com vício de competência, de forma, de ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade (art. 2.º e parágrafo único, *a a e*).

O motivo como um dos elementos indispensáveis à validade do ato está disciplinado pela Lei em comento na alínea *d* do mencionado parágrafo único de seu art. 2.º, preceituando que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”. O “princípio da razoabilidade, como adequação jurídica entre motivo e objeto (conteúdo – na classificação adotada – observação nossa), tendo em vista a finalidade legal, está contido expressamente na parte final do conceito”⁶⁹⁹.

Para aferir a razoabilidade é necessário conhecer os motivos que influíram na decisão administrativa ao adotar certa medida a fim de alcançar a finalidade que emana da lei (implícita ou explicitamente), ocasião em que a motivação exsurge com toda força, eis que é a partir da motivação que os motivos poderão ser apreciados *a posteriori*⁷⁰⁰. Mesmo diante da não-previsão em lei dos motivos autorizadores da

⁶⁹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 207.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, mesma página.

prática do ato (competência discricionária), o motivo falso, inexistente ou sua errônea qualificação (erro de direito – motivo legal), redundam em vício a macular o ato administrativo.

Não é demais reiterar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao alertar que a única maneira de verificar se houve observância ao princípio da razoabilidade se dá pela motivação⁷⁰¹. Acrescenta que é por meio da “motivação que se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins”⁷⁰², razão pela qual entende ser mais adequada uma concepção mais abrangente de motivação, na linha de raciocínio de Araújo Cintra, aproximando-se da linha preconizada por Stassinopoulos, nos termos do conceito de motivação que se adotou no presente trabalho (item 2.1).

Ensina José Osvaldo Gomes que a fundamentação do ato administrativo constitui meio importante na apreciação de sua legalidade, constituindo o *quadro dentro do qual se deverá primeiramente desenvolver o controle jurisdicional*⁷⁰³. Deverá o Judiciário aferir se houve obediência do agente público à lei, examinando a causa do ato administrativo.

Por intermédio da causa (pressuposto lógico) se examina se os motivos (pressuposto objetivo e fundamento legal ou motivo legal) que serviram de base ao agente, “ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”⁷⁰⁴. Na sua ausência (causa), o ato restará maculado de ilegalidade, na medida em que fere a própria racionalidade da norma.

A causa é mais uma análise na aferição pelo Judiciário da validade do ato, além do motivo e da finalidade. A finalidade é importante para a causa, eis que a ordem jurídica preestabelece que exista a relação. A prescrição só pode surtir efeito a partir da relação, e em razão disso a finalidade é essencial na visualização da

⁷⁰¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, p. 207.

⁷⁰² *Ibidem*, mesma página.

⁷⁰³ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 149.

⁷⁰⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 381.

causa do ato⁷⁰⁵, ocasião em que a motivação cumpre o relevante mister de revelar tais pressupostos do ato administrativo.

Menciona José Osvaldo Gomes a decisão do Supremo Tribunal espanhol ao considerar *finalidade primordial da fundamentação a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, estabelecendo a necessária relação de causalidade entre os antecedentes de fato (motivo – observação nossa), o direito aplicável e a decisão tomada*⁷⁰⁶.

Não remanesce dúvida quanto à importância da motivação na verificação dos pressupostos do ato administrativo, entre eles o motivo, a causa e a finalidade, de modo que o controle de legalidade da atividade administrativa pelo Poder Judiciário se efetive de maneira ótima.

A doutrina pátria e alienígena em sua grande maioria consagrou o entendimento de que a motivação serve como instrumento valioso no controle interno, mas especialmente numa das modalidades de controle externo, ou seja, no controle jurisdicional dos atos administrativos, bem como no controle popular.

Também no âmbito do direito comparado a motivação ocupa posição de relevo quando se analisa o controle judicial. Javier Barnes Vazquez, em tópico específico, menciona que

o dever de motivar deve possibilitar a revisão judicial do ato jurídico e é, por conseguinte, um elemento essencial de todo procedimento em um Estado de Direito. A motivação deve possibilitar o conhecimento do raciocínio desenvolvido a fim de compreender-se a linha argumentativa que foi seguida pela Administração até sua resolução⁷⁰⁷.

A lei portuguesa consagrou o dever de fundamentar objetivando garantir a legalidade administrativa e os direitos individuais dos cidadãos perante a Administração, de modo a facilitar eventual impugnação e “a opção consciente entre a aceitação da sua legalidade e a justificação de um recurso contencioso”, o que

⁷⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 381.

⁷⁰⁶ Sentença, de 21.03.1968, citada por Rafael Entrena Cuesta. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. p. 510-511 apud José Osvaldo Gomes, *Fundamentação do acto administrativo*, p. 149-150.

⁷⁰⁷ *El procedimiento administrativo en el derecho comparad*. Madrid: Civitas, 1993. p. 82.

seria frustrado, se não fosse dado ao administrado o conhecimento imediato da fundamentação, mesmo porque o ato pode apenas ter violado a disposição legal que impõe a motivação⁷⁰⁸.

Juan Carlos Cassagne deixa consignado que “[...] é imperioso entender que motivar, em nosso atual modelo, tornou-se dever ineliminável de oferecer fundamentos jurídicos para os atos praticados por agentes públicos, tornando-os objetivamente controláveis”⁷⁰⁹.

Diante disso, a motivação não poderá limitar-se à indicação da norma legal em que se fundamentou “o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressuposto de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para o controle de legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade”⁷¹⁰.

Há, por outro lado, o direito subjetivo do administrado de buscar amparo judicial contra eventual violação pela Administração a bem jurídico seu protegido pelo ordenamento, oportunidade em que se impõe ampla investigação sobre a atuação da Administração, competindo ao juiz tal atribuição.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 confere inúmeras garantias e instrumentos que possibilitam ao Judiciário agir nos limites legais e à Administração atuar em consonância com a legalidade, sob pena de ter seus atos invalidados. Entre eles o princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV), o direito de petição (art. 5.º, XXXIV), a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV), bem como o princípio da legalidade (art. 5.º, II), todos já mencionados.

⁷⁰⁸ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 143.

⁷⁰⁹ Juan Carlos Cassagne. *Principios generales del procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, p. 21, apud Juarez Freitas. *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos*. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98*, p. 105.

⁷¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 207.

O Poder Judiciário, quando da apreciação de litígios, nos quais haja lesão ou ameaça de lesão a direitos⁷¹¹ individuais, coletivos ou difusos, não pode excluir as hipóteses nas quais haja lesão praticada pelo próprio Poder Público.

Para tal intento, permitir-se-á ao administrado, diante de conflitos com a Administração, manejar qualquer dos remédios constitucionais (mandado de segurança, ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, como meios específicos), além de utilizar de meios inespecíficos, como as ações ordinárias (procedimento comum), a ação penal, os interditos possessórios, a nunciação de obra nova, a consignação em pagamento etc.)⁷¹². Ressalta-se, ainda, a ação de inconstitucionalidade de ato normativo e ação civil pública.

A motivação no âmbito de todos os procedimentos aludidos apresenta grande relevância, especialmente como instrumento de garantia e de preservação dos direitos fundamentais. Não é outro o entendimento de Vieira de Andrade ao averbar que a obrigatoriedade da fundamentação possui um papel tipicamente de

garantia funcional, com a pretensão de assegurar a *racionalidade* e a *controlabilidade* dos momentos característicos da função administrativa, daqueles em que os órgãos da Administração tomam decisões de autoridade que produzem modificações jurídicas no mundo externo, onde o dever de fundamentação é sempre uma *condição geral objetiva* dos direitos fundamentais, vez que condiciona, garante e promove a realização efetiva de alguns desses direitos⁷¹³ (grifos do autor).

Por sua vez, o estudo da jurisprudência se traduz em importante complemento dos ensinamentos teóricos de grandes doutrinadores aqui referidos. Por meio das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios e também pela análise do direito comparado, por intermédio dos pretórios alienígenas, torna-se mais nítida a verificação de como se dá o controle judicial dos atos da Administração Pública mediante a motivação. A jurisprudência, quando pertinente, também vem sendo objeto de estudo ao longo do presente trabalho, inclusive no capítulo ora em questão, especialmente no tópico a seguir.

⁷¹¹ Cf. art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal/88.

⁷¹² José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*, p. 814.

⁷¹³ José Carlos Viera de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 215.

5.1.6.1 A motivação na jurisprudência brasileira

No Brasil, assim como ocorreu no direito alienígena, a jurisprudência e a doutrina exerceram papel relevante no dever de motivar, cuja influência restou encampada pela Constituição Federal e, mais recentemente, em sede de legislação ordinária, pela Lei Paulista 10.177/1998 e Lei Federal 9.784, de 29.01.1999, que regulamentam o processo administrativo, no âmbito paulista e federal respectivamente, além de inúmeros diplomas legislativos estaduais pertinentes ao tema, como apontado ao longo do presente estudo e, mais especificamente, no item 3.2. Conforme já aludido, o advento da Lei Federal em comento foi a grande novidade no ordenamento jurídico pátrio, que não conta com um Código de Processo Administrativo, mas com leis esparsas disciplinando alguns procedimentos.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, proferia suas decisões quase sempre em prol do Poder Público. Nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo,

[...] o dever de motivar surgiu e ampliou-se à medida que o STF abandonava posturas de imunização quase total dos atos administrativos ao controle jurisdicional para, em consonância com os modernos postulados do Estado de Direito, admitir o exame da legalidade em todos os sentidos, aí incluindo o controle dos limites da discricionariedade⁷¹⁴.

Registra que um dos primeiros julgados em que a motivação é expressamente mencionada deu-se em 12.05.1915, cuja sentença foi julgada procedente e reexaminada na Apelação Cível 2.091, em que o Supremo Tribunal Federal⁷¹⁵ assim decidiu:

Os empregados públicos que não forem declarados vitalícios, por expressa disposição da lei, ou cuja demissão não depender de formalidade, também expressamente consagradas em preceitos legais, podem ser demitidos livremente pela administração pública. O

⁷¹⁴ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 183-184.

⁷¹⁵ Cf., a propósito, ementa da Apelação 383, de 19.09.1900, na qual, declarando ilegal a reforma de um oficial da brigada policial, o Poder Judiciário não pode mandar reintegrá-lo no exercício do posto de que foi privado, mas somente pagar-lhe todos os vencimentos respectivos (*O Direito*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 74-75, jan.-abr. 1901, apud Florivaldo Dutra de Araújo, *ibidem*, p. 184).

Governo não está obrigado a motivar o ato de demissão (*Revista do Supremo Tribunal*, p. 211-215, jul.-set.1916).

Colhe-se de trecho do voto divergente de Pedro Lessa, supratranscrito, que, à época, já havia posições dissonantes: “Demitir um funcionário que procedeu corretamente, que o próprio governo demitente não o acusa de ato censurável, não é, por certo, usar do prudente arbítrio que devem ter os governos”. No mesmo sentido, o voto divergente de Pedro Mibielli, na Apelação Cível 4.116, de 24.01.1923:

Não obstante não contar o apelante dez anos de serviço, no domínio do Regulamento 8.620, de 1911, art. 83, não era ele demissível *ad nutum* porque a demissão era a mais grave das penas impostas ao funcionário titulado da Estrada de Ferro Central, e não se impõe uma pena *ex auctoritate*, sem que, ao menos, o funcionário alcançado por essa penalidade saiba dos motivos ou faltas que legitimaram sua imposição⁷¹⁶.

Lembra esse autor que o Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* 9.301, de 1923, passou a examinar os elementos fáticos que envolveram a prática do ato administrativo com finalidade diversa daquela legalmente preceituada (“desvio de poder”). Tal julgado representou avanço, máxime por corresponder ao pensamento de muitos à época e até mesmo nos dias de hoje, eis que grande parte dos doutrinadores considera que a apreciação dos conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados pode inserir-se no âmbito da discricionariedade administrativa⁷¹⁷. Tal orientação jurisprudencial foi reiterada ao longo dos anos.

A noção de desvio de poder como “vício de legalidade do ato administrativo foi construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do famoso caso *Lesbats*”, julgado em 25.02.1864 e mantido em 07.06.1865. Nas lições de Caio Tácito, o desvio de poder é “um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras”, visando impedir

⁷¹⁶ Florivaldo Dutra de Araújo, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 184-185.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 186-190.

que o agir do agente público seja pautado pela consecução de “um fim de interesse privado ou até “mesmo de outro fim público estranho à previsão legal”⁷¹⁸.

Entre nós, o acórdão pioneiro acolhendo a noção de “desvio de finalidade” data de 28.07.1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado por Seabra Fagundes, em analogia ao precedente francês “caso Lesbats”. Cuidava de mandado de segurança sobre o exercício do poder de polícia do trânsito, em que a autoridade estadual fixou horário para tráfego de uma determinada empresa de ônibus que implicava prejuízo desta e em benefício de outra empresa concorrente. O Tribunal decretou a nulidade do ato por não atender à finalidade legal do “bom funcionamento do serviço de transporte” por objetivar fim estranho em prol de terceiros⁷¹⁹.

Com a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), a “teoria do desvio de poder” alcançou definitiva consagração na jurisprudência pátria, eis que em seu art. 2.º preceitua que o ato administrativo incorrerá em nulidade, quando se verificar que “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na regra de competência” (art. 2.º, e).

Exemplifica-se a questão do desvio de finalidade, apontado de forma expressa, na ementa do Superior Tribunal de Justiça, de 1996, abaixo colacionada:

Administrativo. Licenciamento de militar. Alegada conveniência do serviço destituída de motivação. Legitimidade do ato por desvio de finalidade. 1. Frente à obrigatoriedade de os atos administrativos serem motivados, impõe-se que a conveniência do serviço, invocada para exclusão do militar, seja devidamente revelada [...]. Intimamente relacionada com o conceito do comportamento no qual se viu classificado o recorrente, por força de sua autuação em flagrante, pela prática de delito culposo decorrente do disparo acidental de arma de fogo, a alegada conveniência do serviço, sem uma causa séria e idônea que a justifique, para o licenciamento do servidor militar, *traduz ação abusiva da administração a tornar inválido o ato praticado por desvio de finalidade*. [...] Recurso provido (STJ – 6.ª T. – REsp 34.749 – rel. Min. Anselmo Santiago – v.u. – j. 12.02.1996 – DJ 13.05.1996) (grifos nossos).

⁷¹⁸ Caio Tácito. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 1, p. 29-30.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 31. Cf.: *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 52.

Posteriormente ao julgamento do mencionado *Habeas Corpus* 9.301, de 1923, que representou grande abertura, eis que ajuizado a fim de garantir “o direito à exploração de um cabaré, que a polícia vedara sem fundamentação, sendo que no mesmo prédio já funcionava outro cabaré”⁷²⁰, houve um retrocesso quanto ao dever de motivar, ocasião em que Supremo Tribunal Federal, no ano de 1952, dispensou a motivação em sede de competência discricionária, ainda que os motivos expressos fossem insubsistentes: “Ato administrativo, quando decorrente do poder arbitrário, não se invalida pelo fato de ter sido ociosamente ‘motivado’, vindo a demonstrar-se a improcedência ou inexistência dos ‘motivos’”⁷²¹, adotando, desde então, entendimento no sentido oposto ao que vinha externando.

No mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal: “O reformado ou aposentado pelo art. 177 da Constituição não pode pretender a revisão [...] da medida adotada, mesmo se injusta”, por ser “insuscetível de exame judicial a motivação do ato de afastamento”⁷²².

Contudo, na mesma época, o acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 19.720, de 1952, aplica em nossa jurisprudência o conceito de “autolimitação do poder discricionário”, na esteira de Maurice Hauriou, o que significa dizer que quando a “motivação não é legalmente obrigatória cabe ao juiz examinar os fatos invocados pela administração, a fim de controlar o excesso de poder que macule a legalidade do ato”⁷²³, cujo trecho do voto do Ministro-relator Orosimbo Nonato transcreve-se:

[...] na vigência do art. 177 da Carta de 1937, vivificado pela Lei Constitucional n. 2, de 1938, podiam ser aposentados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou conveniências do regime.

Em tais casos, por força de preceito inelutável, não se podia fazer sentir a censura do Judiciário.

⁷²⁰ À época não havia sido instituído o mandado de segurança, razão pela qual houve a impetração de *habeas corpus* (Florivaldo Dutra Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 185).

⁷²¹ *Ibidem*, p. 187-188.

⁷²² *Revista de Direito Administrativo*, v. II, p. 724; *Revista de Direito Administrativo*, v. 28, p. 98, apud Caio Tácito. Controle dos motivos nos atos discricionários, *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 355-356, 1954.

⁷²³ Caio Tácito. *Ibidem*, p. 354-355.

Se este, como órgão da soberania, tem sua função específica em “dizer”, em “declarar” o direito, nos casos litigiosos, é certo, entretanto, que a lei política suprema de então retirava o caso do âmbito de sua jurisdição.

[...] Funda-se o venerando aresto recorrido em que, ao revés do ato de Império, pode o ato discricionário incidir na apreciação funcional do Poder Judiciário, quando motivado ou quando a lei o permite por motivos mais ou menos definidos.

O reconhecimento da existência de ato discricionário não importa o da existência de uma “órbita de abuso”, de um “campo de ilimitada expansão, onde a autoridade possa matar a fome do arbítrio ou saciar a sede da violência”, como se exprime Nogueira Itagiba (*O pensamento político universal e a Const. Bras.*, v. I, p. 637).

E corrobora Velasco, citando Goodnow e Hauriou:

[...] “el poder discrecional sigue siendo jurídico no um poder arbitrário, es una discreción legal por razon de la cual no puede adoptar medidas arbitrarias, caprichozas, inquisitoriales e opresivas” (*El acto administrativo*, p. 156-157).

Está assim, sujeito a temperamentos que possam derivar do *détournement de pouvoir*, consoante a lição de Garcia Oviedo (*Der. Adm.*, 2. ed., p. 80-81):

[...] “Não importa para que se reconheça a situação discricional, que haja lei, desde que esta permita à Administração operar com liberdade de movimento”.

[...] A só limitação, pois, que se arma contra a expansão do ato discricionário é a vedação do desvio de poder, aplicação, no campo administrativo, da doutrina do abuso do poder, com a qual, entretanto, não se confunde inteiramente.

[...] No caso, entretanto, não se pode relegar a oblióvio a situação política em que o princípio constitucional foi estabelecido e que representava para o Executivo, arma de usos amplíssimos, em nome das conveniências da administração e do regime novo que se criava, de origem caracteristicamente revolucionária. No julgamento da adaptação dos funcionários a esse regime diferente foi que se reservou ao Executivo função que excluía a intervenção de outros poderes.

É certo, ainda, que aquele regime não perdura, voltando-se a um sistema de garantias a cidadãos e a funcionários que lutam arca a arca com aquela discricionalidade absoluta.

[...] A causa, pois, nos aspectos assinalados não se mostra favorável aos recorridos.

Dá-se, porém, que a aposentadoria dos recorridos se deu “tendo em vista” o que consta de processos de numeração expressamente mencionada.

E tais processos não existem. Não houve inquéritos administrativos.

A informação de fls. 97, do Sr. Chefe do Departamento de Administração, é terminativa:

“Não existem os processos [...]. Esses números de ordem correspondem apenas às aposentadorias determinadas pela autoridade superior ao órgão de pessoal incumbido de elaborar os atos, que tinham que ser feitos rigorosamente de acordo com o modelo n. V-8 (aposentadoria pelo art. 197 – em cargo de carreira “Modelos de Decretos” [...]. Muitas vezes se vê a administração em dificuldades para confeccionar determinado ato por não se ajustar o mesmo aos modelos [...].

[...] O esclarecimento não pode deixar de ser recebido como expressão da verdade. [...] Entretanto, inexistem os processos a que eles aludem, o que torna tais atos materialmente incompletos, tornando-se patente sua desformalização”.

[...] O ato discricionário está sujeito, também, ao requisito da forma (vide Seabra Fagundes, *O controle de atos adm.*, 2. ed., p. 95, citando Aurelino Leal, Rui Barbosa e Bonnard), e, demais disso, aludindo a fundamento que constaria de processo (tendo em vista o que consta) apresentou causa fora do exercício do poder discricionário. [...]

Assim, conheço do recurso pela letra d. E, passando a julgar a causa, nego provimento ao apelo, tendo em vista as razões expostas⁷²⁴.

Extrai-se de trecho do voto colacionado que sob a égide do art. 177 da Constituição de 1937, revigorada pela EC 2, a discricionariedade não possuía limites, eis que absoluta, ficando o que vem a ser interesse público ao alvedrio do Executivo. Nesse sentido, firmou-se o entendimento jurisprudencial de que o chefe do Executivo podia aposentar servidores públicos sem a devida motivação⁷²⁵, na trilha do retrocesso por volta do ano de 1952, supra-aludido.

Entretanto, no mesmo acórdão acima transcrito, o Ministro-relator, acompanhado pelo Ministro Nélson Hungria, entendeu que a Administração (Governo), ao se referir a determinado processo, vinculou o ato à motivação alegada, afastando a faculdade discricionária que lhe competia. Afirmou o Ministro Orosimbo Nonato, com o apoio unânime da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, que o controle dos motivos de interesse público “arredaria, contra texto expresso de lei, o juízo exclusivo do governo” (*Revista de Direito Administrativo*, v. 28, p. 98). Nesse passo, pontua Caio Tácito que, a partir de tal premissa “de discricionariedade plena da aposentadoria em causa, entendeu, porém, o ilustre relator do feito” [...]

⁷²⁴ Caio Tácito. Controle dos motivos nos atos discricionários, p. 352-354.

⁷²⁵ Ibidem, p. 355.

“que o governo, tendo feito constar no preâmbulo do decreto a remissão a determinado processo, renunciou a essa faculdade discricionária e vinculou o seu ato à motivação alegada”.

Nas palavras de Caio Tácito, “inexistindo o processo ali referido, são ‘tais atos materialmente incompletos’, torna-se patente sua desformalização”. Decorre daí “a afirmação de nulidade do ato em virtude de falso motivo”⁷²⁶. A motivação estaria nas expressões que compunham o decreto de aposentadoria, “tendo em vista o processo n. [...]”, e “a referência numérica não correspondia, porém, a processo propriamente dito, mas ao expediente em que, sem enunciação de razões, foi determinada pelo Governo a aposentadoria dos recorridos”⁷²⁷. Acrescenta que a “ordem administrativa, que se materializou formalmente no ato da aposentadoria, não foi senão a livre manifestação do ‘juízo exclusivo do governo’ que, por sua essência, excedia ao plano da perscrutação judicial”. Conclui que a

motivação sintética, que se cuidou afirmada na remissão introdutória ao ato, não bastaria, aliás, para exaurir o conteúdo discricionário da medida que, dentro do sentido autoritário a ela emprestado na Constituição de 1937, era, essencialmente, ato político de defesa do regime e das instituições administrativas moldadas à sua imagem⁷²⁸.

Diante disso, Caio Tácito manifestou discordância da maioria vencedora do Supremo Tribunal Federal, “sem embargo da fidelidade à opinião de que a motivação voluntária do ato administrativo possibilita, em tese, o controle jurisdicional de sua exatidão material ou jurídica”⁷²⁹.

Em 1963, a orientação restritiva restou superada, tendo o Supremo Tribunal Federal⁷³⁰ considerado arbitrária a exoneração de Procurador Autárquico Federal, nomeado interinamente, cuja nomeação foi tornada sem efeito, sob a alegação de ausência de vaga que autorizasse a interinidade pela Administração Pública, restando provado nos autos que tal vaga existia e, por via de consequência, a exoneração foi reputada arbitrária (pressuposto de fato falso)⁷³¹. Após, a Suprema

⁷²⁶ Caio Tácito. Controle dos motivos nos atos discricionários, p. 356-357.

⁷²⁷ Ibidem, mesma página.

⁷²⁸ Ibidem, p. 357-358.

⁷²⁹ Ibidem, mesma página.

⁷³⁰ Apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 189.

⁷³¹ Ibidem, mesma página.

Corte manteve tal posição, no sentido de que a validade do ato administrativo está adstrita aos motivos alegados no âmbito da motivação contemporânea à prática do ato (teoria dos motivos determinantes).

Em 07.06.1966, o Supremo Tribunal Federal, valendo-se ainda da teoria dos motivos determinantes como importante obstáculo ao arbítrio, assim decidiu:

Recurso a que se deu provimento para restabelecer sentença de primeira instância, concessória de segurança. Alvará de autorização ou “licença” para o exercício do comércio. Poder de polícia da administração. Discricionarismo e arbítrio. O ato administrativo está sujeito aos ditames da lei e, quando motivado, ao exame da motivação. Não se pode fazer do fato consumado um monumento contra a justiça (STF – 2.^a T. – RMS 14.164/CE, rel. Min. Pedro Chaves – v.u. – j. 07.06.1966 – DJ 26.04.1967)⁷³².

Confira-se, a propósito, em data mais recente, julgado de 1982 do Supremo Tribunal Federal:

Mandado de segurança. Anistia. Magistrado. Reversão ao serviço ativo. Pressupostos negativos do deferimento. Ato administrativo vinculado. Postas, na lei, as condicionantes negativas de reversa ao serviço ativo do servidor anistiado, a validade do ato administrativo indeferitório está condicionada como requisito essencial, aos respectivos motivos determinantes, cuja existência e congruência se submetem ao controle judicial. Invalidez do ato indeferitório que não expressa a necessária motivação legal, igualmente inexistente no processo administrativo que lhe dá suporte. Mandado de segurança concedido, em parte (STF – MS 20.274/DF – rel. Rafael Mayer – m.v. – DJ 13.08.1982).

Destarte, a Corte Suprema condicionou a validade do ato administrativo aos motivos externados na motivação pelo agente público. Resta clara a importância da teoria dos motivos determinantes na evolução da motivação no âmbito jurisprudencial, seguindo o Superior Tribunal de Justiça a mesma trilha, como se extrai das seguintes ementas:

Administrativo. CEF. Concurso público. Vinculação ao edital. Teoria dos motivos determinantes. Motivação. Recurso especial.

1. Não se conhece do recurso especial pela alínea "a" se a ausência de fundamentação impede a exata compreensão da controvérsia. Súmula 284 – STF.

⁷³² No mesmo sentido: STF, 2.^a T., RMS 14.164/CE, rel. Min. Pedro Chaves, v.u., j. 07.06.1966, DJ 26.04.1967.

2. Está a Administração Pública, aí incluída a CEF, vinculada aos critérios estabelecidos em edital de concurso.
3. Não é razoável o ato administrativo que desclassifica o candidato do certame sem qualquer motivação, cabendo ao Poder Judiciário coibi-lo.
4. Recurso conhecido e não provido (STJ – 5.^a T. – REsp 72.747/SP – rel. Min. Edson Vidigal – v.u. – j. 06.10.1998 – DJ 09.11.1998).

No mesmo sentido, no ano de 2002:

Administrativo. Ministério Público do Distrito Federal. Promotora. Afastamento para realização de curso no exterior. Prazo. Prorrogação. Lei Complementar 75/93. Ato administrativo. Teoria dos motivos determinantes. [...] Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. No caso, se o Conselho Superior do Ministério Público autorizou o afastamento da recorrente sob a premissa de ser relevante e conveniente para a instituição a realização do curso referenciado, vinculou-se a tal motivação não podendo retroceder sob a alegação de que a fração do período letivo não se conformava com as duas quantidades máximas contidas no permissivo da Lei Complementar n. 75/93. Segurança concedida (STJ – 6.^a T. – ROMS 10.165/DF – rel. Min. Vicente Leal – m.v. – j. 29.06.1999 – DJ 04.03.2002).

A despeito da mudança de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 1963, no sentido de abandonar a idéia restritiva quanto ao dever de motivar, encontravam-se ainda julgados em sentido contrário⁷³³.

Após o reconhecimento da teoria dos motivos determinantes, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido da obrigatoriedade da motivação dos atos discricionários, sob pena de invalidade e arbitrariedade, como denotam inúmeros arestos, tal como o Recurso Extraordinário 69.486, julgado em

⁷³³ Confira-se a ementa: Professora. Remoção desfeita, embora fosse decretada sem motivação e permitindo a lei pudesse ser feita em qualquer época do ano. Não houve reclamação de qualquer outra professora. O ato administrativo de que resulte vantagem para o particular só pode ser desfeito, quando manifestamente ilegal ou em obséquio aos princípios da moralidade administrativa (STF – Pleno – RMS 9774 – rel. Min. Gonçalves de Oliveira – j. 02.05.1963, DJ 30.05.1963). No ano de 1968, o Supremo Tribunal Federal também dispensou a motivação na ausência de previsão legal, considerando livre a apreciação em ato discricionário, como se depreende de trecho do julgado a seguir: O controle judicial só se exerce sobre o ato administrativo motivado. Caso em que a lei exige o motivo, mas não a sua comprovação. Apreciação da idoneidade de candidatos a juiz. Ato discricionário. Livre apreciação exclui a motivação das razões do ato. Denegação do pedido (STF – 2.^a T. – RMS 16.807/PE – rel. Min. Themistocles Cavalcanti – v.u. – j. 06.03.1968 – DJ 28.06.1968).

18.11.1970⁷³⁴, no qual o Procurador da República Xavier Albuquerque sustentou que a motivação somente seria obrigatória diante de exigência legal ou em decorrência da natureza do ato, com embasamento na doutrina pátria e alienígena. O Ministro Bilac Pinto defendeu a validade do ato, sob o argumento de que diante da presunção de legalidade do ato administrativo a motivação era dispensável e, mesmo se exigível, por tratar-se de órgão colegiado com representantes do Governo e setores produtivos da economia, a fundamentação estava contida nas discussões travadas pelo órgão (Conselho de Política Aduaneira)⁷³⁵. Aliomar Baleeiro encabeçou a corrente vencedora, declarando que “O ato administrativo discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal”⁷³⁶.

Em 1971, o Supremo Tribunal Federal já afastava o arbítrio na dispensa imotivada de servidor público, valendo-se da Súmula 21:

Servidor público em estágio probatório. Ato administrativo examinado em face de sua motivação. Exoneração fundada na conveniência do serviço. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado, nem demitido, sem inquérito, ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Súmula 21. Recurso extraordinário não conhecido (STF – 2.ª T. – RE 61.401/GB – rel. Min. Eloy da Rocha – j. 09.03.1971 – DJ 03.11.1971)⁷³⁷.

O Tribunal Superior do Trabalho igualmente vem exigindo a motivação nos termos da Súmula 21:

Recurso do Ministério de Reintegração. Servidor municipal celetista concursado. Demissão imotivada no curso no estágio probatório. A demissão do servidor celetista concursado no curso do estágio probatório somente é válida quando houver motivação pautada na avaliação de desempenho de que cogita o § 4.º do artigo 41 da Constituição Federal, pois, do contrário, a simples demissão imotivada de empregado público concursado será arbitrária e contrária ao princípio da motivação dos atos administrativos, podendo se constituir em nítido ato de império, implementando verdadeira denegação do sistema de garantias do cidadão contra o Estado, quando atua à margem do ordenamento jurídico. [...] Neste diapasão o colendo STF já firmou jurisprudência pacífica ao editar a Súmula n. 21 que dispõe: "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as

⁷³⁴ *Revista de Direito Administrativo*, n. 108, p. 276-295. Apud Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 190-192.

⁷³⁵ Florivaldo Dutra de Araújo. *Ibidem*, p. 190-192.

⁷³⁶ *Ibidem*, mesma página.

⁷³⁷ No mesmo sentido: STF, 2.ª T., RE 61.401/GB, rel.Min. Eloy da Rocha, j. 09.03.1971, DJ 03.11.1971.

formalidades legais de apuração de sua capacidade". Revista provida (TST – 1.^a T. – RR 570.987/99 – rel. Juiz Vieira de Mello Filho – v.u. – j. 02.04.2003 – DJ 02.05.2003).

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal sumulou que: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” (Súmula 684, de 24.09.2003).

Quanto à motivação no âmbito da competência discricionária, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 1978, manifestou-se pela sua necessidade na efetivação do princípio da legalidade:

O STF já firmou o entendimento de que o Conselho de Política Aduaneira, ao fixar pauta de valor mínimo nos termos dos arts. 9 e 22, *d*, ambos da Lei n 3.244/57, deve motivar sua resolução editada para esse fim, por causa do princípio da legalidade que domina a formação de qualquer ato administrativo, não podendo, assim, o referido órgão, determinar aquela pauta sem fundamentar-se na intercadência ou no "dumping" a que se reporta a primeira norma supracitada (STF – 1.^a T. – RE 76.601 – rel. Min. Antônio Neder – v.u. – j. 12.09.1978 – DJU 06.10.1978)⁷³⁸.

O Superior Tribunal de Justiça⁷³⁹ tem firmado o entendimento no sentido da indispensabilidade da motivação, eis que não se confunde discricção com arbítrio, como se segue:

⁷³⁸ No mesmo sentido: STF, 1.^a T., RE 76.790/SP, rel. Antonio Neder, v.u., j. 12.09.1978, DJ 06.10.1978; STF, 1.^a T., RE 77.221/SP, rel. Antonio Neder, v.u., j. 12.09.1978, DJ 06.10.1978; RE 77.264/SP, 1.^a T., rel. Antonio Neder, v.u., j. 12.09.1978, DJ 06.10.1978. E ainda: “Longe fica de vulnerar o art. 6.º, parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou a remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariade e Controle Judicial)” (STF– 2.^a T. – RE 131.661-ES – rel. Min. Marco Aurélio – v.u. – j. 26.09.1995 – DJ 17.11.1995).

⁷³⁹ No ano de 2000, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: Constitucional – Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Concurso público – Magistratura estadual – Entrevista – Investigação social e da vida pregressa – Ato administrativo discricionário – Motivação – Caráter subjetivo – Impossibilidade – Presunção de inocência (art. 5.º, inciso LVII, CF) – Inexistência de punição referente a processo disciplinar, por retenção de autos, junto a OAB/BA – Candidato aprovado – Situação fática consolidada – Nomeação 1. O ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. *Estes três pilares do direito administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato.* Tratando-se, na espécie, de ato do tipo discricionário e não vinculado – posto que visa a examinar a vida pregressa e investigar socialmente o candidato à admissão em concurso público –, uma vez delimitada a existência e feita a valoração, não há como o administrador furtar-se a tais fatos. Não se discute, no caso *sub judice*, se o ato que prevê a análise da conduta pessoal e social do indivíduo, através da apuração de toda sua vida anterior, é legal ou não, porquanto, notoriamente sabemos que o é. Há previsão tanto na lei (LOMAN, art. 78, § 2.º), como nas normas editalícias. Entretanto, o que não se pode aceitar é que este ato, após delimitado e motivado, revista-se do

Corpo feminino da reserva da Aeronáutica. Direito a permanecerem as militares em atividade, cumpridas as formalidades previstas na legislação pertinente – Lei 6.924/81, artigo 13; Lei 6.837/80; Decreto 86.325/81. Comprovado o preenchimento das exigências legais e regulamentares pelas impetrantes, não podia a autoridade impetrada desligá-las, sem a motivação exigida dos respectivos atos. Diferença entre ato discricionário e ato arbitrário. Mandado de segurança concedido (STJ – 1.^a Seção – MS 944/DF – rel. Min. Américo Luz – v.u. – j. 10.09.1991 – DJ 21.10.1991)⁷⁴⁰.

Validou ainda essa Corte de Justiça, ato administrativo acompanhado da devida motivação, o que denota o crescimento de sua importância no direito pátrio atual:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Remoção. Motivação. Ilegalidade. Inexistência.

1. É válido o ato de remoção *ex officio* de servidor público, adequadamente motivado e ajustado à lei.
2. Recurso improvido (STJ – 6.^a T. – ROMS 13.550/SC – rel. Min. Hamilton Carvalho – v.u. – j. 10.09.2002 – DJ 04.08.2003).

Sob a égide da Lei Federal 9.784/1999, o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se expressamente sobre a motivação legal, ou seja, acompanhada dos requisitos apontados no item 2.6 deste estudo, como se colhe da seguinte ementa:

Administrativo. Mandado de segurança. Indeferimento de autorização para funcionamento de curso superior. Ausência de motivação do ato administrativo. Nulidade.

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos

caráter da subjetividade, gerando uma verdadeira arbitrariedade. [...] 4. Recurso conhecido e provido [...] (STJ – 5.^a T. – RMS 11.336/PE, Min. Jorge Scartezini – j. 07.11.2000 – DJ 19.02.2001) (grifos nossos).

⁷⁴⁰ No mesmo sentido: “O ato administrativo nunca é totalmente revestido de poder discricionário. Sempre existe um quê vinculante. Cabia ao impetrado juntar o parecer da CPG ou, então, motivar diretamente seu ato. Em não o fazendo, tal decisão revestiu-se de arbitrariedade. Precedentes do STJ” (STJ – 3.^a Seção – MS 3.500-2/DF – rel. Min. Adhemar Maciel – v.u. – j. 17.11.1994, DJ 19.12.1994). E mais: “Recurso especial – Mandado de segurança – Transferência de servidor público – Ato discricionário – Necessidade de motivação – Recurso provido. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. 3. O recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência *ex officio*, para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido” (STJ – 6.^a T. – ROMS 15.459 – rel. Min. Paulo Medina – v.u. – j. 19.04.2005 – DJ 16.05.2005).

discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1.º, da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. [...]

3. Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo (STJ – 1.ª Seção – MS 9.944/DF – rel. Min. Teori Albino Zavascki – v.u. – j. 25.05.2005 – DJ 13.06.2005).

Cada vez mais resta patente o amparo aos direitos individuais constitucionalmente protegidos e a invalidação de ato administrativo desmotivado, como se lê do seguinte julgado:

Administrativo. Servidor público. Remoção. Ato não motivado. Nulidade. Art. 8.º, inciso I, da Lei Estadual n. 5.360/91. Prerrogativa de inamovibilidade. Inexistência. Precedentes. Recurso provido.

I – O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes. [...]

III – No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.

IV – Recurso provido (STJ – 5.ª T. – ROMS 12.856/PB – rel. Min. Gilson Dipp – v.u. – j. 08.06.2004 – DJ 1.º.07.2004)⁷⁴¹.

Vem-se firmando a dimensão material da motivação cuja omissão impõe a nulidade do ato administrativo, como se depreende da ementa do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrita:

Administrativo. Recurso especial. Agravo regimental. Servidora pública. MRE. Oficial de chancelaria. Consulado em Viena. Lei n. 8.829/93. Prazo. Ato de remoção *ex officio*, sem motivação. Nulidade decretada.

⁷⁴¹ Confira-se também: Mandado de segurança. Servidor público. Auxiliares locais de embaixadas brasileiras no exterior. Remoção. Ausência de motivação do ato. Nulidade. Ajuda de custo. Pagamento. Necessidade. 1. Em tendo sido as impetrantes enquadradas no Regime Jurídico Único instituído pela Lei n. 8.112/90 (cf. MS n. 4.811/DF, da minha relatoria, DJ 19.02.2001), os seus deslocamentos só poderiam se dar nos estritos termos do artigo 36 da Lei n. 8.112/90, que determina a necessidade de motivação do ato administrativo de remoção. Precedente. 2. Ademais, "Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais" (artigo 53, parágrafo 1.º, da Lei n. 8.112/90), do que também resulta a ilegalidade do ato impugnado. 3. Ordem concedida (STJ – 3.ª Seção – MS 8.383/DF – rel. Min. Hamilton Carvalho – v.u. – j. 26.11.2003 – DJ 19.12.2003).

1. Consoante se depreende da Portaria de 22 de março de 1994 (fls. 27), não houve qualquer motivação no ato de remoção *ex officio* da servidora, ora agravada, que justificasse o não cumprimento dos prazos estabelecidos na Lei n. 8.829/93, que é de no mínimo 04 (quatro) anos e no máximo 10 (dez) anos. Logo, em homenagem aos princípios da impessoalidade, licitude, moralidade e publicidade, *considero tal ato administrativo nulo, porquanto afetado por vício insanável de ausência substancial em seus elementos constitutivos*. Aplicação da Súmula 149 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Infringência aos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.829/93 reconhecida.

2. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido (STJ – 5.^a T. – AGRESP 258.949 – rel. Min. Jorge Scartezini – v.u. – j. 19.09.2002 – DJ 11.11.2002) (grifos nossos).

O Supremo Tribunal Federal⁷⁴² averba a motivação *aliunde* ou *per relationem*, a exemplo das ementas que se seguem:

Motivação *per relationem* constante da deliberação emanada da comissão parlamentar de inquérito

Tratando-se de motivação *per relationem*, impõe-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – quando esta faz remissão a elementos de fundamentação existentes *aliunde* ou constantes de outra peça – demonstrar a efetiva existência documento consubstanciador da exposição das razões de fato e de direito que justificariam o ato decisório praticado, em ordem a propiciar, não apenas o conhecimento do que se contém no relato expositivo, mas, sobretudo, para viabilizar o controle jurisdicional da decisão adotada pela CPI. É que tais fundamentos – considerada a remissão a eles feita – passam a incorporar-se ao próprio ato decisório ou deliberativo que a eles se reportou. Não se revela viável indicar, *a posteriori*, já no âmbito do processo de mandado de segurança, as razões que deveriam ter sido expostas por ocasião da deliberação tomada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, pois a existência contemporânea da motivação – e não a sua justificação tardia – constitui pressuposto de legitimação da própria resolução adotada pelo órgão de investigação legislativa, especialmente quando esse ato deliberativo implicar ruptura da cláusula de reserva pertinente a dados sigilosos⁷⁴³.

Em decisão de junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal, embora não lhe tenha atribuído a terminologia motivação por referência ou *aliunde*, a ela se reportou nos seguintes termos:

EMENTA: I – Presidente da República: [...] II – Mandado de segurança: [...] III – Servidor público: demissão: motivação suficiente do ato administrativo.

⁷⁴² Cf. STF, Pleno, MS 20.012/DF, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 11.12.1974, DJ 11.04.1975.

⁷⁴³ STF, Pleno, RMS 23.452-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 16.09.1999, DJ 12.05.2000.

Nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia (1.^a T. – AI 237.639 – AgR – Pertence – DJ 19.11.1999)⁷⁴⁴.

Indiferente que o parecer a que se remete a decisão também se reporte a outro parecer: o que importa é que haja a motivação eficiente – na expressão de Baleeiro, controlável *a posteriori*. [...] ⁷⁴⁵.

Deflui dos julgados transcritos o papel da jurisprudência na evolução da motivação e de seu potencial como instrumento de controle do ato administrativo.

5.2 Diferença de incidência no regime da vinculação e discricionariedade

A Administração Pública no desempenho de suas funções se vale de poderes, que nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello são “deveres-poderes” vinculados e discricionários, para o fiel cumprimento da função administrativa na consecução de seus fins, os quais são impostos por lei, de modo a preencher a conduta prevista na norma legal, praticando, para tanto, os denominados atos “vinculados” e “discricionários”⁷⁴⁶.

Importante é a advertência quanto à terminologia empregada, uma vez que são correntes as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”, sendo, na verdade, vinculação ou discricionariedade, predicados referentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo⁷⁴⁷.

Significam, no que tange à vinculação e discricionariedade, respectivamente:

[...] que o agente administrativo está, no que concerne a quaisquer destes aspectos, previamente manietado de maneira estrita pela lei ou que, pelo contrário, por força da dicção normativa que lhe regula a conduta, disporá, em relação a algum ou alguns deles, de certa liberdade para decidir, no caso concreto, sobre o modo de atender com a máxima perfeição possível o interesse público entregue a seu encargo⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ STF, 1.^a T., AI 237639 AgR/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 26.10.1999, DJ 19.11.1999, p. 00058.

⁷⁴⁵ STF, Pleno, RMS 25518/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 14.06.2006, DJ 10.08.2006.

⁷⁴⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 87.

⁷⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p. 13, 1999.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, mesma página.

Destarte, não é o ato que é vinculado ou discricionário, e tanto é verdade que se costuma afirmar que um ou alguns de seus elementos são vinculados. Assim,

[...] discricionária é a *apreciação* a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é sua *situação* em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração⁷⁴⁹.

Dessume-se do exposto que não há atos propriamente discricionários, “mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”. Tal se dá, pois haverá sempre vinculação quanto alguns aspectos do ato⁷⁵⁰. Em face da disciplina legal, a discricionariedade poderá apresentar-se em um grau menor ou maior, a depender da quantidade de aspectos vinculados previstos na lei.

Embora seja comum falar em “ato discricionário”, a expressão deve ser entendida como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”⁷⁵¹. Com efeito, o que é discricionária é a competência e o ato será apenas o “produto” do seu exercício. Então, a discricionária não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar⁷⁵².

Não se deve, portanto, falar em poder discricionário, mas sim em competência discricionária, pois o “poder pressupõe a manifestação do *ius imperium* do Estado e a competência vai significar que é regrada, disciplinada pelo Direito, subordina-se ao ordenamento jurídico”⁷⁵³.

Tendo em mente tais definições, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua atos vinculados como

⁷⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p. 13, 1999.

⁷⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

⁷⁵¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 18. Idem. Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 25, p. 13.

⁷⁵² *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 18. Idem. Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 25, p.13.

⁷⁵³ Sonia Maria de Pinho Godoy. Legalidade, vinculação e discricionariedade, alguns aspectos da Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999. In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 170.

[...] aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma⁷⁵⁴.

E atos “discricionários” como

[...] os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação ou decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*⁷⁵⁵ (grifos do autor).

E mais, cientes do caráter funcional da atividade administrativa, submissa à lei, conclui-se que o denominado “poder discricionário” deve encerrar o cumprimento do “*dever de alcançar a finalidade legal*”⁷⁵⁶, o que não se aplica apenas aos atos praticados no exercício de competência vinculada (grifos do autor).

Fala-se que a lei, em certos casos, regula uma dada situação de modo que não remanesça para o administrador margem alguma de liberdade, visto que a norma aplicanda prevê antecipadamente com objetividade e rigor absolutos os pressupostos indispensáveis à prática do ato, bem como o conteúdo que necessariamente o ato deverá conter diante da ocorrência da hipótese legal prevista, ocasião em que se diz que há vinculação e, por via de consequência, o ato a ser expedido será vinculado⁷⁵⁷.

Doutra margem, fala-se em discricionariedade quando a lei deixa a cargo do administrador *certa esfera de liberdade*, cabendo-lhe colmatar com seu *juízo* subjetivo o espaço de indeterminação normativa de modo a satisfazer a finalidade da lei, no caso concreto, razão pela qual Bandeira de Mello prefere a expressão “atos praticados no exercício da competência discricionária ou vinculada”⁷⁵⁸.

Destarte, poderá restar uma única solução possível no caso concreto desaparecendo eventual discricionariedade ao nível da norma, não se falando mais

⁷⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 15.

⁷⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 905.

⁷⁵⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Administrativo*, n. 25, p.13.

nesse caso em discricionariedade, mas em vinculação. Decorre daí o alargamento da sindicabilidade jurisdicional, em face da diminuição do campo da discricionariedade. Aí reside parte da relevância da motivação, eis que a liberdade que remanesce ao agente na prática do ato está adstrita à lei, e a motivação, como condicionante de tal liberdade aos limites legais, permite o controle dos atos praticados no exercício da função administrativa.

A despeito de a Lei Federal 9.784/1999 não distinguir o dever de motivar perante atos praticados no exercício da competência vinculada e discricionária, diante dos últimos o rigor deve ser bem maior quanto a tal dever, pois, se há maior liberdade conferida pela lei à Administração, “maiores também deverão ser os instrumentos para controlar seus atos”⁷⁵⁹.

A motivação como requisito de validade e instrumento de controle dos atos administrativos, atos estes praticados no exercício da competência vinculada e discricionária, nos remete a algumas considerações acerca da matéria, além das expostas, uma vez que o enfoque primordial neste capítulo dar-se-á no âmbito do controle jurisdicional dos atos praticados no exercício da competência discricionária por ensejarem maiores controvérsias, a serem abordados a partir do tópico 5.2.2 e se seus itens (5.2.2.1 – conceitos jurídicos indeterminados; 5.2.2.2 – discricionariedade e mérito e 5.2.2.3 – controle dos limites da discricionariedade). Quanto à motivação e ao controle dos atos praticados no exercício da competência vinculada, diante da complexidade interpretativa que podem apresentar, cumpre tecer algumas observações.

5.2.1 Motivação e controle dos atos praticados no exercício da competência vinculada

No exercício da atividade vinculada, o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle sem restrições, de modo que, se o ato administrativo ferir o princípio da legalidade, será fulminado pela nulidade. Como se disse, a noção de “liberdade legal” é relativa, pois somente diante do caso concreto é possível aferir o

⁷⁵⁹ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 113.

comportamento que perfaça o interesse público contido na finalidade legal, tanto nas hipóteses de vinculação quanto nas de discricção⁷⁶⁰.

Não é demais reiterar que nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, entre um caso e outro (vinculação e discricção), a diferença reside em que no exercício de competência vinculada o comportamento ótimo está predeterminado, ao passo que, na discricção, sua definição se dá *a posteriori*, uma vez que dependerá das circunstâncias do caso real, não estabelecido em abstrato⁷⁶¹.

O fundamento dessa diferenciação será, por certo, a margem de liberdade conferida ao administrador público. Daí que nos “atos vinculados” o administrador não dispõe de tal discricção, pois o comando normativo fixa previamente todos os aspectos do comportamento do administrador, enquanto nos “atos discricionários” verifica-se certa “margem de liberdade” conferida ao administrador pela própria lei, permitindo-lhe a tomada de decisões no campo de tal “liberdade”, conforme a conveniência e oportunidade, a partir de critérios próprios de avaliação das circunstâncias existentes no caso concreto⁷⁶².

Contudo, há divergências doutrinárias. Juarez Freitas reconhece no âmbito dos atos vinculados um campo residual de liberdade⁷⁶³. Quanto ao controle do ato administrativo, acentua que “nem o sistema jurídico é auto-regulável por inteiro – ainda que completável –, tampouco a liberdade é absolutamente franqueável ao agente público por habilitação legal”. Desse modo, há que “controlar o ato administrativo como estando, em maior ou menor intensidade, vinculado não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional”⁷⁶⁴.

Destaca José Carlos Viera de Andrade que

[...] descontadas as hipóteses-limite dos atos estritamente vinculados, torna-se cada vez mais difícil conceber-se um domínio de

⁷⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 35.

⁷⁶¹ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

⁷⁶³ *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 212-213.

⁷⁶⁴ Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 213.

vinculação legal das atuações administrativas, contraposto ou claramente diferenciado de um domínio de discricionariedade⁷⁶⁵.

Florivaldo Dutra de Araújo admite que as “fórmulas elásticas” (conceitos imprecisos) encontram-se também no âmbito da vinculação e não apenas no campo da discricionariedade, segundo a doutrina tradicional⁷⁶⁶. Aduz que em grande parte das vezes “antecederá à emissão do ato administrativo um trabalho nem sempre fácil de interpretação da norma aplicável e de qualificação jurídica dos fatos ensejadores da ação do administrador”⁷⁶⁷. Prossegue dizendo que a partir da obrigatoriedade da motivação pode-se vislumbrar o rompimento da barreira que impede o Judiciário de investigar aspectos mantidos na zona de penumbra da discricção, quando, na verdade, deixa-se de adentrar em aspectos vinculados do ato administrativo, sob o argumento de serem “discricionários”⁷⁶⁸.

Deflui que a temática engendra várias controvérsias. Concorde-se que poucas vezes a operação do órgão administrativo resume-se em subsunção lógica⁷⁶⁹. No

⁷⁶⁵ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 366.

⁷⁶⁶ *Motivo e controle do ato administrativo*, p. 64.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁶⁹ Apenas a título de ilustração, é grande a polêmica que um mero percentual fixado em lei pode ensejar, congestionando a Justiça Federal, especialmente os Juizados Especiais Federais pela dificuldade na interpretação e especialmente na qualificação jurídica dos fatos pelo INSS. Preceitua o § 3.º do art. 20 da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742/1993) que “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja *renda mensal per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do *salário mínimo*. [...]”, restando modificada tal renda *per capita* para ½ salário mínimo, nos termos do disposto no art. 5.º, I, da Lei 9.533/1997 e art. 2.º, § 2.º, da Lei 10.689/2003. Contudo, o percentual de ¼ do salário mínimo *per capita* (declarado constitucional pelo STF anteriormente à edição das leis posteriores a LOAS), permanece sendo utilizado pelo INSS no mais das vezes, eis que as alterações não se deram na própria Lei de regência, a despeito de as Leis posteriores mencionadas também tratarem de critério de conceituação da condição de pobreza. A questão está pacificada pela Turma Recursal do Rio Grande do Sul que sumulou: “*O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3.º, da Lei n. 8.742/93, restou modificado para ½ salário mínimo, a teor do disposto no art. 5.º, i, da Lei n. 9.533/97, e art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 10.689/2003*”. No mesmo sentido: “TRF 4 – 5.ª T. – Agravo Regimental 2002.04.01.046195-1/PR – rel. Des. Fed. A. A. Ramos de Oliveira – v.u. – j. 13.02.2003 – DJ 09.04.2003, p. 608”. Observa-se que essas normas estabelecem os programas de acesso à alimentação (Lei 10.689/2003) e de renda mínima (Lei 9.533/1997), as quais se destinam a suprir a falta dos meios básicos de subsistência daqueles que se encontram em condição de miséria. Considerando que essa é também a finalidade da LOAS, não se pode admitir a existência de diversidade quanto ao critério de conceituação da condição de miséria. Essa foi a argumentação do Juiz Federal João Batista Lazzari, nos autos do Incidente de Uniformização 2002.70.11.010420-0, da Turma Regional de Uniformização da Quarta Região: “*A inovação no ordenamento jurídico não pode passar despercebida do aplicador do Direito, especialmente porque o benefício assistencial também se destina a suprir a falta dos meios básicos de subsistência de quem comprovadamente encontrar-se em situação de miserabilidade*. Sendo assim, há que se estabelecer igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Em outras palavras, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ½ (meio) salário mínimo”. Sobreleva ressaltar que a presente convicção em nada vulnera a manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.232/DF. Aquela Corte definiu a validade da norma

entanto, entende-se, com o devido respeito, que na verdade há, em grande parte das vezes, um processo interpretativo que pode variar em graus de complexidade, o que não se confunde com a admissão de conceitos jurídicos indeterminados em sede de competência vinculada, nem tampouco com “valoração” ou “margem de liberdade” nos termos admitidos no âmbito da competência discricionária.

Tais divergências demonstram como o exercício da competência vinculada nem sempre é fácil, podendo apresentar dificuldades de monta tanto no âmbito da interpretação quanto na qualificação jurídica dos fatos por ocasião da prática do ato administrativo, hipótese em que a motivação é imprescindível.

No campo da vinculação, o administrador deverá demonstrar pela motivação se há adequação do conteúdo “à realidade fática e ao princípio da boa administração”⁷⁷⁰.

Nesse espeque, a motivação suficiente, clara, explícita, congruente e tempestiva não ensejará temor algum na prática do ato, ainda que envolva difícil tarefa interpretativa, pois externa o discurso justificativo adotado pelo agente público, assegurando-o diante de eventual controle, além de desafogar o Judiciário com a apreciação de casos que poderiam ser solucionados no âmbito administrativo.

Em suma: o exercício da competência vinculada nem sempre se resume à mera subsunção do fato à norma legal, comportando, no mais das vezes, uma tarefa interpretativa ou de qualificação jurídica dos fatos, pelo administrador público, nem sempre fácil, ocasião em que a motivação visa não só resguardá-lo, mas, principalmente, permitir o controle jurisdicional do ato praticado.

ordinária para fixar o critério de aferição de miserabilidade, tendo em vista que este não foi objetivamente fixado pela Constituição Federal. O entendimento ora esposado, por sua vez, aponta para a ocorrência de alteração no § 3.º do art. 20 da Lei 8.742/1993 por normas posteriores, e não a sua inconstitucionalidade.

O juiz, diante do caso concreto, atento à prova pericial médica e socioeconômica, pode deixar de computar na renda *per capita* determinada pelo legislador, por exemplo, os valores despendidos com medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, nas hipóteses em que a medicação utilizada pelo requerente consome grande parte da renda familiar, podendo o juiz, atento aos fins legais e em interpretação conforme à Constituição e seus princípios, tais como o princípio da razoabilidade, dignidade da pessoa humana, sopesar os valores da renda familiar informados pelo *expert* do juízo ou da prova constante dos autos, diante do caso concreto. Em caso de colisão entre eles deverá priorizar aqueles que a Constituição Federal eleva a direito fundamental, sempre atento às particularidades do contexto fático.

⁷⁷⁰ Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivo e controle do ato administrativo*, p. 133.

5.2.2 Motivação e controle dos atos praticados no exercício da competência discricionária

Apesar de inúmeros trabalhos valiosos, Celso Antônio Bandeira de Mello registra que o poder discricionário é muito mal compreendido entre nós. Visando estabelecer premissas⁷⁷¹, frisa inicialmente que o Estado de Direito, como é cediço, deve pautar-se pelos parâmetros da legalidade, do qual agente estatal algum poderá se esquivar esteja ou não no exercício da competência discricionária. Em primorosa monografia alusiva ao tema⁷⁷², aponta que, como decorrência do Estado de Direito, não se poderá jamais compreender o exercício de um “poder discricionário” na ausência de lei que disponha sobre o assunto.

No mesmo sentido, afirma Queiró que a existência da discricionariedade administrativa, ao contrário do que propõe Bühler, exige a presença de normas jurídicas pelas quais se delineiam os limites da atividade discricionária da Administração. Nestes termos, entende que esta não existirá no chamado “Estado de Polícia”, no qual a atividade administrativa não se sujeita a qualquer regra jurídica⁷⁷³. Para o jurista português, a discricionariedade administrativa é ínsita ao próprio Estado de Direito, como elemento seu, não limitado a determinadas áreas, mas, ao revés, “largo e generalizado a toda ordem jurídica como ordem dinâmica, isto é, como ordem que se realiza”⁷⁷⁴.

Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernández compreendem que a discricionariedade administrativa repousa nos aspectos não regulados pela lei, sobre os quais o administrador dispõe de certa autonomia. Ponderam que

essa estimacão subjetiva não é uma faculdade extra-legal, que surja de um suposto poder originário da Administração, anterior ou paralelo ao Direito, é, ao contrário, uma estimacão cuja relevância decorre de expressa atribuição legal que haja configurado a

⁷⁷¹ *Curso de direito administrativo*, p. 401-402.

⁷⁷² *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*, p. 10-11.

⁷⁷³ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 41-42.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, p. 44.

potestade e que a atribuiu à Administração justamente com esse caráter⁷⁷⁵.

Nessa linha de raciocínio, calcada no respeito aos princípios do Estado de Direito, é de reconhecer a inafastabilidade do controle judicial sobre os atos praticados no exercício da competência discricionária, destacando-se, ainda, os princípios constitucionais da Administração Pública explícitos no art. 37 da Constituição Federal – publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, implícitos no regime constitucional do Estado Democrático de Direito, “como parâmetros de controlabilidade de aspectos não vinculados do ato administrativo, decorrente da aplicação de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e da discricionariedade administrativa”⁷⁷⁶, [...] que pela motivação são exteriorizados.

Observa Di Pietro, no âmbito da competência discricionária, que, ao relacionar a razoabilidade ao devido processo legal, mais se aproxima o princípio como limite à discricionariedade na função legislativa. Por outro lado, quando a razoabilidade é associada à proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio da razoabilidade mais se aproxima como limite à discricionariedade administrativa⁷⁷⁷.

Todavia, antes de adentrar no estudo dos limites da discricionariedade e seu controle, impõe-se perpassar pela temática dos conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, e desta com o mérito do ato administrativo de forma mais detida.

5.2.2.1 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

A doutrina posiciona-se de diferentes maneiras no que diz respeito ao tema da discricionariedade, a qual, para alguns doutrinadores, significa o preenchimento de uma lacuna normativa mediante a interpretação da norma, vale dizer, na presença de conceitos precisos ou unissignificativos, o administrador encontrar-se-á diante de uma única possibilidade, ocorrendo a interpretação apenas na presença de conceitos vagos ou indeterminados ou, ainda, plurissignificativos, não se falando em escolha pela Administração que terá uma única opção.

⁷⁷⁵ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 461.

⁷⁷⁶ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 113.

⁷⁷⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 191.

A doutrina antiga entendia a discricionariedade como uma hipótese de liberdade diante da norma, mas, ao contrário, na visão de Enterría e Fernández,

a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remete parcialmente à estimação administrativa a fim de completar o quadro regulativo da postestade e de suas condições de exercício, não realizada pela via normativa geral, mas caso a caso, mediante uma apreciação de circunstâncias singulares, realizável no momento que precede o processo aplicativo⁷⁷⁸.

Prelecionam os autores espanhóis que, para determinar o âmbito de liberdade estimativa que a discricionariedade comporta, é de capital importância distingui-la da hipótese de aplicação dos “conceitos jurídicos indeterminados”, ressaltando que a confusão entre ambas as técnicas na história do direito administrativo impõe um gravíssimo peso, que apenas recentemente começou a liberar-se. Afirmam que, por “sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas Leis podem ser determinados ou indeterminados”⁷⁷⁹.

Na esteira da moderna doutrina alemã, definem conceitos determinados como os que “delimitam o âmbito da realidade a qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca”, por exemplo, a maioria se dá aos 18 anos⁷⁸⁰. Pelo contrário, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, “a lei se refere a uma esfera de realidade, cujos limites não aparecem bem demarcados em seu enunciado, não obstante seu claro intento de delimitar uma hipótese concreta”⁷⁸¹, procedendo-se assim quando o funcionário padecer de incapacidade permanente para o exercício de suas funções laborativas, como a boa-fé, a falta de probidade etc.

Aduzem Enterría e Fernández que “a lei não determina com exatidão os limites desses conceitos” por não admitirem “uma quantificação ou determinação rigorosas”, mas, em todo caso, resta claro estarem se referindo “a uma hipótese da realidade que, apesar da indeterminação do conceito, admite sua determinação no momento da aplicação”⁷⁸². Acrescentam que a lei se vale de conceitos de experiência (premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, justo preço), eis

⁷⁷⁸ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 462.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 465.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁸¹ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁸² *Ibidem*, mesma página.

que as realidades referidas não comportam determinação mais precisa. Contudo, ao se referirem a hipóteses concretas à qualificação de tais circunstâncias, “não admitem mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou se há boa-fé ou não há”⁷⁸³. Em suma: a utilização de conceitos de experiência como os de valor admite uma única solução nos ensinamentos desses autores⁷⁸⁴.

Para Enterría, os atos discricionários não são um passaporte ou livre trânsito para arbitrariedades, pois pressupõem limites jurídicos por se tratar de uma decisão jurídica⁷⁸⁵.

Resulta do que se disse que Enterría e Fernández adotam postura mais restritiva quanto à discricionariedade. Para os autores que acompanham tal corrente haverá “a ratificação da inexistência de diferença entre discricionariedade e interpretação, diferença tanto qualitativa como substancial”⁷⁸⁶.

Nesse sentido, Lúcia Valle de Figueiredo pontua que não há diferença entre atos vinculados e discricionários na estática da norma, a partir do conceito de ato administrativo⁷⁸⁷. Nas suas lições, é fácil verificar o que não é discricionariedade, mas extremamente difícil afirmar o que ela é. Afasta de imediato a possibilidade de haver discricionários nos conceitos jurídicos indeterminados, pois entende que a competência discricionária não exsurge desde logo pelo simples fato de o conceito ser impreciso, impondo-se verificar inicialmente o alcance do conceito na norma⁷⁸⁸. Afigura-se a competência discricionária, na esteira da corrente adotada por essa

⁷⁸³ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 462.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁸⁵ Eduardo García de Enterría. Democracia, jueces y control de la administración, p. 143-144 e ss., apud Fábio Medina Osório. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 40.

⁷⁸⁶ Sonia Maria de Pinho Godoy. Legalidade, vinculação e discricionariedade. Alguns aspectos da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*, p. 171.

⁷⁸⁷ Lúcia Valle Figueiredo conceitua o ato administrativo como “a norma concreta emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário” (*Curso de direito administrativo*, p. 214).

⁷⁸⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 234.

autora, quando for conferida ao administrador a busca de solução dentro dos limites do razoável, a fim de atender a exigência normativa⁷⁸⁹.

Reitera-se que para Queiró o agente público desenvolve antes de mais nada uma atividade interpretativa, na qual se depara com duas espécies conceituais, ou seja, conceitos de significação definível, unívocos, os quais denomina “conceitos teoréticos”, e conceitos de significação indeterminada, quer dizer, conceitos da cultura ou de valor, por ele denominados de “conceitos práticos” (item 2.5.2)⁷⁹⁰. Quanto aos primeiros (teoréticos), “decorrido o processo interpretativo, não pode existir como *verdade* mais do que uma exata formulação”⁷⁹¹, como se dá com a aposentadoria compulsória.

Os fatos ou “condições de fato”⁷⁹², aos quais a norma se refere sob a forma de conceitos, podem pertencer ao mundo empírico, podendo-se afirmar teoricamente ser possível um juízo de subsunção de um determinado fato num determinado conceito, com a força de evidência que tem para qualquer homem uma lei lógica ou matemática, ou podem pertencer ao mundo da “sensibilidade”, da razão prática, em que domina “a incerteza”, hipótese em que o juízo de subsunção não possui o mesmo caráter lógico⁷⁹³. Para Queiró quando

[...] o conceito legal relativo às condições-de-fato requeridas para o exercício duma determinada competência é um conceito prático, suscetível duma série mais ou menos determinada de sentidos entre

⁷⁸⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 234.

⁷⁹⁰ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 60.

⁷⁹¹ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁹² Para Afonso Rodrigues Queiró, interesse, fim e atividade do ato são termos que se identificam (são a matéria que a norma de direito circunscreve e identifica), pois, para ele, a norma de direito administrativo supõe sempre um agente, um órgão ao qual atribui uma *função*, ou seja, atribui-lhe alguns *interesses* específicos, um ou alguns *fins* concretos, uma ou algumas *atividades* determinadas. O somatório de tais funções e fins atribuídos pela lei a cada órgão constitui as “situações de fato” em que esses órgãos devem agir. Exemplifica dizendo que, se uma norma designa o Governador Civil como competente para emanar as providências necessárias a fim de manter a ordem e a tranqüilidade pública e fazer reprimir os atos contrários à moral e à decência pública, essa norma determina uma das *atribuições* do Governador Civil, uma parcela de sua *competência*, mas também, ao mesmo tempo, as *condições de fato* em face das quais a autoridade mencionada deve agir. Tais condições para Queiró serão, por exemplo, uma perturbação da ordem ou da tranqüilidade pública (A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 53-54).

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 61.

si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos⁷⁹⁴.

Acrescenta que há

[...] um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da *abstração à individualização*, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito⁷⁹⁵.

Portanto, na acepção de Queiró em sua versão inicial, a discricionariedade reside apenas nos conceitos imprecisos ou “conceitos práticos”, não teóricos⁷⁹⁶.

Viu-se que as normas jurídicas podem vir enunciadas com conceitos determinados ou conceitos indeterminados. Há palavras que são de meridiana clareza, tal como “cadeira”. Outras, contudo, demandam fluidez ou imprecisão no conceito, ou ainda modificações no curso do tempo, como ocorre com os termos “idoso”, “pobreza”, “moralidade pública”, entre tantos outros.

A utilização dos conceitos legais indeterminados na legislação leva os doutrinadores a dissensões variadas acerca da possível relação entre a discricionariedade administrativa e tais conceitos indeterminados⁷⁹⁷, e na posição adotada por Queiró (em sua versão inicial), como se viu, só há espaço para a discricionariedade em sede de conceitos jurídicos indeterminados.

Uma outra corrente doutrinária entende que a discricionariedade consiste na liberdade de escolha conferida por lei ao administrador quando houver mais de uma opção igualmente válida perante o direito, pois, como se disse, o legislador não pode prever todas as hipóteses de ocorrência no mundo fenomênico. Nesse sentido, Bandeira de Mello sintetiza o conceito, asseverando que “discricionariedade é

⁷⁹⁴ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 61.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 62.

⁷⁹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 98.

margem de liberdade que efetivamente exista *perante o caso concreto*⁷⁹⁸ (grifos do autor).

Para os adeptos dessa corrente, não há confundir interpretação com discricionariedade, uma vez que o legislador facultou ao administrador a escolha da melhor solução das que se afiguram possíveis diante do caso concreto, com vistas à finalidade legal. No Brasil, essa corrente doutrinária é adotada por Bandeira de Mello. Nas suas palavras,

[...] o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a institui) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos⁷⁹⁹ (grifos do autor).

Nesse passo, conceitua a discricionariedade como:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal⁸⁰⁰.

Em rigor, como se disse, não há ato discricionário, visto que o administrador não desfruta de liberdade total, mas há

exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção⁸⁰¹.

Pontua Bandeira de Mello que *a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo*

⁷⁹⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 407.

⁷⁹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 911.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 403.

⁸⁰¹ *Ibidem*, mesma página.

*de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda*⁸⁰² (grifos nossos).

Extrai-se dos seus ensinamentos que a aplicação dos conceitos indeterminados decorre ou de competência vinculada ou de competência discricionária, a ser aferida na dinâmica da norma e não na sua estática⁸⁰³.

O exercício da “liberdade” conferido pela norma deve ater-se não apenas aos limites objetivos diante do caso concreto, mas também não poderá prescindir que o exercício dessa autonomia tenha por parâmetro o critério de razoabilidade a ser encampado pelo agente público no momento da opção, por ocasião da decisão.

Num exame mais atento da matéria denota-se que a questão da discricionariedade está ligada a dois tópicos, quais sejam ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade e ao exame do caso concreto⁸⁰⁴. Nessa linha de raciocínio, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode derivar da: a) hipótese da norma jurídica; b) de seu mandamento; c) ou de sua finalidade.

Resulta discricionariedade da hipótese da norma (a), quando: I – descreve situação fática (motivo) de modo impreciso, por meio de conceitos vagos, como “notável saber”, “pobreza”, entre outros; II – ou quando não há indicação antecipada do motivo que autorize a prática do ato. Contudo, haverá sempre um motivo implícito, fundado no interesse público. Quando não houver previsão do pressuposto fático na norma, pode-se exemplificar com a mudança da Capital do Brasil (havia previsão da mudança, mas não se sabia para que cidade).

Quanto à segunda hipótese, pode a discricionariedade decorrer do mandamento da norma (b) quando esta faculta: I – praticar ou não um ato em vez de exigí-lo; II – apreciar o momento oportuno para a prática do ato; III – competência para decidir, dentre duas ou mais soluções, qual a melhor providência ante as circunstâncias do caso concreto; IV – liberdade quanto à forma que o ato revestirá.

⁸⁰² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 31-32.

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁰⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 403-406.

Por fim, quanto à finalidade (c), em desacordo com a doutrina dominante, a discricionariedade pode advir da *finalidade* da norma. Como se disse, para Bandeira de Mello, diferentemente dos demais administrativistas brasileiros, “pela mesma razão que propicia a irrupção de discricionariedade na hipótese da norma – concernente ao motivo – pode também ocorrer discricção quanto à finalidade. Expressada esta por via de conceitos práticos, a indeterminação relativa daí resultante engendra certa liberdade administrativa que, inclusive, reflui sobre os motivos”. Exemplifica com a seguinte hipótese: as pessoas que “se portarem indecorosamente serão expulsas do cinema a fim de se proteger a ‘moralidade pública’”⁸⁰⁵. Tendo em vista que o conceito de moralidade varia no tempo e no espaço, não há como fixar na norma seu significado preciso, remanescendo ao administrador alguma discricção no que se refere à finalidade.

Desse modo, para esse autor, os conceitos plurissignificativos podem estar contidos de acordo com sua sistematização, na hipótese, no mandamento ou na finalidade da norma jurídica, os quais podem vir expressos por meio de conceitos jurídicos imprecisos⁸⁰⁶.

Tais conceitos, como os termos “conduta indecorosa”, “notável saber”, entre tantos outros, podem apresentar dificuldades para o intérprete e o aplicador do direito. Por ocasião do controle judicial, no mais das vezes é possível contextualizar os conceitos de valor (conceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos, vagos, elásticos ou conceitos práticos), mediante o auxílio dos princípios que norteiam a

⁸⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 900.

⁸⁰⁶ Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: Recurso ordinário em mandado de segurança. Avaliação em estágio probatório. Devida motivação. Inocorrência. Avaliação quadrimestral não observada. I – Acarreta a nulidade do ato de exoneração a não observância do comando legal que impõe avaliações quadrimestrais mediante relatório circunstanciado. II – Não atende exigência de *devida motivação* imposta aos atos administrativos a indicação de *conceitos jurídicos indeterminados*, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como *bom, regular* ou *ruim*, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito. Recurso ordinário provido (STJ – 5.ª T. – RMS 19.210/RS – rel. Min. Felix Fischer – j. 14.03.2005 – DJ 10.04.2006, p. 235) (grifos adotados).

No mesmo sentido: Recurso em mandado de segurança. Indeferimento de pedido de remoção. Inexistência de fundamentação que demonstre o interesse público. Critério de antiguidade mantido. Recurso provido. I – O Assento Regimental n. 1/88, no art. 8.º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: “salvo relevante interesse público, devidamente justificado”. II – Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo. III – Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade. IV – Recurso ordinário provido (STJ – 5.ª – RMS 19.590/RS – rel. Min. Felix Fischer – j. 02.02.2006 – DJ 20.03.2006, p. 310).

interpretação teleológica, sistemática e conforme a Constituição, tornando-se possível a aferição do sentido de tais conceitos, ou, ainda, valer-se de laudos técnicos a fim de concluir, por exemplo, se um determinado imóvel trata-se de patrimônio histórico ou não e se preenche, ainda, os requisitos para seu tombamento, de modo a dissipar a indeterminação do conceito ou a incerteza da situação concreta, oportunidade em que a motivação deverá estar presente sob pena de inviabilizar o controle do ato impugnado.

Em geral, eventuais casos duvidosos recaem em questões meramente probatórias. Contudo, em determinados casos pode remanescer dúvida ineliminável, no dizer de Sainz Moreno⁸⁰⁷, em que após a interpretação e até mesmo esgotados os meios probatórios remanesce um resquício insindicável pelo Poder Judiciário, campo em que residiria a opção do agente público ou do administrador.

Nesse ponto, dá-se parcial razão a Enterría e Fernández, quando se referem à aplicação de tais conceitos: há ou não justo preço; há ou não boa-fé⁸⁰⁸. Admite-se, porém, que pode haver alguma hipótese em que os conceitos jurídicos indeterminados guardem alguma discricção, não sendo possível reduzi-los no caso concreto a uma certeza absoluta, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tais conceitos indeterminados ou elásticos podem encerrar “um *conflicto axiológico*”, ocasião em que imperiosa é a “ponderação valorativa dos interesses” em questão, visando o interesse público que a norma jurídica privilegiou⁸⁰⁹, e, neste caso, estar-se-á diante de discricionariedade quando restar um campo de apreciação residual.

Tênue é o limite que *separa a vinculação da discricionariedade no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados* nos ensinamentos de Bandeira de Mello.

Ademais, há hipóteses afora os conceitos vagos, imprecisos, de valor ou práticos (para os que visualizam discricção diante de tais conceitos) em que cabe a

⁸⁰⁷ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 307-308.

⁸⁰⁸ *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 465.

⁸⁰⁹ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdiccional da administração*, p. 77.

discrição. Nestes casos, compete ao agente público no caso concreto dizer qual a solução ótima dentre duas ou mais que se mostram igualmente possíveis, fora da esfera dos conceitos jurídicos indeterminados.

A lei, além de poder deixar margem de liberdade para a apreciação pela Administração quanto ao motivo, ao conteúdo, à forma e à finalidade do ato administrativo, pode também conferir discricionariedade no mandamento da norma⁸¹⁰.

Após a interpretação, Lúcia Valle Figueiredo propugna pela busca do sentido do conceito a ser aclarado ou precisado, nos princípios e valores do ordenamento jurídico. Só então, após a determinação do conceito, ou seja, “localizado na zona de certeza positiva, mister a verificação se a norma outorgou possibilidade de decisão ao administrador”⁸¹¹. Prossegue dizendo que a partir daí o conceito de vinculação encontra-se em crise, na esteira dos ensinamentos de Filippo Satta, uma vez que a competência totalmente vinculada recai em raríssimas exceções, pois, em regra, “*a norma possibilita condutas para atendimento de determinados fins*”, podendo valer-se de variados conceitos, e muitos deles, tal como “nocividade à saúde”, para serem precisados dependem de juízos técnicos (variáveis no tempo e no espaço), o que não quer dizer que se está em sede de competência discricionária, “de decisão outorgada ao administrador”⁸¹² (grifos da autora).

Neste diapasão, pontua Lúcia Valle Figueiredo no que concerne à motivação, que se trata de princípio de indeclinável importância,

[...] pois não se pode dizer que a avaliação, feita pela Administração, seja discricionária, com total margem de liberdade. A competência de decisão será “do que sobrou”, depois das trilhas percorridas: interpretação e fixação técnica dos conceitos. É por meio da motivação que será possível verificar-se a razoabilidade, a congruência lógica entre o ato emanado e o seu motivo (pressuposto de fato), a boa-fé da Administração etc.⁸¹³.

⁸¹⁰ Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação do ato administrativo*, p. 51.

⁸¹¹ Lúcia Valle de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 232.

⁸¹² *Ibidem*, p. 232-234.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 234.

Extrai-se o inexcedível papel da motivação como instrumento de controle do ato administrativo em face dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente diante daqueles que envolvam discricção.

5.2.2.2 Discricionariiedade e mérito

Mencionaram-se as três correntes distintas que tratam da discricionariiedade. Quanto aos aspectos discricionários do ato administrativo, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, embora raro, a regra de direito pode omitir a situação de fato, uma vez que o normal é que a lei a mencione, ocorrendo com freqüência, a descrição de tais situações fáticas mediante “conceitos fluidos, imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos” suscetíveis de interpretações variadas⁸¹⁴.

Pode ocorrer discricção no mandamento da norma não apenas quando a norma faculta a prática do ato, em vez de exigí-lo, mas também ao permitir a apreciação do momento oportuno para a prática do ato, podendo, ainda, conferir competência à Administração para, diante do caso concreto, entre duas ou mais soluções possíveis, escolher a providência que melhor se conforme ante as circunstâncias do caso concreto⁸¹⁵.

A lei pode ainda deferir discricção quanto à *forma do ato*, reiterando-se que em qualquer das modalidades, em que é permitida *certa margem de liberdade*, “a lisura do comportamento administrativo depende de seu ajuste às finalidades reconhecíveis insculpidas na lei e tuteladas na regulação normativa”⁸¹⁶.

Assinala Bandeira de Mello que “a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto”, ou seja, o fato de haver na lei uma possibilidade de discricção não significa

⁸¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*, p. 16-17.

⁸¹⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁸¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 916.

uma certeza de que haverá discricção em todo e qualquer caso abarcado pela dicção da norma legal⁸¹⁷.

Advém das conclusões acima uma terceira, qual seja não basta que o agente diga que atuou no exercício de competência discricionária, dentro do campo que a lei lhe facultou para que o ato seja tido como “liso”⁸¹⁸. Na análise do caso concreto, o juiz a pedido da parte poderá verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento adotado pela Administração, apesar de contido nas possibilidades facultadas em abstrato pela norma aplicanda, se, *in concreto*, o ato praticado se circunscreveu às circunstâncias do caso, com vistas à finalidade legal da norma aplicada⁸¹⁹.

Por via de conseqüência, poderá o Judiciário concluir que, apesar de a medida tomada pelo agente público estar embasada em regra habilitante para tal, ou seja, outorgadora de discricção, no caso em pauta submetido a contraste judicial não era cabível ou pertinente, diante das circunstâncias do caso concreto e da finalidade almejada pela lei que lhe serviu de arrimo⁸²⁰.

Não há falar, portanto, em invasão do denominado “mérito” do ato administrativo, do “legítimo juízo” facultado ao administrador nas hipóteses de discricção, o qual deverá exercer sobre a oportunidade e conveniência de determinada medida tomada, pois o fato de a lei prever, *em tese*, o comportamento levado a juízo não é suficiente para garantir-lhe “legitimidade e imunizá-lo da censura judicial”⁸²¹.

Destarte, há casos em que é possível visualizar (por qualquer um) apenas uma alternativa diante do caso concreto, a despeito de a norma haver contemplado a discricção, não implicando, pois, o contraste judicial em invasão de mérito do ato. Denota-se, assim, que só há discricionariedade quando, diante do caso concreto, seja impossível verificar “de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução

⁸¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 907.

⁸¹⁸ *Ibidem*, mesma página.

⁸¹⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁸²⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 908.

idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal”, vale dizer, a discricionariedade é fruto da finitude, da limitação humana⁸²².

Nesse passo, mister alertar que a chamada discricionariedade técnica não se insere no campo da discricionariedade administrativa, uma vez que mediante a utilização de regras técnicas, que na verdade são vinculantes, resulta a melhor ou única escolha possível pela Administração. Quando a lei assegura um benefício previdenciário, como um “auxílio-doença”, tal conceito está afeto a um laudo técnico. Portanto, só há uma solução válida, sendo inadequada a expressão discricionariedade técnica, pois, “se não há discricionariedade, a hipótese não pode ser incluída como uma de suas modalidades”, mesmo porque o indeferimento do pedido no âmbito administrativo não impede sua concessão pelo Judiciário⁸²³.

O tema não é tão simples quanto parece ser. Nem sempre é possível solucionar o campo de liberdade que é reservado pela lei ao agente público de modo a colmatá-la com vistas à finalidade legal, diante do caso concreto, seja em sede de conceitos jurídicos indeterminados ou não, após a devida interpretação, razão pela qual a motivação é obrigatória diante de discricionariedade.

Tais aspectos insindicáveis pelo Poder Judiciário são entendidos por muitos como mérito administrativo, havendo autores que o distinguem da discricionariedade.

Não basta valer-se da expressão legal que contenha conceito fluido, vago ou indeterminado para que o órgão controlador da legitimidade, seja ele exercido pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, conclua pela existência de discricionariedade deixando de examinar a fundo o ato, sob a alegação de que, se o fizer, estará adentrando o mérito do ato administrativo, pois para Celso Antônio Bandeira de Mello isto não é “mérito”⁸²⁴.

Para esse autor, o campo de liberdade no caso concreto com vistas à finalidade legal é muito menor do que o contido no mandamento ou na norma de

⁸²² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 908.

⁸²³ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 131-132.

⁸²⁴ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 37.

direito, já que a norma contém certa liberdade de modo a ser adensada perante o caso concreto. Assim, como já se aludiu, só haverá discricionariedade se não for possível extrair uma única solução, de forma objetiva, para a situação *sub examen*, o que amplia o espectro do controle do ato administrativo.

Não há dúvida de que o controle judicial se dá em amplo espectro, eis que há não só o controle da legalidade em sentido amplo, mas também o da razoabilidade, e, em especial, o controle de legalidade pela motivação, seja do pressuposto de fato (motivo) e de direito (regra de direito habilitante), como também da finalidade (desvio de poder) e da causa (pressuposto lógico), o que não significa que uma área insindicável, após esgotados todos os recursos, deixe de existir.

A doutrina nacional em direito administrativo tende a alocar os limites da discricionariedade nos lindes do mérito, conhecido como “conveniência e oportunidade”. Diversos autores adotam tal postura, além daqueles que com muita propriedade distinguem discricionariedade e mérito⁸²⁵.

Reconduz a discricionariedade aos lindes do mérito Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o *mérito* é concernente “aos aspectos do ato administrativo relacionados basicamente com o princípio da oportunidade e conveniência, em face do interesse público a atingir”⁸²⁶. Relaciona “o mérito com a discricionariedade administrativa, pois aquele só existe onde esta está presente”⁸²⁷.

No mesmo sentido, Odete Medauar entende que “a essência do poder discricionário é a livre escolha de solução ou medida, quanto à conveniência e oportunidade, para o atendimento do interesse público”⁸²⁸.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto a discricionariedade consiste numa técnica e o mérito, no resultado, podendo-se apenas falar em “mérito administrativo discricionário” que existirá como “resultado do exercício da discricionariedade” e

⁸²⁵ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 53-55.

⁸²⁶ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 127.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁸²⁸ Odete Medauar. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 610, p. 41, ago. 1986.

como “definição da oportunidade e da conveniência”⁸²⁹. Refuta, contudo, a utilização do termo “mérito” como escudo à atuação judicial, quando, na verdade, as questões envolvidas são pertinentes à legalidade e moralidade administrativas. Propõe o posicionamento da discricionariedade em seus lindes devidos, de modo a impedir arbitrariedades da Administração Pública sob o manto do agir discricionariamente em matéria de mérito⁸³⁰.

Leciona Di Pietro que foi no direito italiano que se desenvolveu a doutrina alusiva ao mérito do ato administrativo, influenciando os juristas brasileiros, dado que no direito alemão ou no francês fala-se em princípio da oportunidade e conveniência sem haver alusão ao mérito. Salieta que no Brasil foi Seabra Fagundes o primeiro autor a desenvolver o tema de modo mais aprofundado, relacionando mérito com discricionariedade e afastando a possibilidade de seu controle judicial⁸³¹.

Seabra Fagundes, amparado pela doutrina de Ranelletti, afirma que ao Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional é vedado apreciar o *mérito* dos atos administrativos (*o mérito está no sentido político do ato administrativo*), cabendo-lhe o exame, apenas, sob o prisma da legalidade. Este é o limite quanto à extensão do controle jurisdicional, sob pena de tornar-se administrador, o que importa em violação aos princípios da separação e independência dos poderes⁸³².

Tal visão de mérito, “no sentido político do ato administrativo”, denota a influência do pensamento de Seabra Fagundes, ao averbar que

[...] se o juiz penetrasse no conhecimento de mérito, exorbitaria, ultrapassaria o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado, como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos⁸³³.

⁸²⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 33.

⁸³⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 130.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 124-130.

⁸³² *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 179-180.

⁸³³ *Ibidem*, p. 179.

Para Hely Lopes Meirelles o mérito do ato administrativo reside “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração, incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre sua conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”⁸³⁴, sendo os atos discricionários aqueles que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”⁸³⁵.

Contudo, há autores que distinguem discricionariedade e mérito. Nessa senda, Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica que

a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em *critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo*. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve a intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou da oportunidade do ato”⁸³⁶.

Reconhece que as opções fundadas em conveniência e oportunidade se mesclam com a questão dos conceitos jurídicos indeterminados contidos no pressuposto legal, de tal modo *que não podem ser dela desprendidas*, na medida em que, para resolver se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de *direito*, como *conveniente* ou *oportuno*, se tenha de *resolver previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade*⁸³⁷.

Com efeito, não se poderá, por exemplo, reputar juridicamente conveniente e oportuno adotar certa providência que a lei *faculte* produzir em caso de “urgência” ou perante situações de “risco para a tranqüilidade pública”, sem antes solucionar a questão de saber se o caso vertente realmente se enquadra no conceito fluido designado pela palavra “urgência” ou pela expressão “risco para a tranqüilidade pública”, e se em quaisquer destes casos a providência se justifica em face da

⁸³⁴ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*, p. 154-155.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 168.

⁸³⁶ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 27-28.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 27-28.

finalidade da regra habilitante (bem jurídico também qualificado por conceitos vagos)⁸³⁸.

Bandeira de Mello define mérito como

o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada⁸³⁹.

Bernatzik bem resume tal pensamento, registrando que em certas decisões há “*um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida*”⁸⁴⁰. Pode dar-se que “terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que outros tenham uma opinião falsa”, reproduzido por Afonso Rodrigues Queiro⁸⁴¹.

Alerta Bandeira de Mello que *nesta esfera reside a real discricionariedade*, uma área “incognoscível” não apenas por impossibilidade fática de provar que o ato administrativo não realizou o que lhe competia, mas uma “impossibilidade lógica (limite à inteligência humana) de saber qual a providência cabível que satisfaz, completamente, *in casu*, a finalidade da lei”, âmbito em que o agente administrativo exercita a verdadeira discricção, *esfera que se constitui “no mérito” do ato administrativo, insindicável pelo Judiciário*⁸⁴² (grifos nossos).

A diferenciação proposta entre discricionariedade e mérito administrativo é de importância fundamental no controle jurisdicional, pois, conforme a corrente que se adote, poderá o juiz examinar o ato administrativo sob um prisma ou outro. Caminha-se na linha da diferenciação de Bandeira de Mello quanto ao mérito do ato administrativo e a discricionariedade.

⁸³⁸ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 27-28.

⁸³⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 908.

⁸⁴⁰ *Kategorien des technischen Ermessens*, p. 43, apud Afonso Rodrigues Queiro. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 63.

⁸⁴¹ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁴² Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 36.

Esclarecido o que vem a ser “mérito” do ato administrativo, resta estremer de dúvidas a importância da motivação, máxime na contensão de eventual arbítrio na esfera de “liberdade legal” conferida à Administração Pública.

Pela riqueza e complexidade do tema, o aspecto do controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa e motivação será abordado na seqüência.

5.2.2.3 Controle dos limites da discricionariedade

As limitações à discricionariedade administrativa relacionam-se inescusavelmente ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

A discricionariedade evoluiu quanto a seus limites desde a imunidade até sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário, seja pela teoria do excesso de poder, em que a finalidade é objeto de controle, posteriormente pela teoria dos motivos determinantes (controle do motivo), princípios gerais do direito, entre outros fatores, nos quais a jurisprudência exerceu importância salutar⁸⁴³, como apontado por ocasião da evolução do controle judicial (itens 5.1.6 e 5.1.6.1).

Ninguém está imune ou é neutro “às motivações, conscientes ou inconscientes, de seu agir”, não se podendo recusar imotivadamente com amparo em votação secreta, por exemplo, o que quer que seja⁸⁴⁴, eis que os “poderes discricionários” encontram limites.

Portanto, os aspectos “discricionários” são objeto de revisão judicial a fim de aferir se houve observância aos princípios da Administração Pública e se guardou respeito aos direitos fundamentais, embora alguns aspectos que remanesçam na esfera da discricionariedade administrativa não sejam passíveis de contraste judicial⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 233-234.

⁸⁴⁴ Fábio Medina Osório. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 20.

⁸⁴⁵ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 160.

O Poder Judiciário deverá examinar o conteúdo do ato e sua adequação com os princípios gerais do direito, “para além da verificação dos aspectos vinculados do ato”⁸⁴⁶. Nesse sentido, esclarece Germana de Oliveira Moraes que:

o controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais espartilhado pelo critério necessário, porém insuficiente do controle de legalidade, transmutado que foi em controle de juridicidade, o qual se concretiza através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito, o que torna difícil a separação entre jurisprudência constitucional e administrativa, máxime por não haver no Brasil Tribunais Administrativos⁸⁴⁷.

Na concepção da autora, a “diferença entre o controle jurisdicional da atividade administrativa vinculada e o controle jurisdicional daquela não-vinculada reside nos limites e nas conseqüências desse controle e não na possibilidade de sindicância judicial”⁸⁴⁸. Admite que atualmente a justiciabilidade da atuação administrativa não-vinculada, possibilitada por intermédio de parâmetros jurídicos, tais como os princípios gerais do direito, constitucionalizados em grande parte após longa e lenta construção jurisprudencial, desloca *a discussão para os limites e as conseqüências dessa fiscalização judicial dos desempenhos não vinculados da Administração Pública*⁸⁴⁹ (grifos nossos).

Compete ao juiz, após avaliar os elementos vinculados do ato, como a competência, finalidade e forma (ressaltando que pode haver discricção na finalidade, como se disse), examinar se o agente público

[...] durante o processo de concepção do ato não vinculado, ao avaliar – examinar, valorar e aditar pressupostos de fato e de direito – motivos, guiou-se pelos parâmetros decisórios ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (sob as vertentes da igualdade e imparcialidade) da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Cabe também ao juiz verificar se o administrador público, ao definir conteúdo do ato não vinculado, observou aqueles princípios⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 160.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 137.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 159.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 160.

O magistrado deverá partir da Constituição da qual extrairá os critérios de controle, apartando o *que é mérito de discricionariedade*, na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Nesse ponto, a motivação como meio de aferir a legalidade dos atos administrativos deve demonstrar a ocorrência dos pressupostos de validade do ato administrativo (sujeito, motivo, finalidade, causa, requisitos procedimentais e pressupostos formalísticos ou formalização), e, dentre estes, o motivo, a finalidade e a causa podem ensejar a discricionariedade ao mesmo tempo em que figuram dentre os seus limites.

Quanto ao *controle positivo*, admite Germana de Oliveira Moraes, em situações excepcionais, diante das circunstâncias do caso concreto e do grau de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, a possibilidade de o juiz inferir, “da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso”⁸⁵¹. Prossegue esclarecendo que

os princípios constitucionais da Administração, de caráter instrumental, impõem certos parâmetros de racionalidade ao processo de tomada de decisão, destinados, por isso, a servir de controle precipuamente ao procedimento que conduz à decisão. Somente em casos excepcionais, como, por exemplo, sucede com o princípio da igualdade, de natureza material, quando se equipara um caso a outros idênticos, têm a virtualidade de apontar qual solução o órgão administrativo deva adotar no caso concreto⁸⁵².

Nesse aspecto, o Poder Judiciário⁸⁵³ não extravasa a esfera do exame da legitimidade nem invade o campo da discricionariedade, pois o controle judicial é

⁸⁵¹ Germana de Oliveira Moraes. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 163.

⁸⁵² *Ibidem*, mesma página.

⁸⁵³ Confira-se a posição do Superior Tribunal de Justiça: Processual civil. Recurso especial. Admissibilidade. Administrativo. Artigos 18 e 23 da Lei 9.636/98. Cessão de imóvel. Discricionariedade. Licitação. Suspensão. 1. O deferimento do pedido administrativo de cessão de imóvel depende de juízo discricionário, nos termos do artigo 18 da Lei 9636/98, efetuado por meio de “escala de prioridades”, instituída por orientação interna. 2. É sabido que os atos discricionários autorizam certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, deixa um campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porque interdita a intervenção no mérito do ato administrativo. 3. Sobressai da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos atos discricionários e seu controle, in *Curso de direito administrativo*, Editora Malheiros, 15.ª edição, páginas 395/396 – 836/837, *in verbis*: “[...] Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a

possível no âmbito da atividade discricionária, desde que respeite os limites da discricionariedade, não adentrando o mérito nos moldes explanados no item anterior, exercendo o Judiciário o controle negativo.

Assim, até mesmo um cargo em confiança pode ser controlado pelo Poder Judiciário, ainda que se trate de um controle meramente negativo, diferentemente do “que pode ocorrer no sistema de concurso regrado, pois nesse último há uma programação normativa positiva de provisão dos postos de trabalho”. Ou seja, nem mesmo as livres nomeações são absolutas, pois mister ajustarem-se ao interesse público, de modo a resguardar o mérito e a capacidade dos concorrentes, podendo os desvios ser passíveis de controle nessa esfera⁸⁵⁴.

Acrescenta Fábio Medina Osório que se presumem o mérito e a capacidade de um integrante da lista tríplice de membros do Ministério Público (para Bandeira de Mello, atos de governo ou políticos), não se podendo descartar, contudo, a possibilidade de um governante praticar ilicitamente atos de ingerência na independência funcional da Instituição visando alcançar benefícios políticos indevidos no terreno de seu “ato discricionário”. Pode neste caso haver controle negativo, vale dizer, puramente repressivo. Por outro lado, os acordos ilícitos não se confundem com a identificação ideológica ou política do governante com

finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. [...] Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, [...] e continua citando Bandeira de Mello (observação nossa) [...] Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. [...] Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”. 4. Precedentes desta Corte: RMS 18151/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* 09.02.2005; REsp 239222/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 29.10.2001. 5. Deveras, a possibilidade de participação em procedimento licitatório, nos termos das informações prestadas pela recorrida, à fl. 445, no sentido de que a Gerência do Patrimônio da União do Paraná, “aguarda a decisão final da lide para adotar providências visando iniciar novo procedimento licitatório, embora a segurança tenha sido denegada no Tribunal *a quo*”, permite-se à recorrente habilitar-se no certame, concorrendo em igualdade de condições com os demais interessados, a fim de adjudicar o imóvel desejado. 6. Recurso especial desprovido (STJ – 1.ª T. – REsp 617.444/PR – rel. Min. Luiz Fux – v. u. – j. 07.03.2006 – *DJ* 20.03.2006, p. 196).

⁸⁵⁴ Cf. Mariano Bacigalupo. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 253 ss. e 257, apud Fábio Medina Osório. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 29.

determinando membro da Instituição, por exemplo, que figura na lista tríplice, uma vez que neste caso há uma “legítima opção da autoridade detentora da atribuição constitucional”⁸⁵⁵.

O controle judicial de legalidade é sempre possível, máxime com o fito de verificar se os limites de discricção conferidos pela norma, no caso concreto, não foram desbordados pela Administração, uma vez que a mesma deve ater-se ao campo que lhe remanesce em busca da finalidade legal a atingir, cuja escolha deverá recair sobre a solução que melhor atenda ao interesse público.

A partir daí não haverá invasão da discricionariedade por ocasião da apreciação, pelo juiz, de um comportamento comissivo ou omissivo, “nos casos em que a lei confere à Administração possibilidade de agir ou não agir, deferir ou indeferir, optar por este ou aquele ato”⁸⁵⁶.

Entretanto, haverá indevida invasão judicial na esfera da discricionariedade administrativa, se o juiz sobrepuser seu critério pessoal a um critério igualmente admissível e razoável adotado pelo administrador. Deverá o juiz, diante de um critério ou opção do administrador que se mostrem “logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir”⁸⁵⁷, invalidar o ato em questão.

Por outro lado, como se viu, o problema do controle da validade dos comportamentos praticados a título de discricção administrativa perante o Judiciário, em grande parte, redonda numa questão de prova, dado que o dever administrativo impõe ao administrador a produção do ato “capilarmente ajustado ao interesse público”, tendo-se por “ilegítima a conduta administrativa – não obstante praticada no exercício da competência ensejadora de discricção – que não realize de maneira

⁸⁵⁵ Fábio Medina Osório. *Ibidem*, mesma página.

⁸⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 37.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, n. 37.

ótima o interesse público aferível *in concreto*, isto é, diante das circunstâncias do caso”⁸⁵⁸ (grifos do autor).

Assinala Bandeira de Mello que incumbe a quem impugna o ato comprovar que a providência tomada pela Administração Pública não realiza *in concreto* o interesse tutelado em abstrato pela norma aplicanda, de maneira ótima⁸⁵⁹. Observa que há hipóteses em que será possível comprovar que uma única providência seria adequada, ou seja, aquela que a finalidade normativa requer, que não aquela adotada pela Administração, mas reconhece que em outros casos isso não será possível. Sienta, todavia, que o tema da discricionariedade diante do contraste judicial não se reduz apenas à problemática da “prova judicial”, vale dizer, “ao drama processual da prova”⁸⁶⁰, eis que, a partir da “finitude e limitação da inteligência humana”, não se pode em todos os casos saber ao certo qual a solução ótima para atender o interesse tutelado na regra habilitante, quando não estipula antecipadamente a providência cabível, na esteira do pensamento de Bernatzik⁸⁶¹ (grifos do autor).

Como bem enfatiza Araújo Cintra,

[...] na medida em que essa apreciação se perfaça pelo Poder Judiciário, a consequência imediata é o esfumaçamento de fronteiras tradicionalmente estabelecidas entre o campo próprio da ação do administrador público e a esfera da atividade jurisdicional, as quais apenas se mantinham nítidas em virtude de artifícios conceituais e graças a uma inflexível auto-restrição judicial⁸⁶².

Rebate esse autor a consideração de que o controle judicial dos atos discricionários importaria em rompimento do dogma da separação dos poderes, afirmando que, *na verdade, a doutrina da separação dos poderes foi concebida para garantir a liberdade individual em face do Estado, mas não para assegurar a absoluta liberdade de ação de cada um dos poderes do Estado em face dos demais*⁸⁶³ (grifos nossos).

⁸⁵⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 37. p. 35.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, 35-36.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁶² Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 186.

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 190.

É grande o esforço envidado para se estabelecerem os limites do controle judicial da atividade administrativa discricionária, seja no campo dos conceitos jurídicos indeterminados ou não. No âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados (expressões vagas, imprecisas), como estudado ao longo deste capítulo, o

primeiro ponto que se pode firmar é o de que toda noção tem uma área nuclear, central, sobre cuja significação todos estarão de acordo. Tem outrossim uma zona circundante, nebulosa, que se constitui em penumbra imprecisa, de confins esmaecidos e que constitui precisamente o campo de liberdade discricionária, o “mérito do ato”, a região insindicável pelo juiz, pela inexistência de um modelo, de um padrão objetivo de contraste. Tem finalmente um ponto extremo, além do qual tudo mais lhe será exterior e seguramente não incluído em seu âmbito de significação⁸⁶⁴.

A sindicância judicial deverá recair sobre a área nuclear do conceito a fim de verificar se foi ou não respeitada. Pode o Judiciário, mediante provocação dos interessados, confinar o comportamento dito “discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias dos administrados”⁸⁶⁵. Deverá o juiz verificar quando tais conceitos comportam valoração, de modo a encontrar o limiar da margem de liberdade decisória que eventualmente remanesça à Administração, na qual não poderá tocar.

Nas lições de Germana Moraes,

[...] *a partir da classificação dos vícios de discricionariedade e da construção teórica da “redução da discricionariedade a zero”*; no domínio da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, sempre na tentativa de edificação de um critério teórico de delimitação dos casos em que com a atribuição da discricionariedade e com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, o legislador confere liberdade de decisão ao administrador, e, assim sendo, *somente se admite parcial reapreciação jurisdicional*⁸⁶⁶ (grifos nossos).

Contudo, malgrado se vislumbre a delimitação da competência jurisdicional, tais limites não se apresentam atualmente com tanta nitidez. Isso porque a consideração da legalidade substancial em detrimento da legalidade formal importou

⁸⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 31, p. 35, jan.-mar. 1974.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁶⁶ *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 164.

em um alargamento dos conceitos jurídicos, permitindo-se ao juiz uma análise mais profunda do caso concreto, que antes poderia ser tida como intervenção judicial na esfera privativa da Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro averba que a influência da doutrina nos conceitos legais indeterminados foi menos ampla no direito alemão do que no francês, admitindo os tribunais, em muitos casos perante a presença de conceitos fluidos, que a matéria se reduz à mera interpretação, não se tratando de discricionariedade, na esteira de Enterría e Fernández, como se disse alhures.

Nessas hipóteses, os conceitos indeterminados para alguns doutrinadores constituem em *limitação à discricionariedade administrativa*⁸⁶⁷. Entende Di Pietro, em face dos conceitos jurídicos indeterminados, que não se trata de limites à discricionariedade, mas de verificação de quando a utilização de conceitos indeterminados importa em discricionariedade ou não⁸⁶⁸.

Na sua ótica, após a interpretação ou mesmo integração de normas jurídicas, especialmente se valendo dos princípios gerais do direito, pode-se chegar a uma solução única e válida perante o direito ou não, hipótese em que restam duas ou mais soluções válidas, ocasião em que a escolha dar-se-á discricionariamente pela Administração e será insindicável pelo Judiciário⁸⁶⁹. Aduz que a limitação à discricionariedade nas hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados se dá por determinados princípios, tais como o da moralidade administrativa (em que se insere o da boa-fé), o da razoabilidade, do interesse público e os princípios gerais do direito.

Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a moralidade constitui importante instrumento como limite à discricionariedade administrativa. Mesmo “que se reconheça certa margem de discricionariedade na apreciação da moralidade, ao Poder Judiciário é dado penetrar em seu exame”, máxime nos casos em que o ato

⁸⁶⁷ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 136.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, mesma página.

praticado no exercício da atividade administrativa for claramente contrário à moral, o que em geral é de fácil visualização⁸⁷⁰.

Aliado aos *princípios gerais de direito*, o *princípio da supremacia do interesse público* constitui *limite à discricionariedade*, ressaltando Di Pietro que todos esses princípios foram albergados implícita ou explicitamente pela Constituição Federal de 1988⁸⁷¹.

Como se disse, o *princípio da moralidade, do interesse público e da razoabilidade* se impõem também como *limites aos conceitos jurídicos indeterminados*, concluindo Di Pietro que a *legalidade em sentido amplo é o limite da discricionariedade administrativa*⁸⁷². Arremata seu pensamento, aduzindo que

[...] o princípio da legalidade adquire um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o Direito, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático. Nesse sentido, pode-se dizer que o *princípio da legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa*⁸⁷³.

Para Lúcia Valle Figueiredo, não é o “fato de estar a Administração diante de conceitos plurissignificativos ou indeterminados que terá possibilidades de escolha. O conceito deverá ser interpretado para ser aplicado. Desta forma, tem-se como primeiro limite da competência discricionária a adequada interpretação”⁸⁷⁴. Na dinâmica da discricionariedade pontua como limites a proporcionalidade a boa-fé, a lealdade e a igualdade. Lembra que o regulamento é de grande valia na interpretação e aplicação da norma (evita diferentes aplicações), desde que dentro da moldura da lei, respeitando o princípio da igualdade, que por si só repele a discricionariedade⁸⁷⁵.

Di Pietro ensina que facilmente se identificam algumas limitações à discricionariedade mediante o cotejo da atuação administrativa com a lei, como se

⁸⁷⁰ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 164.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 233-234.

⁸⁷² *Ibidem*, mesma página.

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 137.

⁸⁷⁴ Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 216.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p. 224.

dá com a competência e a forma, o mesmo podendo ocorrer com o objeto, o motivo e a finalidade (em sentido estrito), quando estes comportarem regulação legal. Por outro turno, há limitações de identificação mais complexa, aí se inserindo a própria limitação que corresponde a um conceito indeterminado, tal como o interesse público, a moralidade e a razoabilidade⁸⁷⁶.

São os limites ao exercício da competência discricionária que delimitam as divisas entre o arbítrio e o exercício da função administrativa nos moldes preconizados pelo Estado de Direito.

Ao se concordar com o pensamento de Bandeira de Mello, têm-se como elementos essenciais a limitar os confins da discricionariedade os próprios *pressupostos legais* que justificam o ato administrativo; a *finalidade normativa* (ainda que expressa por meio de conceitos vagos ou indeterminados) e a *causa* do ato administrativo⁸⁷⁷.

Vê-se que os mesmos aspectos que podem gerar imprecisão, além da causa do ato administrativo, constituem limites à discricionariedade administrativa⁸⁷⁸, os quais se revelam por meio da motivação.

A atuação discricionária da Administração Pública somente será legítima se respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico como um todo, tais como: a) o princípio da legalidade, em sua acepção ampla, vale dizer, respeitando-se os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais (juridicidade); b) a finalidade da lei atribuidora da competência; c) a causa do ato administrativo, a teor da definição de Bandeira de Mello d) as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos indeterminados.

Desse modo, para Bandeira de Mello os *limites do controle do ato administrativo* podem residir: I – nos pressupostos de fato (motivos); II – na finalidade (desvio de poder); III – na causa.

⁸⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 136.

⁸⁷⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 917.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, mesma página.

Tais limites definem o campo em que o agente público poderá agir livremente por meio de critérios próprios numa esfera reservada, na qual o Judiciário não poderá intervir a não ser para exame dos lindes conferidos pela lei à Administração, eis que controlará a legalidade do ato e não o mérito (área insindicável), entendido na forma conceituada por Bandeira de Mello.

Para Sainz Moreno, quando os motivos ou a finalidade estiverem expressos por conceitos fluidos ou vagos ou indeterminados, é possível uma redução mínima indiscutível (zona de certeza positiva e negativa)⁸⁷⁹.

Como se disse, a discricionariedade estaria na “zona intermediária”. A imprecisão oriunda dos conceitos vagos eventualmente existentes no pressuposto ou na finalidade não é absoluta, por mais fluidas que sejam as noções vazadas pela lei⁸⁸⁰. Por outro lado, não se pode separar o motivo (pressuposto de fato) da finalidade e do interesse que pelo cumprimento da lei é atendido, tratando-se de noções inseparáveis⁸⁸¹.

Da conexão entre os limites e o controle jurisdicional da discricionariedade, tem-se que o referido controle vai se dar pela finalidade (pelo exame do desvio de poder); pelo exame do pressuposto de fato (motivo) ou de direito (motivo legal) que embasa a prática do ato e, ainda, da motivação; pela causa (pelo exame da necessária relação de adequação lógica entre os motivos e o conteúdo do ato, em função da finalidade do mesmo), tendo como base princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade.

A par de a motivação constituir instrumento de controle do ato administrativo, o qual está intrinsecamente ligado à discricionariedade, *constitui igualmente um limite ao exercício da competência discricionária*, na medida em que permite que o pressuposto lógico (causa) do ato administrativo seja observado (relação entre o pressuposto de fato e o conteúdo).

⁸⁷⁹ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 70-71.

⁸⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 917.

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 920.

Ademais, a motivação possibilita a visualização do *iter* percorrido pela Administração até a decisão, promovendo a publicidade no que concerne às razões que ensejaram a escolha pelo administrador público, as quais devem ser aptas a justificar o conteúdo do ato como a melhor providência ou forma de atender o interesse, diante do caso concreto.

Por sua vez, Renato Alessi ensina que os limites à discricionariedade podem ser formais e substanciais. Os primeiros se reportam à forma, formalidade e competência e os últimos consistem na indicação (ainda que vaga) do grau mínimo de interesse público apto a justificar a potestade de ação discricionária conferida à Administração⁸⁸².

Reconhece Afonso Rodrigues Queiró que são limites ao poder discricionário os chamados por Laun⁸⁸³ de *limites externos*: a competência; a forma e os pressupostos de fato. Contudo, além deles há os *limites internos* a serem observados pela Administração Pública, os quais “se referem ao exercício da própria faculdade discricionária; à escolha dos fins imediatos do procedimento administrativo”, tendo em vista o interesse público, sob pena de estar-se diante de arbítrio e não de “dever-poder discricionário”.

Observa-se também a consagração jurisprudencial quanto a exclusiva análise administrativa das questões de mérito. Neste sentido, exemplifica-se com parte de julgado do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado⁸⁸⁴.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal corrobora a posição firmada pela jurisprudência dos demais Tribunais, pois, em situação na qual se discutia a

⁸⁸² *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 189.

⁸⁸³ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, p. 56.

⁸⁸⁴ Cf. STJ, 1.ª T., ROMS 1288/91-SP, rel. Min. César Asfor Rocha, v.u., j. 04.04.1994, DJ 02.05.1994.

expulsão de estrangeiro do País, compreendeu que, por se tratar de ato de competência discricionária do chefe do Poder Executivo, somente a este incumbia julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida, e que ao Judiciário competem tão-só a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial⁸⁸⁵.

Quanto à motivação, há que reiterar ainda que na esfera do controle judicial dos atos administrativos ganha maior relevo, pois é a partir dos fundamentos expostos que o Poder Judiciário poderá aferir a legitimidade da decisão administrativa.

Lúcia Valle Figueiredo, oportunamente, expõe que a motivação

[...] cumpre dois princípios. Cumpre o “due process of law” formal, porque está expressa no texto constitucional, art. 93, X, ou implícita, por força do art. 5.º, XXXV, ou, ainda do mesmo artigo, inciso LV, – e cumpre o “due process of law” substancial. Sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má⁸⁸⁶.

Acrescenta que a motivação como forma de controle da atividade administrativa é de suma importância. Lembra que na feliz frase de Bentham, citada por Michelle Taruffo, “boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas”⁸⁸⁷.

Por sua vez, Antônio Carlos de Araújo Cintra arrola entre as vantagens da motivação a delimitação do domínio da discricionariedade administrativa e a ampliação da segurança do cidadão perante a Administração Pública, além de sua maior participação⁸⁸⁸.

Conclui-se pela inarredável contribuição da motivação em sede de controle dos atos praticados no exercício da competência discricionária, seja por facilitar a interpretação do ato administrativo, seja por garantir a eficiência administrativa

⁸⁸⁵ Cf. STF, Pleno, HC 73940, rel. Min. Maurício Correa, v.u., j. 26.06.1996, DJ 29.11.1996.

⁸⁸⁶ Lúcia Valle Figueiredo. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista do Tribunal Regional Federal – 3.ª Região*. São Paulo, n. 28, p. 22-23, out.-dez., 1996.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁸⁸ Antônio Carlos de Araújo Cintra. *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 189-191.

(otimização de meios e fins) e uma Administração democrática (em que os direitos e garantias dos administrados também restam assegurados), e, principalmente, por resguardar o controle da função pública coibindo eventuais abusos, vale dizer, o interesse público.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, que teve por objeto a motivação como instrumento de controle do ato administrativo, procurar-se-á sintetizar as principais idéias abordadas e conclusões parciais e globais colhidas ao longo do exame da temática proposta diante de sua extensão e complexidade.

1. A Constituição Federal de 1988 não agasalhou expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública relacionados no art. 37, constando tal exigência apenas para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93, X, e 128, § 4.º, com a redação dada pela EC 45/2004, respectivamente); diferentemente, a Constituição Paulista, a exemplo de outras Constituições estaduais e legislação correlata, em seu art. 111 (com a redação dada pela EC Estadual 21/2006) inclui expressamente a motivação entre tais princípios e bem assim a Lei Federal 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2.º, *caput*.

2. Entretanto, se a motivação é exigida diante das decisões administrativas dos Tribunais no âmbito do Poder Judiciário, tal exigência impõe-se com maior razão às decisões administrativas dos demais Poderes, máxime no exercício das funções administrativas típicas. Ademais, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, art. 5.º, XXXV, da Constituição da República, também reclama o comparecimento da motivação.

3. Os fundamentos do dever de motivar os atos administrativos provêm da Constituição Federal brasileira e dos princípios da Administração Pública dela decorrentes, especialmente os do Estado Democrático de Direito, da legalidade, razoabilidade, moralidade e publicidade.

4. A motivação é uma exigência do Estado Democrático de Direito, máxime na aferição da legitimidade do ato administrativo, tanto sob o prisma do controle interno e externo, especialmente do jurisdicional, como do administrado.

5. O germe e a evolução da motivação se deram no seio dos pretórios alienígenas, acompanhados posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal no direito pátrio e, mais recentemente, pelos demais Tribunais Superiores, além da evolução doutrinária no mesmo sentido.

6. O Estado produz diversos atos jurídicos na realização das múltiplas tarefas que lhe são afetas. Apartou-se desta totalidade de atuações no mundo do direito a categoria “ato administrativo” que individualiza um tipo de ato estatal exarado no exercício da função administrativa (típica ou atípica), com as prerrogativas que lhe são inerentes e que se expressam mediante submissão à legislação infraconstitucional e, em caráter excepcional, diretamente da Constituição Federal, visando dar-lhes cumprimento e sujeitando-se a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. Aditando-se a concreção e a unilateralidade a esse conceito de ato administrativo em sentido lato, tem-se o conceito estrito.

7. O ato administrativo costuma ser fracionado em elementos e pressupostos visando facilitar-lhe o estudo. Os primeiros, na classificação adotada, são o conteúdo e a forma e os últimos dividem-se em pressupostos de existência e de validade. O objeto e a pertinência à função administrativa são pressupostos de existência do ato administrativo, enquanto os de validade, vale dizer, de sua lisura jurídica, são o sujeito (pressuposto subjetivo), o motivo e os requisitos procedimentais (pressupostos objetivos), a finalidade (pressuposto teleológico), a causa (pressuposto lógico) e a formalização (pressuposto formalístico).

8. Entre os elementos do ato administrativo ressaltou-se a forma, que não se confunde com o pressuposto formalização, e, no último, alguns autores alocam a motivação. Entre os pressupostos ou requisitos do ato, por pertinentes ao objeto de estudo, sobrelevam o motivo, a causa e a finalidade.

9. A forma enquanto elemento do ato administrativo é o seu revestimento externo, a exteriorização de seu conteúdo, revelação da alteração jurídica produzida, inserta no plano da existência do ato, ao passo que a formalização (pressuposto formalístico) encontra-se no plano de sua validade. Se forma é a exteriorização do ato administrativo, a formalização é a forma específica a ser observada para a

produção do mesmo, em outras palavras, o modo específico de exteriorização de seu conteúdo.

10. Como antecedente lógico necessário à produção do ato, o motivo como pressuposto de fato que autoriza ou exige sua prática é indispensável à sua validade, diferindo de sua descrição na norma jurídica (motivo legal) e do móvel (intenção do agente), que apenas apresenta relevo em sede de competência discricionária.

11. Quando o motivo é expresso em lei, não confere margem de atuação ao agente público, que deve praticar o ato tão-somente em caso de ocorrência da situação legalmente prevista e, na ausência de previsão legal, terá “liberdade” de escolha do motivo (da situação) visando a prática do ato.

12. Assim como o motivo, os requisitos procedimentais são pressupostos objetivos, devendo os últimos, como atos jurídicos independentes, preceder a um determinado ato administrativo por imposição normativa. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello “tanto o motivo como os requisitos procedimentais são condições para a prática de um certo ato. Mas diferem porque o motivo é um ‘fato jurídico’ ao passo que o pressuposto procedimental é um ato jurídico”. O motivo difere da motivação, eis que esta o exterioriza.

13. A finalidade (pressuposto teleológico) consiste no bem jurídico objetivado pelo ato administrativo, no resultado previsto em lei como o adequado à sua tipologia e no alcance dos objetivos nele insertos (objetivo inerente à sua categoria). Em sentido amplo é o interesse público e, em sentido restrito, corresponde ao fim específico previsto para o ato, não obstante sempre embasado no interesse público.

14. Acompanhou-se Bandeira de Mello que, divergindo da doutrina majoritária, admite discricionariedade quanto ao fim do ato administrativo, apesar de ser necessariamente um interesse público, mas em grande parte das vezes o que vem a ser interesse público comporta certa apreciação subjetiva, insuscetível de reduzir a uma objetividade absoluta, o que não afasta certa discricionariedade.

15. Os fatos que deram suporte à decisão integram a validade do ato, resultando da inexistência de motivo, de sua ausência ou diante de qualificação incorreta, em vício a macular o ato, até mesmo quando a lei não haja estabelecido previamente os motivos. Na aferição de tais vícios é inofidável a relevância da motivação, ocasião em que a teoria dos motivos determinantes, relativa à questão da vinculação do agente público ao motivo que alegar, influenciou os juristas da Europa e do Brasil, além de ter contribuído para a evolução da motivação a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês.

16. Perfilhou-se a conceituação de motivação, também denominada fundamentação ou justificação, na linha preconizada por Stassinopoulos e Antônio Carlos de Araújo Cintra, aderindo-se a uma visão mais abrangente, para fazê-la incidir não apenas sobre os motivos da decisão administrativa, mas em todos os seus aspectos de legalidade e de oportunidade e conveniência, eis que, como discurso destinado a justificar racionalmente o ato administrativo, não seria bastante se a Administração apenas fizesse alusão à norma jurídica de atribuição de competência (motivo legal) e remissão a um determinado fato (motivo), desacompanhada do porquê de tal fato justificar o ato perante a lei e o direito vigente, já que nem tudo que é razoável em abstrato o será em concreto.

17. Conclui-se da leitura dos dispositivos alusivos à motivação na Lei Federal 9.784/1999 que também em seu âmbito a motivação deve ser entendida em sentido amplo. O art 2.º, *caput*, declara a motivação como princípio da Administração Pública. A este, conjuga-se o inciso VII do seu parágrafo único, o qual reclama a exigência da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, reiterando-o no art. 50, *caput*. Impõe a Lei Federal a obrigatoriedade da motivação diante de atos restritivos de direito em seu art. 50, além de prever que os elementos probatórios deverão constar da motivação do relatório e da decisão (§ 1.º do art. 38). Tal entendimento decorre não apenas da conjugação de tais artigos da Lei Federal, mas também dos demais princípios que a informam.

18. Não há uniformidade doutrinária sobre a natureza jurídica da motivação. Para alguns, se relaciona à forma do ato administrativo; para outros, ao seu conteúdo, havendo aqueles que a consideram um requisito procedimental, bem

como os que preconizam a sua dupla natureza – formal e substancial. Conclui-se que a natureza jurídica da motivação é mista, o que decorre de sua dupla dimensão (formal e substancial), eis que não se esgota como requisito formalístico apenas (aspecto formal), mas ganha a relevância que lhe cabe em sua dimensão material ou substancial. No aspecto formal, a motivação consiste na exposição enunciativa das razões da decisão e, na dimensão substancial, na recondução da decisão a um parâmetro valorativo que a justifique. Ou seja, a motivação associa-se em seu aspecto formal à transparência da decisão, manifestando seu caráter público, de modo a tornar-se acessível aos administrados, além de viabilizar o controle do ato administrativo. No aspecto material, confere relevo à idoneidade substancial do ato praticado, de modo a refletir um poder decisório responsável.

19. A motivação não pode ser vista como um requisito procedimental, aceito por parte da doutrina, eis que este é prévio e a motivação tempestiva.

20. A motivação permite verificar o cumprimento da legalidade material, do qual se deduz sua importância na aferição da compatibilidade do ato administrativo com a lei e o direito, em que a idéia de direito restrita à legalidade (regras jurídicas) é substituída pela noção de “juridicidade” (composto de princípios e regras jurídicas, ou seja, normas jurídicas), na esteira da posição doutrinária adotada.

21. A legalidade constitui a primeira norma limitadora do arbítrio, traduzida na obrigação de a decisão vir acompanhada de um discurso justificativo. Motivar implica limitar o Poder Público não somente em sua atuação alusiva ao princípio da legalidade, mas também à necessidade de invocar e aplicar um critério objetivamente aceitável, por razoável e prefigurado pelo ordenamento jurídico.

22. A razoabilidade relaciona-se intimamente com a motivação, na medida em que é por intermédio desta que se pode aferir o discurso justificativo do exercício razoável da atividade administrativa diante do caso concreto, além de constituir importante instrumento de controle do ato administrativo.

23. A motivação vincula-se ainda à moralidade, especialmente em sede de contraste judicial, uma vez que as intenções não podem ser colhidas sem a devida externalização. Sabe-se que a moralidade é de difícil aferição na ausência da motivação, razão pela qual ambas caminham *pari passu*.

24. A partir da EC 45, de 08.12.2004, a Constituição Federal conta com o art. 5.º, LXXVIII, que tornou expresso o princípio da razoabilidade, do que decorre a valorização da eficiência no âmbito do processo administrativo, em que a motivação ganha vulto, especialmente na função de auxiliar a promoção da eficiência da máquina administrativa em nome da boa Administração.

25. Ao mesmo tempo em que o princípio da publicidade confere ao cidadão o direito à informação verdadeira, a transparência dos atos, procedimentos e contratos administrativos confere à Administração Pública o dever de motivação expressa dos atos administrativos por ela praticados.

26. Assim, a publicidade, que visa conferir total transparência à atividade administrativa, está umbilicalmente ligada à motivação, potencializando o controle do ato administrativo.

27. O que se apresenta como fundamentos da motivação na ótica de alguns autores para outros se encarta entre suas finalidades ou funções. Destarte, o papel da motivação no controle jurisdicional dos atos administrativos e na limitação da discricionariedade administrativa representa finalidades da motivação, e não seus fundamentos, como pontua parte da doutrina, eis que a motivação constitui-se em instrumento do controle do ato administrativo, com o que se concorda.

28. A partir dessa premissa, conclui-se que, ao lado da função informativa, a motivação realiza a função de justificação da decisão, operando em relação à opinião pública como uma espécie de controle difuso e democrático (exercido *uti civis* por cada membro da sociedade), bem como em relação aos interessados e potenciais recorrentes, denotando a motivação do ato administrativo, na primeira hipótese, o mesmo fundamento que a exigência de motivação da sentença (quanto

ao caráter extraprocessual e não endoprocessual), além de facilitar a interpretação e o controle do ato emanado no exercício da função administrativa.

29. As finalidades (teleologia) precípua da motivação, por razões práticas, subdividiram-se em quatro itens, quais sejam: controle da função administrativa; interpretação do ato administrativo; integração de interesses indispensável a uma Administração democrática e eficiência e Administração: interesse público – grau ótimo – otimização de meios e fins.

30. Entre a plurifuncionalidade da motivação destaca-se a melhor qualidade e legitimidade da decisão administrativa (persuasão que deve integrá-la) e o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e interpretação de tais decisões, especialmente na presença de competência discricionária, além da ampliação da dimensão democrática (participativa e informativa) no campo das relações Administração e particulares (Administração democrática e pedagógica).

31. Ademais, a motivação contribui com a eficiência administrativa a ser perseguida em grau ótimo, mediante a ponderação de interesses na escolha dos meios razoáveis e menos gravosos, mas necessários e suficientes ao interesse público, desde que não implique ameaça ou lesão a direitos fundamentais ou ao próprio interesse público a ser satisfeito também em grau ótimo.

32. Os requisitos da motivação devem comparecer sob pena de invalidação do ato administrativo por vício de motivação.

33. A motivação deve ser suficiente, explícita, clara e congruente, ratificando a Lei Federal o entendimento doutrinário, neste aspecto. Atualmente a discussão doutrinária perde parte de seu objeto em razão das expressas determinações legais, eis que o § 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999 estabelece os requisitos que a motivação legal deve ostentar.

34. A motivação suficiente (ainda que com conteúdo mínimo) é aquela que permite ao interessado ter acesso às razões que embasaram a decisão administrativa de modo a respaldá-lo adequadamente em eventual impugnação.

35. Congruente é a motivação que permite uma conclusão lógica, pois se houver incoerência interna entre o texto da decisão e o conteúdo do processo, no que diz respeito à instrução probatória, o controle do ato administrativo restará impossibilitado.

36. Deve a motivação ser clara (ausência de dúvidas, incertezas e ambigüidades), não podendo conter frases genéricas ou fazer alusão a pareceres, neste último caso, exceto na motivação *aliunde* legal, sob pena de o ato administrativo eivar-se de vício de nulidade ou anulabilidade a ser aferido no caso concreto.

37. A motivação deve ainda ser tempestiva (contemporânea à prática do ato), eis que a motivação sucessiva (*a posteriori*) não pode assegurar de modo estreme de dúvida que motivos alegados preexistiam e eram suficientes para a produção do ato, por coincidirem com as previsões legais.

38. A Lei Federal positivou a motivação *aliunde* ou por referência (constante de documento distinto), consagrada na doutrina (§ 1.º do art. 50). Conclui-se, a partir da enunciação do dispositivo legal pertinente, que deve ser interpretado não no sentido literal que a lei lhe atribui, devendo a motivação *aliunde* ser compreendida com o mesmo valor da motivação contextual, na linha do pensamento de Florivaldo Dutra de Araújo. Diz o dispositivo legal em questão que a motivação pode “consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, *neste caso, serão parte integrante do ato*”. Também parte da discussão doutrinária sobre a topologia da motivação perde sua relevância.

39. O direito estrangeiro trouxe contribuições importantes para o dever de motivar no direito pátrio. Contudo, nos ordenamentos jurídicos mais avançados o dever de motivar sofre temperamentos. Também, entre nós, a regra da obrigatoriedade comporta temperamentos até mesmo nos atos discricionários por determinação constitucional, além de exceções doutrinárias aceitas por alguns autores.

40. A partir daí, extraíram-se algumas conclusões no âmbito da Lei Federal 9.784/1999. A obrigatoriedade de motivar disposta em seu art. 50 se reporta apenas aos atos restritivos de direitos. Discorda-se de que os atos ampliativos se insiram no dispositivo legal em comento no termo “afetem” direitos ou interesses, preceituado em seu inciso I, ou em outro dos seus termos. Resta claro o intento legislativo em declinar apenas os atos restritivos. Contudo, os atos ampliativos não ficam desprovidos de amparo, eis que forçoso reconhecer o dever de motivar os atos administrativos em geral, seja em decorrência do expresso princípio da motivação no art. 2.º, *caput*, da Lei Federal, seja porque não é apenas o princípio da motivação que rege a interpretação como um todo. Ademais, ao contemplar o princípio da motivação, a Lei Federal se valeu do termo dever (obediência) de motivar. Acresce-se a isso que no parágrafo único do mencionado art. 2.º a Lei Federal impõe observância a inúmeros “critérios”, quando, na verdade, quis dizer “princípios”, o que seria tecnicamente inconcebível, uma vez que estes não podem ser definidos, entre os quais o da motivação (inc. VII). Retoma a Lei Federal tais “critérios” no *caput* de seu art. 50. Assim, numa interpretação conjugada dos mencionados dispositivos legais e demais princípios que regem a matéria, chega-se a uma adequada compatibilização. Há ainda que se ter em conta os fins objetivados pela lei. Por fim, o art. 50 deve ser lido sem se descuidar da principiologia da Lei, máxime em face do princípio da razoabilidade, finalidade e instrumentalidade das formas que expressa.

41. A Lei Federal não se reporta a eventual exceção que o dever de motivar comporta. Nem seria esperado que o fizesse, máxime por consagrar expressamente tal dever, evitando-se possível engessamento normativo. Entretanto, seria conveniente que, na colisão de princípios fundamentais, houvesse previsão de abrandamentos no regime de invalidação do ato administrativo em face da motivação. Deixa entrever, contudo, que a motivação não é absoluta, pois ao prever um rol de atos em que a motivação é obrigatória (art. 50) significa dizer que a motivação pode comportar exceções. Ademais, ao permitir a convalidação de atos administrativos (art. 55 da Lei 9.784/1999) traz implícitas ocorrências de hipóteses (irregularidades, ausência ou deficiência de algum dos requisitos da motivação), das quais pode não decorrer prejuízo algum para os interessados e ao interesse público, além de não comprometer o controle do ato administrativo.

42. Quanto aos atos praticados no exercício da competência vinculada e discricionária, a Lei Federal não os diferencia, reportando-se a ambos indistintamente. Igualmente não excepciona tais categorias de atos, aplicando-se a estes as exceções doutrinárias no que diz respeito à motivação em geral. Diante de atos totalmente vinculados (aposentadoria compulsória aos 70 anos), a motivação pode ser dispensada, pois a lei prevê todos os aspectos com rigor absoluto.

43. Na ausência de motivação do ato nem sempre será possível precisar se os motivos existiram, e, menos ainda, reconhecer se havia razões aptas para justificá-lo diante da finalidade legal, especialmente no âmbito do exercício da competência discricionária. Admite-se, excepcionalmente, nos casos em que a lei não exija motivação, que o ato discricionário possa dela prescindir, pois pode haver alguma hipótese de natureza rara ou excepcional, não se esquivando a Administração de demonstrar de modo irretorquível e objetivo que o motivo alegado intempestivamente preexistia e possuía idoneidade para justificar o ato, e que tal motivo foi a razão determinante de sua prática. Somente na presença destes três elementos admite-se que o ato se convalide com a motivação posterior ou sucessiva, na esteira dos ensinamentos de Bandeira de Mello. Partilham de tal entendimento aqueles que vêem a motivação como requisito formal, pois como requisito procedimental será sempre obrigatória.

44. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu algumas hipóteses de exceções ao dever de motivar (atos políticos para uns, atos administrativos com emanção constitucional direta, para outros). Há também exceções constitucionais implícitas. Ficam dispensadas de motivação as hipóteses cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5.º, XXXIII, *in fine*). A Lei Federal, ao permitir a convalidação dos atos administrativos (art. 55), admite de forma implícita hipóteses em que pode não decorrer prejuízo algum para os interessados e ao interesse público, além de não comprometer o controle, tal como eventual irregularidade na motivação que não afete a validade do ato. Também são exceções à regra da obrigatoriedade de motivar, aquelas apontadas pela doutrina, os despachos de mero expediente, encaminhamentos, juntadas e outros.

45. A regra da motivação escrita e tempestiva também comporta exceção quanto aos atos orais que não possam ser reduzidos a termo de imediato.

46. Conclui-se que para os que classificam a motivação como pressuposto formalístico (natureza jurídica formal) a aceitação das exceções ao dever de motivar não exige tanto rigor, eis que a motivação neste caso não enseja impugnação autônoma, como ocorre para os que a visualizam na dimensão substancial (natureza jurídica).

47. Com o advento de leis gerais de processo administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, a motivação legal ganha nova roupagem, sobressaindo-se sua dimensão material a par da dimensão formal, com repercussão nos vícios de motivação e, por via de consequência, no regime de invalidação e controle dos atos administrativos, a depender do que se entenda como sua natureza jurídica.

48. Conclui-se que os vícios de motivação podem ensejar a nulidade, anulabilidade do ato administrativo ou gerar mera irregularidade (não incluída no regime de invalidação adotado), tendo-se como ponto de partida que a motivação é obrigatória em regra, comportando exceções.

49. O vício de motivação (falta ou omissão, insuficiência e incongruência da fundamentação) leva à invalidação (nulidade, como regra) do ato administrativo, a não ser que não afete direito fundamental e não fira o interesse público, equivalendo a insuficiência, por vezes, à ausência de motivação. Também a motivação falsa enseja a nulidade.

51. Nos atos absolutamente vinculados a falta de motivação não implicará vício se os motivos estiverem contidos na lei de modo a se submeterem a um controle objetivo, a depender do que se entenda por sua natureza jurídica.

52. Eventual vício de finalidade (desvio) pode ser aferido mediante a motivação legal, e, neste caso, sua omissão ou insuficiência torna deveras difícil a visualização do vício em sede de contraste judicial, o que também se dá, mas em menor monta, nos vícios de causa e de motivo.

53. Em geral, nos atos que decidam recursos, nos restritivos de direitos e nos atos sancionatórios, a motivação deve ser mais precisa e rigorosa, não se admitindo insuficiência, omissão ou incongruência.

54. De igual modo, diante de arbitrariedade o vício de motivação dá lugar à invalidação do ato, independentemente de causar lesão ao administrado.

55. As decisões repetitivas e padronizadas (decisão genérica entre outras), muitas vezes utilizadas para casos concretos diferentes e não apenas nos semelhantes, promovem vícios de motivação, os quais podem dar lugar à nulidade ou anulabilidade dependendo do grau da reação causada na ordem jurídica.

56. Diante de vícios sanáveis, poderão incidir no caso de ato administrativo passível de convalidação sua sanção na esfera administrativa e, em juízo, a fuga do decreto de nulidade.

57. O vício de motivação, quanto à clareza, permite eventual sanção do ato administrativo. Em sede de *controle jurisdicional* pode o juiz deixar de anular o ato motivado por considerar o vício sanável, mas não poderá convalidá-lo, pois é tarefa exclusiva da Administração Pública. A ausência do requisito clareza pode comportar a invalidação do ato, se incidir em vício insanável a fulminar o ato administrativo motivado com obscuridade insuprível.

58. A motivação sucinta é válida desde que preencha os requisitos analisados, não se equiparando à sua ausência ou insuficiência.

59. No que tange aos atos irregulares, conclui-se que se pode interpretar o parágrafo único, IX, da Lei Federal no sentido de sua admissão, uma vez que a Lei 9.784/1999 elevou a forma ao caráter instrumental, devendo o ato praticado com mero defeito formal ser resguardado. Extrai-se da conceituação dos atos irregulares que tais irregularidades decorrem de “vícios materiais irrelevantes” (erros no enunciado, no instrumento, de formalidades, de grafia etc.), ou derivam da não-observância de normas internas da Administração que visam padronizar a

veiculação dos atos administrativos. Não será anulado o ato que apresentar mera irregularidade de motivação.

60. A dimensão substancial ao lado do caráter formal da motivação vem se firmando entre nós, máxime após o advento da Lei Federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999), capacitando-a a explicitar se a conduta do administrador público se deu em obediência aos parâmetros conferidos pela lei, legitimando a competência que lhe foi outorgada pela norma legal no exercício da função administrativa, de modo a transparecer todo o *iter* percorrido até a decisão final do ato administrativo praticado, possibilitando o imprescindível controle sobre a função pública.

61. Conclui-se que a motivação legal deve viabilizar antes de tudo o controle preventivo ou precontencioso da atividade administrativa, evitando-se o controle externo no mais das vezes, o que redundaria, ainda, numa Administração eficiente e em importante desentrelaçamento do Poder Judiciário.

62. O controle dos atos estatais surgiu a partir da separação do exercício do poder, visando a controlá-lo, e tem por semente a democracia, decorrendo ainda da legalidade como base de um Estado Democrático de Direito.

63. Os atos praticados no exercício da função administrativa devem necessariamente submeter-se a controle, o que se extrai da natureza da função pública incumbida da execução das leis, não podendo ser imunes à insurgência contra atos ilegais. A provocação de eventual invalidade dos atos administrativos se dá pelos mecanismos de controle, especialmente pela motivação como afirmação dos direitos políticos dos cidadãos ao esclarecimento do porquê das ações dos administradores públicos.

64. O controle da função administrativa não se restringe ao próprio contexto (controle interno ou administrativo), mas a este se sobrepõe, admitindo também a fiscalização pelos administrados (controle social ou popular), sob a ótica da participação democrática, pelos Poderes Legislativo (parlamentar direto e Tribunal de Contas), Judiciário e Ministério Público, como modalidades de controle externo.

65. O Ministério Público também pode ser considerado uma via autônoma de controle porque exerce função de fiscalização e o faz por meio de procedimentos próprios, como o inquérito civil público previsto na Lei de Ação Civil Pública, embora alguns não reconheçam tal possibilidade. Tanto o Ministério Público quanto o Tribunal de Contas exercem controle institucional sobre a atividade administrativa.

66. Cabe à motivação legal demonstrar a existência das razões de fato (motivo) e de direito (motivo legal) que autorizam a emissão do ato e se este atendeu à sua finalidade legal, além da pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo do ato com vistas à sua finalidade (causa), ou seja, deve demonstrar a legitimidade do ato administrativo. Se por um lado o conhecimento das razões (justificativas do ato) que levaram o agente público a decidir de uma determinada maneira assegura a defesa do particular ou administrado, por outro possibilita o controle do ato administrativo, mediante a ponderação dos fatos que o administrador levou em conta na decisão, contribuindo para a explicitação dos motivos do ato no controle pelos administrados e pelos órgãos, aos quais incumbe a sua supervisão ou revisão.

67. No controle interno, principalmente no controle exercido pelos superiores hierárquicos do agente que editou o ato (fiscalização hierárquica), a motivação exerce papel de relevo, propiciando a visualização dos pressupostos do ato, além de tornar visível a conveniência e oportunidade dos atos praticados, indispensáveis à sua legalidade, cujo controle pode dar-se pela homologação ou aprovação, além da revogação ou invalidação dos atos administrativos. No controle *a posteriori*, a motivação igualmente contribui na verificação da legalidade do ato administrativo (homologação, por exemplo).

68. Igualmente nas fases do processo administrativo a motivação se impõe a fim de facilitar o controle dos atos endoprocessuais.

69. As fases do processo administrativo consistem na fase de iniciativa, ou inaugural; fase instrutória; fase decisiva ou decisória; fase controladora ou integrativa; fase de comunicação e fase recursal.

70. Com o escopo de atingir a decisão administrativa como finalidade almejada na aplicação do direito ao caso concreto, há todo um caminho percorrido (fases processuais), de interesse não apenas para a defesa do administrado, mas também para o controle do ato administrativo em todas as modalidades.

71. Ao longo de tais fases e após a conclusão delas, deve haver uma busca pela Administração democrática, transparente e eficiente, em que o controle dos atos endoprocessuais, especialmente o preventivo ou precontencioso, possa efetivar-se sem delongas.

72. Em cada uma das fases processuais, a visualização adequada de todo o *iter* percorrido, das provas coligidas no seu curso, sobre as quais a decisão deverá embasar-se, resta imperiosa. Uma decisão devidamente justificada e fundamentada depende das fases que a precederam, em que a motivação cumpre seu papel como instrumento de controle do ato administrativo, não apenas na fase deliberativa, mas em todas as demais, valendo lembrar que a motivação precede o contraditório.

73. Na fase recursal, do ponto de vista do agente controlador, a motivação é de indispensável importância na fiscalização hierárquica (de ofício), por exemplo, no âmbito do controle interno (controle de legalidade e de mérito), devendo sempre comparecer, uma vez que apenas diante dos motivos reais que levaram a Administração Pública à decisão final o controle de legalidade dos atos endoprocessuais será viabilizado.

74. Também no âmbito do Poder Judiciário a motivação em cada uma das fases do processo administrativo facilita o controle dos atos endoprocessuais em sede de contraste judicial, evitando-se, ainda, repetição desnecessária de atos já praticados, com prejuízo aos administrados e à boa Administração.

75. O controle parlamentar ou legislativo se dá em geral por meio da tomada de contas, interpelações, inquéritos etc., destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista da sua legalidade e conveniência com vistas ao interesse público, em que a motivação deve comparecer sob o aspecto das atividades controladas.

76. No controle institucional pelo Tribunal de Contas e Ministério Público a motivação dos atos praticados pelos entes controlados facilita a atividade de fiscalização.

77. O controle judicial ampliou-se a partir do “exame dos motivos e dos princípios gerais de direito” no que diz respeito aos atos administrativos discricionários. Num outro momento, o Judiciário passou a controlar os “fatos” mediante a “teoria dos motivos determinantes”. Vigora atualmente a possibilidade de “controle” do ato administrativo por meio dos “princípios gerais de direito”, tais como o da boa-fé, proporcionalidade etc. Robusteceu-se o controle jurisdicional sobre a Administração, especialmente em face da defesa dos direitos fundamentais. O controle, mais especificamente o jurisdicional, contém eventual exercício abusivo do poder.

78. Há uma tendência de ampliação do controle sobre o poder discricionário em diversos países, entre eles o Brasil, valendo lembrar o incremento do número de decisões motivadas, especialmente por força das leis de processo administrativo.

79. Também a evolução da motivação dos atos administrativos contribuiu para a ampliação do controle sobre as atividades da Administração Pública.

80. Vigora no Brasil o sistema da jurisdição una, em que todos os litígios podem ser apresentados ao Poder Judiciário (princípio da inércia da jurisdição, ou iniciativa da parte interessada), ainda que presente a Administração Pública, a fim de que a solução do conflito esteja sob o manto da coisa julgada. Ao revés, no sistema da dupla jurisdição, vigora o contencioso administrativo, do qual se extrai a figura do juiz administrativo, em que os litígios são julgados de maneira definitiva por órgãos do Poder Executivo.

81. Cabe ao controle judicial como ao controle administrativo ou interno examinar o ato administrativo em todo o seu *iter*, verificando o atendimento dos pressupostos que ensejaram sua produção válida.

82. O controle jurisdicional pode ao mesmo tempo envolver o controle da função administrativa e da função legislativa e, em grau de recurso, o controle de todas as funções do Estado, de modo a verificar a conformidade do ato com o direito (controle da função administrativa), da legalidade ou constitucionalidade da norma jurídica (controle da função legislativa) e da correta aplicação do direito (controle da função jurisdicional).

83. Incumbe ainda ao Poder Judiciário zelar pela proteção dos direitos e garantias albergados pela Constituição Federal (sustentáculo do sistema jurídico do país) e bem assim pelos seus princípios e sobreprincípios consagrados pela ordem jurídica. Na democracia quem dita o direito é a sociedade, cumprindo ao juiz decodificar os valores socialmente aceitos.

84. Com a revisão do ato administrativo a partir de um critério objetivo, tem-se, de um lado, o controle de legalidade, aferível tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, e o controle de mérito que compreende os aspectos da conveniência e da oportunidade e cuja verificação se restringe, exclusivamente, à esfera dos órgãos administrativos.

85. Deverá o Judiciário aferir se houve obediência do agente público à lei examinando a causa do ato administrativo, em cuja ausência o ato estará maculado de ilegalidade, na medida em que fere a própria racionalidade da norma. A causa é mais uma análise na aferição pelo Judiciário da validade do ato, além do motivo e da finalidade. A finalidade é importante para a causa, eis que a ordem jurídica preestabelece que exista a relação. A prescrição só pode surtir efeito a partir da relação e em razão disso a finalidade é relevante na visualização da causa do ato, ocasião em que a motivação cumpre o relevante mister de revelar tais pressupostos do ato administrativo.

86. O estudo da jurisprudência se traduz em importante complemento dos ensinamentos teóricos dos doutrinadores referidos ao longo deste estudo. Por intermédio das decisões proferidas pelos Tribunais tornou-se mais nítida a verificação da evolução da motivação como instrumento de controle do ato

administrativo. No âmbito do direito comparado a motivação também ocupa posição de relevo quando se analisa o controle judicial.

87. São correntes as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”, sendo, na verdade, vinculação ou discricionariedade predicados referentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo, razão pela qual o correto é dizer “exercício da competência vinculada e discricionária”. Destarte, não é o ato que é vinculado ou discricionário, mas um ou alguns de seus aspectos são vinculados.

88. No exercício da atividade vinculada o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle sem restrições, de modo que, se o ato administrativo ferir o princípio da legalidade, será fulminado pela nulidade. Por outro lado, no campo da competência discricionária há uma área insindicável pelo Judiciário.

89. No processo interpretativo diante de determinados “atos vinculados” a subsunção à hipótese legal ocorrerá com mais facilidade, podendo em outros casos apresentar diversos graus de dificuldade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos.

90. Decorre a discricionariedade da impossibilidade de o legislador tudo prever, deixando, portanto, que a solução dos casos concretos fique ao encargo de quem melhor possa fazê-lo, não só em razão de sua função concretizadora das leis, mas também pela sua conseqüente proximidade das situações empíricas que se afiguram, sem esquecer que a discricionariedade permanece sendo um poder jurídico, ou seja, limitado pela lei.

91. Consiste a discricionariedade na margem de liberdade conferida ao administrador público pela lei, a fim de que cumpra o dever de praticar entre as condutas possíveis, pelos critérios de conveniência e oportunidade, a que melhor atenda, no caso concreto, a finalidade legal.

92. A discricionariedade existe na norma jurídica (estática), a qual pode valer-se de “conceitos jurídicos imprecisos” ou “indeterminados”, podendo ocorrer

discrição advinda de tais conceitos por comportarem no caso concreto mais de uma interpretação possível e razoável, por residirem numa zona intermediária, de incerteza.

93. Nem sempre isso ocorre, pois pode haver discricionariedade na estática da norma e não em sua dinâmica, não apenas em face dos conceitos jurídicos indeterminados, podendo restar apenas uma solução adequada ao interesse público, o que só pode ser aferido no caso concreto.

94. Decorre daí o alargamento da sindicabilidade jurisdicional, em face da diminuição do campo da discricionariedade em que reside parte da relevância da motivação, eis que a liberdade que remanesce ao agente na prática do ato está adstrita à lei, e a motivação como condicionante de tal liberdade aos limites legais permite o controle dos atos praticados no exercício da função administrativa.

95. Por ocasião do controle judicial, no mais das vezes é possível contextualizar os conceitos de valor (conceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos, vagos, elásticos ou conceitos práticos), mediante o auxílio dos princípios que norteiam a interpretação teleológica, sistemática e conforme a Constituição, tornando-se possível a aferição do sentido de tais conceitos, ou, ainda, valer-se de laudos técnicos a fim de concluir, por exemplo, se um determinado imóvel trata-se de patrimônio histórico ou não, e se preenche, ainda, os requisitos para seu tombamento, de modo a dissipar a indeterminação do conceito ou a incerteza da situação concreta. Concorde-se, contudo, que em determinados casos e na ausência de prova cabal pode remanescer dúvida invencível.

96. Acompanha-se a corrente doutrinária para a qual a discricionariedade está na estrutura da norma, podendo decorrer da hipótese, do mandamento ou da finalidade, na presença ou não de conceitos jurídicos imprecisos.

97. Pode ocorrer discrição no mandamento da norma não apenas quando a norma faculta a prática do ato em vez de exigí-lo, mas também ao facultar a apreciação do momento oportuno para a prática do ato, podendo, ainda, conferir competência à Administração para diante do caso concreto, dentre duas ou mais

soluções possíveis, escolher a providência que melhor se conforme ante as circunstâncias do caso concreto.

98. Na análise do caso concreto, o juiz, a pedido da parte, poderá verificar em exame de *razoabilidade*, se o comportamento adotado pela Administração, apesar de contido nas possibilidades facultadas em abstrato pela norma aplicanda, se *in concreto*, circunscreveu às circunstâncias do caso, com vistas à finalidade legal.

99. Não há falar em invasão do denominado “mérito” do ato administrativo, do “legítimo juízo” facultado ao administrador nas hipóteses de discricção, o qual deverá exercer sobre a oportunidade e conveniência de determinada medida tomada, pois o fato de a lei prever, *em tese*, o comportamento levado a juízo não é suficiente para garantir-lhe a legitimidade.

100. Só há discricionariedade quando diante do caso concreto seja impossível verificar a melhor solução para cumprir de modo excelente a finalidade legal.

101. A doutrina nacional em direito administrativo tende a alocar os limites da discricionariedade nos lindes do mérito, conhecido como “conveniência e oportunidade”, distinguindo outros autores com propriedade discricionariedade e mérito.

102. Caminhou-se na linha dos que distinguem discricionariedade e mérito, em que a noção de discricionariedade não é circunscrita aos critérios de conveniência e oportunidade (mérito do ato administrativo), em que pese englobá-lo, sem, contudo, limitar-se a ele, comportando também a valoração dos conceitos imprecisos.

103. Adotou-se a definição de Bandeira de Mello, para quem o mérito consiste “no campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada”.

104. São os limites ao exercício da competência discricionária que delimitam as divisas entre o arbítrio e o exercício da função administrativa nos moldes preconizados pelo Estado de Direito.

105. As limitações à discricionariedade administrativa relacionam-se inescusavelmente ao controle jurisdicional dos atos administrativos, cujos limites passíveis de controle são o motivo, a finalidade e a causa, em que a motivação é instrumento de aferição de tais limites. Entre outros princípios, a motivação é considerada essencial para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo.

106. Da conexão entre os limites e o controle jurisdicional da discricionariedade, tem-se que o referido controle vai se dar pela finalidade (pelo exame do desvio de poder); pelo exame do pressuposto de fato (motivo) ou de direito (motivo legal) que embasa a prática do ato e, ainda, da motivação; pela causa, tendo como base princípios, como os da razoabilidade e proporcionalidade.

107. A motivação deve demonstrar a ocorrência dos pressupostos de validade do ato administrativo (sujeito, motivo, finalidade, causa, requisitos procedimentais e pressupostos formalísticos ou formalização), podendo, entre estes, o motivo, a finalidade e a causa ensejar a discricionariedade ao mesmo tempo em que figuram entre os seus limites.

108. No entanto, haverá indevida invasão judicial na esfera da discricionariedade administrativa se o juiz se valer de critério outro, na presença de critério igualmente razoável e suficiente adotado pelo agente público. Deverá o juiz, diante de um critério ou opção do administrador que se mostrem manifestamente impróprios, invalidar o ato em questão.

109. Conclui-se pela inarredável contribuição da motivação em sede de controle dos atos praticados no exercício da competência vinculada ou discricionária, seja por facilitar a interpretação do ato administrativo, seja por garantir a eficiência administrativa (otimização de meios e fins) e uma Administração democrática (em que os direitos e as garantias dos administrados também restam

assegurados), e, principalmente, por resguardar o controle da função pública coibindo eventuais abusos, vale dizer, o interesse público.

110. Por fim, acompanhando-se a doutrina de Fernando Pablo, conclui-se que um dos principais papéis da motivação “radica em seu caráter de garantia mínima precontenciosa”, vale dizer, em sua relação com a posição do particular perante o “procedimento administrativo”, dado que “obrigar a motivar é obrigar a expor as razões que justificam uma decisão, é obrigar a ter tais razões”. Ademais, o controle preventivo da função administrativa (precontencioso) vem ao encontro não apenas da eficiência da máquina estatal descongestionando o Judiciário com causas que deveriam estar solucionadas no âmbito da própria Administração, mas também como garantia do administrado. Demonstra ainda a motivação os reais fundamentos que levaram o agente público à tomada de decisão, muitas vezes sendo instrumento importante no convencimento do destinatário acerca da justiça do ato, a fim de resguardar sua legitimidade, bem como afastar eventual dúvida sobre possível parcialidade do administrador, evitando-se no mais das vezes o controle *a posteriori*.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pelissé Prates. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- . *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974. v. I.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMADDO, Ennio. L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 444-465, lug.-set. 1970.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, v. II.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 27-38, jan.-mar. 1983.
- . Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Exame dos motivos ou pressupostos do ato. A noção de causa (parecer). *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 31, p. 33-39, 1974.
- . Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista Direito Público*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 284-288, jan.-mar. 1971.
- . *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- . *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, p. 57-60, abr.-jun. 1989.
- . Relatividade da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p.13-19, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARNES VASQUEZ, Javier. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: ——— (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 16, p. 173-177, jul.-set. 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. 1997. 175 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública . In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. t. II.
- . *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.].
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação de ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COELHO, Cláudio Mastrangelo. Motivação dos atos administrativos e judiciais: dever e direito fundamental. *Palestras: Curso de Atualização para Magistrados*, Porto Alegre, v. I, n. 1, p. 435-437, 2000.
- COLAÇO ANTUNES, Luís. *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- . *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- . *Do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997.
- CUNHA, Elke Mendes. O princípio da motivação e a Lei 9.784/99. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-78.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- . *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- . Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 74-82, 1996.

- . *Pressupostos do ato administrativo: vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo*. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006.
- . 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 1, p. 181-210, abr.-jun. 2003.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Forense: Rio de Janeiro, 2005.
- FERNANDO PABLO, Marcos M. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: ———; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. *O controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- . *Curso de direito administrativo*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . Devido processo legal e fundamentação das decisões. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 63, p. 211-216, 1994.

- . Estado de direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 11, p. 9-10, fev. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIRDO.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2006.
- . O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista do Tribunal Regional Federal – 3.ª Região*, São Paulo, n. 28, p. 19-37, out.-dez. 1996.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FIORINI, Bartolomé. *Derecho administrativo*. 2. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. t. I.
- . *La discrecionalidad en la administración pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952.
- FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*. Napoli: Eugenio Jovene, 1964.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94-108.
- GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. I.
- GODOY, Sonia Maria de Pinho. Legalidade, vinculação e discricionariedade. Alguns aspectos da Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 157-184.
- GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

- GONZALEZ PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1983.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. t. 3. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 27 set. 2005.
- GRAU, Eros Roberto. Notas sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 217-221, abr.-jun. 1985.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 25-36, jan. 1999.
- . *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- HARB, Karina Houat. *Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados*. 2001. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- JUSO, Raffaele. *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1963.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Bosch, 1990.
- LAUBADÈRE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: R. Pichon. 1970. t. I.
- LEAL, Rogério. Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, n. 11, p. 43-58, jan.-mar. 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Motivação dos atos administrativos e o interesse público*. *Interesse Público*, Rio Grande do Sul, n. 3, p. 9-25, 1999.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência*. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br> . Acesso em: 21 set. 2005.
- . *Transparência administrativa publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- . *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . ———. 31. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- . Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. *Interesse Público*, São Paulo, n. 8, p. 44-52, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da eficiência e a Lei 9.784/1999. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 45-60, out.-dez. 2000.
- . *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 81-142.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- . *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MORETTI, A. *La motivazione nell accertamento tributário*. Padova: Giuffrè, 1969.
- NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O pressuposto lógico do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 81-102, 1997.
- . *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA NETO, Jayme Martins. *Controle da Administração Pública: a administração da justiça*. 2001. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e da Magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 11-70, out.-dez. 1999.
- PABLO, Marcos M. Fernando. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- PAOLIS Maurizio de. La struttura del provvedimento amministrativo. In: —— (Coord.). *La motivazione del provvedimento amministrativo: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Padova: Cedam, 2002.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. I.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Wando. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

- PORTO NETO, Benedicto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109-125.
- PRESUTTI, Errico. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Messina: Giuseppe Principato, 1931. v. I.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out.-dez. 1946.
- . Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: ————. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. v. I, p. 83-137.
- RAMÓN REAL, Alberto. La fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 15, n. 62, p. 5-20, abr.-jun. 1982.
- ROMANO-TASSONE, A. *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1987.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 307-308.
- SANDULLI, Aldo. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: E. Jovene, 1974.
- SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. *Direito administrativo e ciencia da administração*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- SCARCIGLIA, Roberto. *La motivazione dell'atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica*. Milano: Giuffrè, 1999.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado: el controle publico*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica do Chile, 1994.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Athènes, 1954.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do processo administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 64-80, out.-dez. 1987.
- . *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 118-125, jul.-set. 1985.
- ; ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo (Coord.). *As leis do processo administrativo (Lei 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98)*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- . Controle dos motivos nos atos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 38, p. 351-358, out.-dez. 1954.
- . O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 1, p. 29-42, abr.-jun. 2003.
- . *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.
- VIEIRA de Andrade, José Carlos. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina: Coimbra, 1992.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.