

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

TAIANE LOBATO DE CASTRO

MOTIVAÇÃO E INVALIDADES DO ATO ADMINISTRATIVO

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

TAIANE LOBATO DE CASTRO

MOTIVAÇÃO E INVALIDADES DO ATO ADMINISTRATIVO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração Direito Administrativo – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo

2008

BANCA EXAMINADORA

Para Rafael, minha estrela, com todo meu amor.

Para minha mãe, meu chão, com
carinho e gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força e amparo.

Ao Rafael, pela compreensão, equilíbrio e constante incentivo. Apenas nossa cumplicidade entende o real significado do alcance deste objetivo. Meu amor e eterna admiração.

À minha mãe, por todos os ensinamentos dispensados ao longo da vida. Maior exemplo de força, justiça e caráter. Pelo carinho e apoio na superação dos obstáculos e em especial pela revisão e auxílio na formatação do trabalho.

Ao professor Márcio, pela dedicação e preciosos ensinamentos dispensados na orientação e realização deste trabalho. Minha eterna gratidão pela oportunidade de ter sido sua assistente na graduação da PUC e pelo constante estímulo em superar as adversidades do caminho.

Ao professor Celso Antônio, pelas lições de ética, política e direito. Por me fazer acreditar que vale à pena lutarmos por nossos ideais.

À professora Weida, por ter me possibilitado ser sua assistente na graduação da PUC, ainda que breve, mas suficiente para aprender seus ensinamentos jurídicos e de vida.

À professora Dinorá, por seu incansável estímulo e suas palavras sempre acalentadoras.

Ao José Roberto, pelo material cedido e pela leitura, crítica e sugestões que foram essenciais para o aprimoramento deste trabalho.

Aos professores Silvio Luiz, Elizabeth Carraza e Maria Garcia pelas contribuições intelectuais que prestaram a minha formação.

À minha família que fui presenteada por São Paulo em especial ao Tio Joaquim, meu “paidrasto”, meu porto-seguro paulista. Minha grande admiração.

Ao meu pai, por ter me ensinado a amar e nada pedir em troca. Ao Patrick, meu irmão amado, por seu afeto e amizade.

Ao Chico e à Inês, mais do que casa eles me ofereceram amizade incondicional e fraterna. Pelo acalento experimentado com “Uma linda mulher”, afinal o “papagaio morreu”. Poucas seriam as palavras para agradecer.

Aos amigos Maurício e Carol, pelo constante apoio, estima e reflexões intelectuais.

Aos grandes amigos da PUC nas pessoas de Anna, Fran, Batatinha, Camila, Márcia e João (em especial pela revisão do abstract).

Aos colegas do Cogea com quem tive a oportunidade de conviver por pouco tempo, mas suficiente para meu aprimoramento jurídico.

À Amélia pela constante torcida.

À Flávia, pelo apoio “logístico” e pela contribuição sempre afável ao longo da orientação.

A todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho, minha sincera amizade.

À São Paulo, minha cidade do coração.

*“Alguma coisa acontece no meu coração [...]
É que quando eu cheguei por aqui eu nada
entendi, da dura poesia concreta de tuas
esquinas, da deselegância discreta de tuas
meninas. [...]
Quando eu te encarei frente a frente não vi o
meu rosto.
Chamei de mau gosto o que vi de mau gosto,
mau gosto,
É que Narciso acha feio o que não é espelho e
a mente apavora o que ainda não é mesmo
velho nada do que não era antes quando não
somos mutantes.
E foste um difícil começo afasto o que não
conheço e quem vende outro sonho feliz de
cidade aprende depressa a chamar-te de
realidade porque és o avesso do avesso do
avesso do avesso [...]
Eu vejo surgir teus poetas de campos e
espaços tuas oficinas de florestas, teus deuses
da chuva [...]
E os novos baianos passeiam na tua garoa e
novos baianos te podem curtir numa boa.”*
Sampa – Caetano Veloso

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é abordar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de motivação dos atos administrativos e a consequência de sua inobservância. Tal opção justifica-se, pois o agir administrativo deve sempre ser norteado pela fundamentação de seus atos. Não vislumbramos qualquer embasamento para ser de outra forma. O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal é categórico ao afirmar que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Assim, com base em dispositivo constitucional não pode haver qualquer eventual obscuridade ou inexistência de motivação dos atos administrativos. Através da pesquisa documental e bibliográfica, tanto de autores nacionais, como de autores estrangeiros, bem como de julgamentos de ações de nossos tribunais, obtemos o resultado de que a motivação deve ser considerada princípio sublime a ser perseguido pela Administração, pois representa verdadeira garantia dos administrados e caso não seja observada poderá haver ato invalidador ou convalidador desde que haja verificação do caso concreto e a real consequência na esfera jurídica dos administrados.

Palavras-chaves: motivação; ato administrativo; invalidades.

ABSTRACT

The objective of this study is to address, within the Brazilian legal system, the duty of motivation of administrative acts and the consequence of its non compliance. Such option is justified as the administrative acting must always be guided by the reasons for its acts. We do not see any basis to be otherwise. The single paragraph of article 1st of the Federal Constitution is categorical in saying that all power comes from the people, who exercises it through elected representatives or directly. Thus, based on constitutional device, there must be no darkness or lack of motivation of administrative acts. Documentary research and literature of national and foreign authors, as well as our Court decisions, led us to the result that the motivation must be considered a sublime principle to be pursued by the Administration, as it represents true guarantee to the people, and, if not observed, there could be either a voiding or a validating act, provided that it has been verified in a case and the real consequences in the legal sphere of the people.

Keywords: motivation; administrative act; invalidation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
<u>CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</u>	14
1. Estado de Direito e Consolidação do Estado Democrático de Direito....	14
2. As Funções do Estado e a Função Administrativa no Estado Democrático de Direito.....	20
<u>CAPÍTULO II – ATO ADMINISTRATIVO.....</u>	23
1. Considerações Iniciais.....	23
1.1 Fato jurídico e ato jurídico.....	23
2. Ato Administrativo – Conceito.....	24
3. Elementos e Pressupostos ato administrativo.....	26
3.1 Elementos do ato administrativo.....	30
3.2 Pressupostos do ato administrativo.....	31
3.2.1 Pressupostos de Existência.....	31
3.2.2 Pressupostos de Validade.....	31
4. Perfeição, Validade e Eficácia.....	35
5. Vinculação e Discricionariedade.....	38
5.1 Limites Discricionariedade: Hipóteses.....	40
5.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	48
<u>CAPÍTULO III – MOTIVAÇÃO ATO ADMINISTRATIVO.....</u>	52
1. Considerações Iniciais.....	52
2. Conceito Motivação.....	57
3. Natureza Jurídica Motivação.....	61
4. Requisitos da Motivação.....	67
5. Teoria dos Motivos Determinantes.....	77
6. Dever de Motivação dos atos administrativos: posição doutrinária.....	79

7. Momento de Motivação ato administrativo: anterior, concomitante ou posterior?.....	96
CAPÍTULO IV – <u>FUNDAMENTAÇÃO MOTIVAÇÃO</u>	101
1. A Constituição Federal.....	101
2. Princípios Constitucionais Informadores.....	110
2.1 Princípio da Legalidade e a Motivação.....	112
2.2 Princípio da Motivação.....	116
2.3 Princípio da Razoabilidade e a Motivação.....	118
2.4 Princípio da Publicidade e a Motivação.....	121
2.5 Princípio da Moralidade e a Motivação.....	124
3. Lei Federal de Processo Administrativo – Lei n.º9784/99.....	129
4. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.....	138
<u>CAPÍTULO V – INVALIDADES ATOS ADMINISTRATIVOS</u>	143
1. Panorama Geral Invalidez Atos Administrativos.....	143
2. Classificação atos inválidos: influência direito civil.....	147
2.1 Posição adotada e a Lei Federal n.º9784/99.....	154
3. Atos Irregulares e Atos Inexistentes.....	158
4. Diferença entre Revogação e Invalidação.....	162
5. Convalidação.....	163
6. Invalidação.....	169
7. Vício de Motivo.....	171
8. Vício de Motivação.....	173
CONCLUSÕES	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	191

INTRODUÇÃO

A escolha pelo clássico tema da motivação dos atos administrativos justifica-se pela sua importância como instrumento essencial de garantia da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Deve-se registrar que inúmeros são os estudiosos que se dispõem até hoje a analisar seus pilares, dedicando-se a produzir estudos sobre esse tema, merecendo destaque a brilhante obra “Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, que enveredou por meandros até então não enfrentados sobre o tema. Contudo a discrepância de posicionamentos ainda é notável na doutrina.

Com efeito, a motivação dos atos administrativos é ferramenta que proporciona aos administrados o conhecimento pleno das razões pelas quais determinado ato foi praticado, permitindo assim o devido controle da legalidade eficaz da Administração Pública.

Para tanto, uma premissa faz-se necessária: a Administração não gera coisa própria e sim representa bens e interesses públicos, portanto, a fundamentação de seus atos é instrumento valioso na contenção da autoridade pública e no controle de sua atividade.

O tema proposto não é novo. Entretanto, com a promulgação da Lei Federal n.º 9784/99¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a motivação ganhou contornos legais, visto que a referida lei previu a motivação como princípio administrativo, bem como

¹ No presente trabalho iremos nos restringir somente a Lei em comento justamente por ter âmbito Federal. Contudo, não devemos deixar de registrar a existência de leis estaduais que tratam do processo administrativo de maneira específica, fazendo inclusive referência a motivação dos atos administrativos como a Lei Paulista n.º 10.177/1998; a Lei do estado do Alagoas n.º 6161/2000; a lei do Estado de Pernambuco n.º 11.781/2000; a lei do Estado de Goiás n.º 13.800/2001; a lei do Estado de Mato Grosso n.º 7692/2002; a lei do Estado de Minas Gerais n.º 14.184/2002; a lei do Estado do Amazonas n.º 2794/2003; a lei do Estado de Roraima n.º 418/2004; e a Lei do Município de São Paulo n.º 14.141/2006.

dedicou capítulo específico para o tema, além de dispor sobre a anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos.

De fato, tal lei possui importância no que tange à sistematização da motivação, contudo deve-se assinalar que tanto o ato administrativo como o próprio direito administrativo merecem legislações específicas.

No estudo ora proposto, será analisado o dever de motivação dos atos administrativos e a possibilidade de invalidação ou convalidação quando ocorrer sua inobservância. Tratar-se-á o posicionamento da doutrina brasileira e estrangeira sobre o assunto.

O desenvolvimento do trabalho será composto de cinco capítulos.

O primeiro deles irá caracterizar Estado Democrático de Direito e a função administrativa.

No capítulo II, serão lançadas noções fundamentais para a perfeita compreensão e alcance do tema, com a devida identificação e compreensão do ato administrativo. Para tanto, serão abordadas as seguintes características dos atos administrativos: conceito; elementos e os pressupostos; perfeição, validade e eficácia; vinculação e discricionariedade.

No capítulo III, confere-se especial atenção ao dever de motivação dos atos administrativos. Com o intuito de delimitá-lo, serão abordados os seguintes caracteres relativos à motivação: conceito, natureza jurídica, requisitos, teoria dos motivos determinantes e posição doutrinária. Também será identificado o dever de motivação dos atos administrativos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

No capítulo IV, será feito o exame da fundamentação daquele dever de motivação sob a ótica da Constituição Federal, dos princípios administrativos e da Lei de Processo Administrativo Federal.

Por fim, no capítulo V, após considerações sobre a invalidação e convalidação dos atos administrativos, serão apontadas as maneiras em que devem ser processadas as consequências jurídicas dos atos administrativos que padecerem de qualquer vício relacionado ao motivo e à motivação.

Vale assinalar que não há a pretensão de esgotar o tema, nem tampouco o enfrentamento de tema inédito. Procura-se, na verdade, por meio do estudo da doutrina sobre a matéria, aclarar posicionamento sobre relevante ponto do ato administrativo.

O objetivo desta dissertação é demonstrar que a motivação dos atos administrativos é obrigatória, constituindo pressuposto essencial de existência, validade e eficácia do ato administrativo e que sua inobservância poderá exigir a invalidação ou a convalidação daquele ato administrativo.

Não se trata de buscar fundamentos novos, nem de esgotar a matéria, mas tão somente de propiciar a reflexão e estudar o assunto tão importante em nosso direito administrativo sobre outra ótica.

O leitor observará que entendimentos proferidos por nossos Tribunais não mereceram tópico específico, mas por opção metodológica estes se mostrarão no decorrer dos capítulos deste estudo.

Por derradeiro, o propósito do presente trabalho, ainda que seja taxado de utópico, será sempre o de resguardar a real democracia e a cidadania, contra qualquer arroubo de autoritarismo e arbitrariedade do Estado.

CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Estado de Direito e Consolidação do Estado Democrático de Direito.

A motivação dos atos administrativos possui especial relevo para o efetivo e pleno exercício do Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º de nossa Constituição Federal.

Para a exata compreensão da afirmação acima, mister o traçado da evolução e das características do Estado.

O Estado tem sua origem na medida em que a própria complexidade da vida social começa a demandar uma maior quantidade de decisões por parte dos poderes existentes. Tal complexidade e dinamismo acabam por influenciar a própria eleição de um conceito imutável do que seja Estado.

Dalmo Dallari² conceitua Estado “como a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território”. Verifica-se que o autor, para conceituar Estado, reuniu três componentes jurídicos desse Estado, quais sejam: povo, território e soberania.

Por seu turno, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³ conceituou Estado como: “organização jurídica de um povo em dado território, sob um Poder supremo, para realização do bem comum dos seus membros, pressupõe, de um lado, a ordenação jurídica do Estado-poder e, de outro, a do Estado-sociedade”.

O referido autor, ao conceituar Estado, também reuniu os três elementos característicos – povo, território e soberania -, acrescentando ainda a necessária organização jurídica do Estado e a organização jurídica da vida social dos cidadãos que compõem aquele Estado.

² *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101.

³ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed, Volume I. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p.27.

De fato, o Estado sofreu inúmeras transformações⁴ até chegar ao modelo atual, passando por vários estágios durante a história. O Estado Moderno, caracterizado pela unidade territorial dotada de um poder soberano⁵, é composto de etapas, sendo o Estado Polícia a primeira delas, seguida pelo Estado de Direito⁶.

O Estado de Polícia, em que vigorava a irresponsabilidade do Estado (sustentada na máxima "*The King can do wrong*"), distingue-se pela concentração do poder nas mãos do monarca. As idéias predominantes eram de Soberania e de Polícia. A soberania concentrava-se no fato de que os reis tornaram-se os soberanos defensores do avanço na civilização, sendo responsáveis somente perante Deus. Já a polícia representava a possibilidade de uso de força física aos que não se submetiam à ordem política.

Com o advento do Estado de Direito⁷, as arbitrariedades cometidas sob o manto da concentração de todos os poderes na mão do monarca cedem espaço ao princípio da legalidade, obrigando toda a atuação administrativa e, conseqüentemente todos os comportamentos dos Administradores, ser pautada exclusivamente naquilo que a lei dispuser.

Vale ressaltar que para caracterizar o Estado de Direito não basta a mera subordinação à lei, até porque iríamos reduzi-lo ao Estado de Legalidade e, se assim o fosse, poderíamos até mesmo validar Estados totalitários que fundamentariam suas crueldades e total desrespeito a direitos e garantias individuais.

⁴ Só no século XX tivemos o Estado Totalitário (nazismo e facismo), o Estado Comunista, o Estado Socialista e o Estado Liberal.

⁵ Quanto às notas características do Estado Moderno, verificar Dalmo de Abreu Dallari, op. cit., p. 60-61.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17-18.

⁷ Fruto dos movimentos burgueses revolucionários que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia.

Dessa forma, o Estado de Direito possui como traço característico, além da submissão à lei, a divisão dos poderes e a garantia dos direitos individuais.⁸

Para que seja acrescida a Democracia e, por conseguinte, estarmos diante de um Estado Democrático de Direito, realidade brasileira⁹, é necessário a participação popular no exercício do poder, seja de maneira direta ou indireta.

Como elucidado por Lúcia Valle Figueiredo¹⁰:

O Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, é, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é estado de legitimidade.

A democracia¹¹, regime de governo em que o povo detém o poder Soberano, é que irá propiciar a existência do Estado Democrático de Direito. Este, que possui como características atrelar a lei a valores contidos na própria Constituição e introdução do povo no processo político como agente direto e não somente pela via representativa¹².

⁸ Vide SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 113-114 e ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.120.

⁹ Constituição Federal Brasileira: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

¹⁰ *Estado de Direito e Devido Processo Legal*. Revista de Direito Administrativo n.º 209. Jul./Set.1997. Rio de Janeiro: Renovar, p. 8.

¹¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello democracia "reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania". (*A Democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista Trimestral de Direito Público n. 15, 1996, p. 100-105)

¹² O Estado de Direito propicia a submissão do Estado à lei, podendo com isso controlar o poder, mas não garante a participação popular no poder.

As formas do exercício direto do povo encontram-se previstas no artigo 14 da Constituição Federal, quais sejam: plebiscito, referendo e iniciativa popular. A forma indireta da escolha de seus representantes para exercer o poder público ocorre por meio do voto obrigatório e secreto.

Norberto Bobbio¹³ ressalta que a democracia, para ser exercida em sua amplitude, deve garantir ao povo (aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir) os denominados:

direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, Isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico desses direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.

José Afonso da Silva¹⁴ aponta, como princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, sistema de direitos fundamentais; o princípio da justiça social; o princípio da igualdade; os princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; o princípio da legalidade; o princípio da segurança jurídica¹⁵.

Ora, no Estado Democrático Brasileiro, que tem como um de seus pilares a efetiva participação popular, a motivação representa um dos instrumentos de tal participação, já que assegura ao cidadão o controle do exercício do poder pelos agentes públicos.

¹³ *O Futuro da Democracia – Uma defesa das Regras do Jogo*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20.

¹⁴ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 122.

¹⁵ No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed., 7 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 54.

A motivação (como ver-se-á no desenvolver do trabalho), ao impor como dever que os atos administrativos compreendam os pressupostos de fatos e de direito, está, na verdade, garantindo aos administrados o pleno conhecimento de todas as razões que ensejaram as decisões administrativas e, conseqüentemente, propiciando o controle popular daquela função administrativa¹⁶.

Inclusive por meio das balizas do Estado Democrático de Direito, que se fundamenta ainda a necessidade da obrigatoriedade da referida motivação, mesmo sem previsão legal, bem como da ocorrência dela antes ou concomitantemente à emissão do ato administrativo, afinal, como devidamente registrado por Lúcia Valle Figueiredo¹⁷: “a desnecessidade da motivação, tem resquícios autoritários que nada têm a ver com o Estado Democrático de Direito”.¹⁸

Por fim, alguns doutrinadores, considerando a necessidade da evolução Administrativa¹⁹ bem como da reforma do aparelho estatal²⁰, distinguem uma maior relevância da motivação diante do surgimento da “Administração Gerencial”, no sentido de que naquele modelo de Administração, em que há um controle por resultados a motivação teria um maior papel justamente para proporcionar efetivo controle dos recursos utilizados.

Ou seja, a 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. Assim,

¹⁶ A motivação dos atos administrativos possui ainda relevância para o exercício pleno do devido processo legal e a ampla defesa.

¹⁷ *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*. Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª Região. São Paulo, n. 28, out-dez, 1996, p. 36.

¹⁸ Podemos afirmar ainda que a motivação dos atos administrativos propicia inclusive a plenitude jurídica do Estado Democrático de Direito.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sundfeld, 1. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72-98. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, p. 202.

²⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. <http://www.clad.org.ve/fulltext/0030101.html>. acesso em 11/11/2007.

perante a desburocratização e a flexibilização da Administração Pública, torna-se imprescindível maior publicidade e motivação às suas ações para poder controlar o bom uso dos recursos utilizados, além de propiciar maior participação da sociedade no processo decisório, com maior legitimidade à ação estatal.

De fato, como veremos nos capítulos seguintes, a importância da motivação encontrará sua validade também na possibilidade de ensejar um controle pelos cidadãos da atividade administrativa, sendo que sua obrigatoriedade nas atividades administrativas ocorrerá independentemente da nomenclatura utilizada.

Explica-se: cada governo pode fixar o estilo que espelhe seus preceitos e nomear da forma que melhor lhe aprouver seus programas, todavia, o que se infere é que, enquanto não houver – como efetivamente não houve – qualquer mudança do sistema jurídico da Administração Pública, a releitura de institutos consagrados representará mera tentativa de nova roupagem.

Ora, a Administração Pública, seja burocrática, seja gerencial, sempre teve que motivar seus atos, tendo em vista seu controle com base em resultados.

Dessa forma, ainda que se considere a nomenclatura “Administração Pública Gerencial”, verifica-se que “um maior papel” da motivação pode ser considerada uma ratificação, um enfatizar daquele dever que sempre esteve presente, representando mais um cuidado governamental, afinal, quanto maior a liberdade (no caso da Administração Gerencial), maior o dever de motivação dos atos administrativos.

2. As Funções do Estado e a Função Administrativa no Estado Democrático de Direito.

Após a análise das características do Estado Democrático de Direito, importante ainda verificar um corolário daquelas que são justamente as funções do Estado.

Um agente estatal, ao emitir um ato administrativo devidamente motivado ou não, estará no exercício direto de uma função administrativa, logo deverá cotejá-lo sempre com o interesse público. Função aqui deve ser entendida como o dever de atendimento aos interesses públicos devidamente previstos em lei²¹.

Justamente por ser essa uma prerrogativa de atendimento aos interesses públicos e não aos interesses da Administração, tal prerrogativa não deve ser denominada “poder” e sim “dever – poder”, pois, como alertado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “nisto resulta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”²².

Mas, afinal, o que significa Função Administrativa?

Para responder a tal questionamento, é mister o estudo, ainda que conciso, das funções do Estado.

Nesse sentido, importante trazer a construção política do francês Montesquieu que influenciou de sobremaneira as funções do Estado na doutrina jurídica²³. Montesquieu, observando que quem tem o poder tende a

²¹ No Estado Democrático de Direito, à Administração só é permitido fazer aquilo previsto em lei. Artigo 5, II Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²² *Curso de Direito Administrativo*, p.61.

²³ Vale lembrar que existem outras correntes doutrinárias que reduzem ou ampliam as funções do Estado. Otto Mayer (*Droit Administratif Allemand*. T.I. Paris: V. Giard & Brière, 1903, p. 9-12) entende que são quatro as atividades do Estado: Legislativa, Judicial, Executiva e de Governo. Oswaldo

abusar dele, concebeu a teoria da Separação dos Poderes, de maneira que, ao se distribuir as funções estatais em diferentes órgãos constituídos por pessoas distintas, haveria uma contenção do poder pelo próprio poder, já que quem fizesse as leis não seria encarregado de aplicá-las nem executá-las; quem executasse as leis não poderia fazê-las nem julgar sua aplicação e quem julgasse as leis não poderia fazê-las nem executá-las. Surgindo assim os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si²⁴.

Evidentemente, a acepção mais acertada é a utilização de separação de funções ao invés da separação de Poderes, afinal o poder é uno, não é divisível.

Em linhas gerais e utilizando o critério formal, “ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual”²⁵, podemos ter como premissa de que a função corresponde à atividade de inovar, especialmente por meio de normas gerais, a ordem jurídica. Por seu turno, a função Jurisdicional representa a possibilidade de solucionar as controvérsias existentes em caráter definitivo²⁶.

Já a conceituação da função Administrativa merece maior detenção, justamente por apresentar nuances mais acentuadas em virtude da heterogeneidade das atividades em que se consubstancia, ou seja, em decorrência dos diversos conteúdos que pode assumir e pela possibilidade de ser exercida por qualquer um dos poderes do Estado.

Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 49-58) ensina que duas são as funções do Estado: Administrativa e Jurisdicional. Para Francis – Paul Benoit (*Lê Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 27-35) existe uma pluralidade de funções, dividindo o Estado em Estado-Nação e Estado Coletividade.

²⁴ GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Parte General. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003, p. IX-1.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 35.

²⁶ Lembra-se: estamos tratando das funções típicas, não afastando a possibilidade de cada Poder realizar atividades atípicas. Por exemplo: nada obsta que o Poder Legislativo ou que o Poder Judiciário realizem atividades tipicamente administrativas como emissão de autorizações e licenças.

Para tanto, Renato Alessi²⁷, Otto Mayer²⁸ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁹ apontam sua estrita submissão à lei como elemento formal caracterizador da função administrativa.

Todavia, como advertido por Renato Alessi³⁰, a função administrativa não deve ser entendida como mera submissão da lei, já que as leis podem estabelecer as linhas gerais da ação administrativa, assinalando de forma mais ou menos precisa os fins a alcançar e os meios a adotar, sem precisar os detalhes dessa atividade, propiciando espaço à discricionariedade administrativa. Para o autor, a função administrativa, caracteriza-se também pela posição do Estado como parte da relação na qual intervém.

Partindo de tais premissas, podemos conceituar a função Administrativa como a atividade obrigatória e subordinada do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exato cumprimento das finalidades prescritas no ordenamento jurídico, mediante atos jurídicos ou materiais complementares à lei ou a preceitos constitucionais³¹, submetidos ao controle pelo Poder Judiciário.

De fato, para que o exercício da função administrativa alcance seu fim máximo - o interesse público previsto em lei - e considerando sua sujeição ao controle jurisdicional, restará obrigatória a motivação de todos os atos realizados na função administrativa, pois é justamente por meio da motivação que haverá a possibilidade de comprovação do atingimento daquela finalidade precípua, bem como conterà os fundamentos que propiciaram o efetivo controle daquela atividade.

²⁷ *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970, t.I, p. 12-13.

²⁸ *Droit Administratif Allemand*, p. 13-14.

²⁹ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 51-53

³⁰ ALESSI, Renato. Op.cit., p. 8.

³¹ Nada obsta, com base no disposto no art.40, §1, II e 84, VI, "a", que referidas normas sejam complementares a normas constitucionais.

CAPÍTULO II - ATO ADMINISTRATIVO

1. Considerações Iniciais

1.1 Fato e Ato Jurídico

Um fato é um acontecimento que ocorre no mundo real. Será considerado fato jurídico caso se enquadre em alguma norma prescritiva do ordenamento jurídico. Por exemplo, Paulo perdeu seu livro. Isso é um fato. Paulo perdeu o livro que pegou emprestado na Biblioteca Estadual. Isso é um fato jurídico que irá gerar efeitos de direito, enquanto que aquele é mero fato.

Por seu turno, ato jurídico é gênero de fato jurídico, pois significa uma prescrição que irá produzir efeitos jurídicos. São declarações que introduzem normas jurídicas³². Já o fato jurídico é a ocorrência daquela prescrição no mundo real³³.

O ato administrativo é considerado um ato jurídico, mas com traços diferenciais no que concerne às condições de sua válida produção e à eficácia que lhe é própria, como será visto no próximo tópico³⁴.

Nota-se que a manifestação da vontade, tão essencial para o direito privado, não possui importância significativa no campo do direito administrativo. Isso porque poderá haver produção de atos jurídicos administrativos em que a vontade não esteja presente. Clássico é o exemplo do agente público que, inadvertidamente, aperta um botão concernente ao

³² Não podemos confundir atos jurídicos com normas jurídicas. Atos jurídicos são declarações introdutórias da norma jurídica no ordenamento legal.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso de Direito Administrativo*. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 348) assim distingue os atos jurídicos: “Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são falas prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele”.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Op. Cit., p. 345.

senal de trânsito que irá interferir em todos os outros comandos de trânsito³⁵. Nesse caso, o ato jurídico administrativo foi produzido sem qualquer manifestação intencional de vontade³⁶.

Podemos, então, afirmar que o ato administrativo é um ato jurídico praticado no exercício de uma função administrativa.

2. Ato Administrativo - Conceito

Antes de ingressarmos no cerne da matéria a qual será estudada, faz-se mister tecer algumas considerações indispensáveis sobre conceitos e enunciados jurídicos inerentes aos atos administrativos.

Como bem anotado pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, a formulação de conceitos jurídicos – no caso do conceito de ato administrativo ou de qualquer outro conceito não determinado pelo direito positivo – terá como parâmetro sua utilidade ou não.

Por sua vez, Augustin Gordillo³⁸ entende que palavras são mero rótulos que podem variar, sem, contudo haver modificação de seus conteúdos. Citando John Hospers expressa: “as palavras não são mais que rótulos das coisas. Qualquer rótulo é conveniente, na medida em o ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente”³⁹

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 346.

³⁶ Para Themístocles Brandão Cavalcanti (*Tratado de Direito Administrativo*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 204.) ato administrativo é “manifestação de vontade do Estado, por seus representantes e cuja execução é capaz de produzir conseqüências jurídicas”.

³⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 354.

³⁸ GORDILLO, Augustin *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Parte General. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003, p.I-3 e I-4.

³⁹ No original: “las palabras no son más que rótulos de las cosas...Cualquier rótulos es conveniente, en la medida em que nos pongamos de acuerdo de él y lo usemos de manera conseqüente.”

Assim, não existem conceitos “certos” ou “errados” e, sim, “úteis” e “inúteis”, na medida em que satisfaçam ou não os fins a que se propõe o estudioso.

Nessa esteira de pensamento e considerando a inexistência de conceitos positivados de ato administrativo, adotamos a noção de ato administrativo do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que concebe ato administrativo em sentido amplo e restrito.

Para o autor, ato administrativo em sentido amplo significa⁴⁰:

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 jurisdicional.

Os atos gerais e abstratos, como os regulamentos e as instruções e os atos convencionais, como os contratos administrativos, presentes no sentido amplo do conceito de ato administrativo, são excluídos na conceituação em sentido estrito, conforme a caracterização *unilateralidade e concreção*.

Assim, a concepção estrita de ato administrativo, como abaixo se reproduz, restringe-se a uma categoria menor de atos somados a traços mais profundos de afinidade, vejamos⁴¹:

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 jurisdicional.

⁴⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 358.

⁴¹ *Op. Cit.*, p.360.

Enfim, independente da adoção do conceito de ato em sentido estrito ou amplo, identificamos um núcleo comum, qual seja: o fato de ser sempre ato emanado no exercício da função administrativa, entendendo-se por função administrativa “aquela função pública do Estado, realizada debaixo da lei e na condição de parte sujeito de uma relação jurídica, para cumprir as finalidades assinaladas no ordenamento”⁴².

3. Elementos e Pressupostos do Ato Administrativo

Neste item, mais uma vez a doutrina é discrepante acerca da sistematização do ato administrativo. A divergência doutrinária cinge-se até mesmo sobre a nomenclatura a ser utilizada. Parte da doutrina como Hely Lopes Meirelles⁴³ entende que são “requisitos” dos atos, outros como Miguel Seabra Fagundes⁴⁴ e André Pereira Gonçalves⁴⁵ preferem utilizar a denominação “elementos” do ato. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁶ utiliza a nomenclatura “causas” e uma quarta corrente, que tem como representante Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, propõe a dicotomia entre elementos e pressupostos⁴⁸.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 1973, p. 10, nota 6, apud CAMMAROSANO, Márcio. *Decaimento e Extinção dos Atos Administrativos*. Revista Direito Público n.º 53-54, 1980, p. 161. Como devidamente exposto no capítulo I, item 2, a definição de função administrativa não é tarefa simples, havendo grande discussão sobre o tema. Assim, para asseverar inclusive o conceito de função administrativa desenvolvida naquele capítulo, trazemos a transcrição de tal definição realizada pelo ilustre jurista, que espelha os critérios necessários para a definição de função administrativa.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150.

⁴⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29 e seguintes.

⁴⁵ GONÇALVES, André Pereira. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 97 e seguintes.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.501 e seguintes.

⁴⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 364 e seguintes.

⁴⁸ Afonso Rodrigues Queiró (apud BANDEIRA DE MELLO, Op. Cit., p. 363) entende que a decomposição em elemento apenas confunde o exame do ato: “O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados factos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes factos, 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

A divisão sistemática apresentada por este último doutrinador assenta-se sobre a premissa de que os elementos são “*realidades intrínsecas do ato*”, ou seja, os elementos são aqueles sem os quais o ato inexistiria, é a condição de existência do ato.

Os pressupostos, por sua vez, dividem-se em pressupostos de existência – condicionantes da existência do ato – e pressupostos de validade, ou seja, “*condicionantes de sua lisura jurídica*”

Antes de apresentar-se a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello, convém comparar as sistematizações feitas por alguns doutrinadores. Para tanto, propõe-se o quadro comparativo a seguir:

HELY LOPES MEIRELLES⁴⁹ Requisitos do ato	MIGUEL SEABRA FAGUNDES⁵⁰ Elementos do ato	ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA⁵¹ Elementos do ato	OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO⁵² Causas do ato
1 <u>Competência</u> – Poder legal atribuído ao agente	1 <u>Manifestação da vontade</u> – Impulso gerador do ato	1 <u>Competência</u> – Manifestação de poder previsto em lei	<u>Essencial</u> – <u>Externa</u> – <u>Causa Eficiente</u> <u>PRINCIPAL</u> – são

jurídico que se costuma subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas de Direito Administrativo”.

⁴⁹ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 150 e seguintes.

⁵⁰ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 29 e seguintes.

⁵¹ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 97 e seguintes.

⁵² *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.501 e seguintes.

			as pessoas que façam as suas vezes
2 <u>Forma</u> – Revestimento exteriorizador do ato administrativo	2 <u>Forma</u> – Exteriorização da manifestação da vontade. Por ela se corporifica o ato	2 <u>Forma</u> – Mínimo de manifestação exterior da vontade	<u>Essencial</u> - <u>Externa - Causa Eficiente INSTRUMENTAL</u> – instrumento, por meio do qual ela se revela
3 <u>Objeto</u> – Identifica-se com o conteúdo do ato. Criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público	3 <u>Objeto</u> – Modificação que através dele se vise trazer à ordem jurídica	3 <u>Objeto</u> – é a própria prescrição ou injunção que o ato contém, e portanto necessariamente uma declaração de vontade ou de conhecimento	<u>Essencial - Interna</u> - <u>FORMAL</u> (conteúdo/objeto)– Especifica o modo como a coisa ou prestação é objeto do ato jurídico <u>Essencial Interna MATERIAL</u> (objeto) – bens jurídicos os que podem ser objeto de relação jurídica para dar satisfação ao titular de poder

			sobre ele
4 <u>Finalidade</u> – O objetivo de interesse público a atingir. É indicada por lei explícita ou implicitamente	4 <u>Finalidade</u> – resultado prático pela modificação trazida à ordem jurídica	4 <u>Causa</u> – (exclui a vontade e inclui a causa). É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto. Estabelece uma necessária relação entre o mundo exterior e o ato administrativo	<u>Essencial</u> - <u>Externa</u> - <u>Causa Final OBJETIVA</u> (Finalidade)- resultado prático do próprio ato, a sua figura peculiar tem em mira alcançar
5 <u>Motivo ou a causa</u> – É a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo	5 <u>Motivo</u> – As razões em que ele se baseia. Devido a natureza da atividade administrativa, os motivos devem ser estritamente legais, assentados no interesse público		<u>Acidental</u> – <u>MOTIVO</u> ou <u>OCASIONAL</u> – 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 sobre o modo de praticá-lo, isto é ao seu fundamento.
--	--	--	---

O professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ainda entende que existem mais dois elementos, quais sejam:

ESSENCIAL – EXTERNA – CAUSA FINAL SUBJETIVA (Móvel) – Quando se considera o resultado prático do agente de quem praticou o ato.

CAUSA ACIDENTAL – Exemplar Ou Modelo – que corresponde ao modelo para sua produção. Trata-se de ato jurídico anterior que serve como figurino para a execução do novo igual.

Após a apresentação da posição das várias correntes doutrinárias, merece estudo detalhado a primorosa sistematização proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³:

3.1 Elementos dos Atos (Intrínsecos)

a) **Conteúdo:** É o próprio ato administrativo. É aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.

b) **Forma:** Consiste no meio de exteriorização do ato, razão pela qual é elemento seu, pois só com ela o ato passa a existir. Pode,

⁵³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 366 e seguintes.

eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal, sobre uma forma determinada, exigida, para a prática do ato.

Conforme ensinamentos de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandez⁵⁴:

O ato administrativo, como toda declaração de um estado psicológico que tem de superar sua fase de gestação ou de propósito internos, necessita de uma forma externa de manifestação para acender ao mundo do Direito.

3.2 Pressupostos dos Atos (Extrínsecos)

3.2.1 Pressupostos de Existência (Condicionantes de sua existência):

a) Objeto: é aquilo sobre o que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado.

b) Pertinência do ato à função administrativa. Se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo.

3.2.2 Pressupostos de Validade (condicionantes de sua lisura jurídica)

a) Pressuposto Subjetivo – Sujeito: é aquele que pratica o ato, com ele não se confundido, vez que é exterior ao ato.

b) Pressuposto Objetivo - Motivo e Requisitos Procedimentais: é o pressuposto de fato, ou seja, o acontecimento que autoriza ou exige a prática

⁵⁴ *Curso de derecho administrativo*. 12ª. ed. V. I. Madrid: Civitas, 2004, p. 553.

do ato. É, portanto, externo e anterior ao ato, ocorrendo no mundo empírico, razão pela qual não integra o ato e não é elemento seu ⁵⁵.

A palavra motivo, etimologicamente representa razão, fim, objetivo, explicação, justificativa. Na esfera jurídica “motivo” possui significados diversos, dependendo do enfoque adotado pelo ramo da matéria.

Em seu primoroso estudo sobre “Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, Antônio Carlos de Araújo Cintra⁵⁶, ao tratar da noção de motivo do ato administrativo, traz o entendimento da doutrina sob o prisma subjetivo e objetivo, para somente após concluir sobre a conceituação de motivo no direito administrativo.

Para o autor, há uma parte da doutrina representada por Renato Alessi, Carlo Maria Jaccarino, Giuseppe Fazio, Gaston Jèze e Guido Zanobini, que concebem a noção de motivo do ato administrativo de maneira subjetiva, psicológica.

Prossegue o autor ressaltando que a outra parte da doutrina, representada por Laubadère e Marcel Waline, concebe o ato administrativo de maneira objetiva, no sentido de que os motivos do ato administrativo, necessariamente, são aqueles ocorridos anteriores e de maneira exterior ao ato administrativo em si.

Além da distinção acima, Araújo Cintra ainda traz outras designações adotadas para os motivos do ato administrativo, como a palavra “causa”, devidamente utilizada por Juan Carlos Cassagne, Gasparri e Afonso Queiró; ou como a palavra “pressupostos” admitida por Zanobini, Juso, Giannini, e

⁵⁵ GASPARINI, Diógenes. (*Direito Administrativo*. 10ªed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 65) ressalta que tais acontecimentos ou situações do mundo real “são ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio Poder Público que impelem a Administração Pública à expedição do ato administrativo”.

⁵⁶ *Motivo e motivação de ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979, p. 87 e seguintes.

ainda a definição de causa trazida por André Gonçalves Pereira: “como uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”

Após a diferenciação terminológica das noções de motivos do ato administrativo, Araújo Cintra⁵⁷ entende que o motivo do ato administrativo seria:

o conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento. Isto significa que, para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é anterior, e sobre a qual recai a providência adotada e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicadas àquela situação de fato.

Ou seja, os motivos seriam os acontecimentos que eventualmente autorizariam e exigiriam a prática do ato administrativo. Portanto, são externos e anteriores ao ato, não o integrando.

Sob essa ótica, entendemos que o motivo consistiria no acontecimento jurídico-administrativo que legitima a ação administrativa, diferenciando-se, assim, da motivação, em que há a exposição dessa situação material em símbolo linguístico.

A ausência de motivo que dê ensejo ao ato administrativo será determinante para sua invalidação, haja vista que a não ocorrência de fato do mundo empírico por si só não autoriza a produção de qualquer ato administrativo. Se há previsão da produção de um ato administrativo a partir da ocorrência de um determinado fato no mundo fenomênico, perante a não existência dele exteriormente, inexistirá o evento autorizador da produção do ato administrativo.

⁵⁷ *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 97.

Nesse sentido, são as lições de Lúcia Valle Figueiredo⁵⁸: “Motivo é o pressuposto fático, ou acontecimento do mundo fenomênico, que postula, exige ou possibilita a prática do ato”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹, como anteriormente indicado, motivo é o “pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”, portanto, é externo ao ato, antecedendo-o e não podendo ser considerado como parte ou elemento seu.

Por seu turno, os requisitos procedimentais são os atos jurídicos praticados tanto pelo administrado, como pela Administração que propiciam e dão suporte à emissão do ato administrativo. Por exemplo, para que um determinado imóvel seja desapropriado por utilidade pública, essencial será o requisito procedimental da declaração de utilidade pública efetuada pelo Poder Público.

c) Pressuposto Teleológico – Finalidade: é o bem jurídico objetivado pelo ato, o resultado legal que se quer alcançar com a sua edição e que corresponde à tipologia do ato.

d) Pressuposto Lógico – Causa: a causa consiste na relação entre o motivo e o conteúdo do ato, é o vínculo de pertinência entre estes. A motivação serve como meio de revelação da existência da causa do ato administrativo, sem a qual este é inválido. Como asseverado por André Gonçalves Pereira⁶⁰, “é uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”.

Motivo e Causa são concepções distintas. Enquanto aquele é um acontecimento do mundo que a norma prevê abstratamente, esta é a própria relação de adequação entre esse fato do mundo e o próprio ato em si.

⁵⁸ *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 201.

⁵⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p.369.

⁶⁰ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p.122.

Portanto, ainda quando o agente pode escolher os motivos, cumpre que estes guardem relação de pertinência com o ato praticado.

e) Pressuposto Formalístico: é o modo específico, o aspecto externo pelo qual o ato deve concretizar-se, podendo ser escrito, oral ou gestual. Como ensinado por Bandeira de Mello⁶¹ “a formalização evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse”.

4. Perfeição, Validade e Eficácia

O ato administrativo deve ser analisado sob a ótica da perfeição, da validade e da eficácia⁶².

Weida Zancaner⁶³, ao dispor sobre o tema, alerta que:

a maneira pela qual um ato ganha existência jurídica encontra-se estabelecida na própria ordem normativa; assim, não é a

⁶¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 383.

⁶² Controvérsia existe acerca de uma quarta categoria: a existência. A doutrina não é unânime em reconhecer a importância de todas essas categorias. Weida Zancaner (*Da Convalidação e da invalidação dos Atos Administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30) entende que a noção de existência não teria sentido, pois a existência jurídica estaria ligada diretamente à perfeição. Para, Márcio Cammarosano (*Decaimento e Extinção dos atos administrativos*, p.163-164) um ato administrativo só pode ser reputado existente se tiver completado o seu ciclo de formação: “diante da existência (perfeição) de um ato administrativo, que poderá ser ou não válido, que produzirá ou não, desde logo, todos os seus efeitos, consoante a produção de seu efeito típico coincida ou não com o momento de seu ingresso no mundo jurídico”. Portanto, para esses autores, “existência” significa “perfeição”.

Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1978, p. 29) entende que é irrelevante a discussão sobre a perfeição, visto que a “noção de perfeição é aplicável não ao ato administrativo, mas à declaração estatal que o põe”, assim, uma declaração considerada imperfeita não pode ser considerada nem mesmo uma declaração estatal.

Flávio Bauer Novelli (*A Eficácia do Ato Administrativo*. Revista de Direito Administrativo vol.60. Abril-Junho/1960 São Paulo: Renovar, p. 19) chama a atenção para as noções de perfeição, validade e eficácia do ato administrativo exprimem realidades “estritamente correlatas, mas nitidamente distintas”.

Concordamos com os autores que entendem que a noção de existência é inócua, já que encontra-se umbilicalmente ligada à concepção de perfeição. Obviamente, determinado ato administrativo só poderá ter suprido o plano da existência se tiver observado os requisitos de existência, logo reputando-se como perfeito.

⁶³ Op. Cit., p.33

simples exteriorização fática condição suficiente para que um ato adquira existência jurídica, embora seja condição necessária.

Com base nessa premissa, podemos ressaltar que ato perfeito é aquele que completou todo o seu ciclo de formação, tornando-se existente como “entidade jurídica”⁶⁴.

Ou seja: ato perfeito é aquele que concluiu todas as etapas de formação do ato, cumprindo os requisitos de existência suficientes para ingressar no ordenamento jurídico.

Ato válido⁶⁵ é aquele expedido em observância a todas as exigências do ordenamento jurídico, não contendo qualquer espécie de vício. O ato deve estar em consonância a todas as regras e princípios de edição formal e material daquele ordenamento específico que ele quer se inserir. Deve ter percorrido um rol de requisitos impostos pelo sistema normativo, preenchendo todas as exigências impostas.

Por seu turno, o ato é eficaz⁶⁶ quando se encontra apto à produção dos efeitos que lhe são próprios, quando nada impede a produção de seus efeitos, como asseverado por Regis Fernandes⁶⁷: “não mais depende de qualquer manifestação, ou de solução ulterior. É imediata a deflagração dos efeitos que o ato possui”⁶⁸.

⁶⁴ OLIVEIRA, Régis. *Ato Administrativo*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 1978, p.51.

⁶⁵ Márcio Cammarosano (*Decaimento e extinção dos atos administrativos*, p.164) adverte que não se deve confundir perfeição com validade do ato. Perfeição está relacionada a existência do ato jurídico, que completou seu ciclo de formação, reunindo os requisitos de existência. Validade relaciona-se “à conformidade do ato, de seus atos, de seus elementos (conteúdo e forma) e de seus demais requisitos e pressupostos com o ordenamento jurídico”.

⁶⁶ Daniele Coutinho Talamine (*Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38) distingue eficácia de efetividade. “Eficácia diz respeito à capacidade potencial do ato de produzir efeitos, a efetividade é tema que envolve a real produção de efeitos do ato”. A eficácia é apenas a aptidão que o ato tem de produzir os efeitos, sendo prescindível à efetiva produção. Ato eficaz é aquele que tem disponibilidade de produzir os efeitos a que foi destinado; e ato eficiente ou efetivo é aquele que se encontra surtindo os efeitos típicos que lhe correspondem.

⁶⁷ *Ato Administrativo*, p.51.

⁶⁸ A doutrina também não é unânime na definição de eficácia.

Uma vez cumprido o ato administrativo e os três planos de perfeição, validade e eficácia, o ato poderá adquirir seus atributos, quais sejam: imperatividade, exigibilidade, executoriedade e presunção de legitimidade⁶⁹.

Imperatividade relaciona-se à possibilidade de imposição unilateral de obrigações pela Administração, sem que necessariamente haja o acordo do administrado. Exigibilidade refere-se ao dever de atendimento da obrigação prescrita pela Administração, afora a procura pelas vias judiciais ou administrativas para induzir o administrado a observá-la. Executoriedade representa a possibilidade da imposição material de sanção administrativa quando houver resistência, por parte do administrado, em obedecer à obrigação fixada e exigida.

Por outro lado, a presunção de legitimidade consiste na característica dos atos administrativos poderem se presumir verdadeiros e compatíveis com o ordenamento jurídico até posterior comprovação contrária.

Nesse compasso, são as lições de Vladimir da Rocha França⁷⁰:

Sem a manifestação normativa competente, o ato administrativo portador de vício permanece no sistema. Embora o ato implique em atentado à ordem jurídica, a restauração da juridicidade ferida depende da expedição de

Para Pietro Virga (*Il Provvedimento Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1972, p. 333), eficácia é a idoneidade do ato para produzir efeitos jurídicos.

Por outro lado, Márcio Cammarosano (*Decaimento e Extinção dos Atos Administrativos*, p. 165-166) entende que eficácia significa força jurídica em realização, e não apenas potencialidade ou aptidão de produzir efeitos. Contudo, não restringe o conceito de eficácia somente à produção de efeitos típicos, entendendo que a eficácia possui graus mínimo (produção do efeito vinculativo) e máximo (produção do último efeito possível). Justifica sua posição acrescentando que: "Na medida que efeito jurídico é toda e qualquer inovação operada na ordem jurídica, o ato que não produz sequer o chamado 'efeito vinculativo', isto é, que não produz efeito jurídico algum, não é dotado de juridicidade, não ingressou no mundo jurídico, é juridicamente irrelevante.

O que qualifica um ato como jurídico é, portanto, o fato de produzir um mínimo de efeito jurídico, de ser juridicamente relevante. Ora, a eficácia, em sentido amplo, é exatamente a produção de efeitos, a relevância jurídica do ato. Nesse sentido, só se pode reputar existente um ato jurídico no momento em que produz um mínimo de efeito jurídico, nada impedindo, é claro, que determinados atos possam produzir, num mesmo instante, inclusive seus efeitos típicos".

⁶⁹ Ao tratar dos atributos do ato administrativo podemos dividi-los entre aqueles que se aplicam aos atos administrativo em geral -presunção de legitimidade – e aqueles que não se aplicam aos atos ampliativos de direito dos administrados - imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

⁷⁰ *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.69

outro ato administrativo. A invalidação e a convalidação são meios estabelecidos pelo próprio regime-jurídico administrativo para a eliminação material do vício, preservando a segurança jurídica e a integridade dos princípios que regem essa parcela do sistema do direito positivo. Se assim não fosse, bastaria confiarmos no administrador, e o controle da Administração Pública, por conseguinte, seria algo inútil.

Com base nesses ensinamentos questiona-se se o ato administrativo não motivado pode ser considerado presumidamente legal. Cabe à Administração o benefício da dúvida?

Com efeito, gozando os atos administrativos de presunção de legitimidade, subsistirá, então, até que ocorra a sua retirada do mundo jurídico.

5. Vinculação e Discricionariedade

Como frisado no presente capítulo, atos administrativos são aqueles praticados no exercício da função administrativa. Várias são as classificações utilizadas para os atos administrativos, diversificando-se de acordo com o critério utilizado. Considerando o cerne do estudo, optou-se por trazer a classificação quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, o que permite abordar a vinculação e a discricionariedade dos atos administrativos.

Justifica-se referida opção, pois a motivação como será analisada no capítulo seguinte, é pressuposto de validade dos atos praticados no exercício da função administrativa, logo a demonstração da existência do motivo que consente a execução do ato administrativo se dá justamente pela motivação.

A motivação representa a moldura da liberdade existente na discricionariedade do administrador, uma vez que irá tornar possível o

conhecimento das razões que levaram o agente administrativo a optar por uma determinada hipótese ou decisão, bem como ao controle dos próprios atos administrativos, representando genuína garantia dos cidadãos⁷¹.

Por conseguinte, como existe a possibilidade de discricionariedade em relação ao motivo do ato administrativo, já que pode encontrar-se previsto em lei ou não – quando determinado em lei haverá a vinculação ao motivo, por outro lado, quando não houver disposição legal quanto ao motivo que autoriza a autoridade administrativa a praticar o ato, haverá discricionariedade quanto ao motivo. Portanto, a análise de vinculação e discricionariedade também se legitima.

É necessário salientar que, em determinadas situações, a expressão utilizada é “ato vinculado” ou “ato discricionário”. Contudo entendemos que são termos equivocados. Isso porque não é o ato administrativo propriamente que é vinculado ou discricionário (obviamente nenhum ato administrativo possibilita margem de liberdade para juízos subjetivos) e sim a capacidade de o agente administrativo decidir seja em conformidade estrita à lei ou com certa liberdade, dependendo do caso, de forma a melhor atender o interesse público⁷².

Dessa forma, utilizaremos a expressão ato administrativo de competência vinculada e ato administrativo de competência discricionária, embora existam autores que prefiram utilizar expressões diversas⁷³.

⁷¹ De fato, a liberdade do administrador será condicionada justamente pela motivação de suas decisões.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª. Ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 18) ensina que a expressão “ato discricionário” deve ser entendida como “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”, pois “discricionária é a competência do agente quanto aos aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o produto do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele, logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ele haverá de se revelar”.

⁷³ Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 59) entende que “aspectos vinculados do atos administrativo” mais fielmente indica o fenômeno. José Cretella Júnior (*Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.

Diz-se que o ato administrativo é de competência vinculada quando a lei prevê a única conduta possível perante a existência de situação de fato previamente determinada, não havendo, portanto, qualquer margem de liberdade na atuação do Administrador. A lei simplesmente fixa todos os requisitos da atuação administrativa, restando à autoridade tão somente constatar a hipótese prevista, sem qualquer margem de juízo subjetivo.

Por outro lado, o ato administrativo será de competência discricionária quando a própria lei⁷⁴ possibilitar ao Administrador eleger, dentre as várias soluções possíveis, a melhor solução para o caso concreto, ou seja, existe certa margem de liberdade para a utilização de apreciações subjetivas e critérios de conveniência e oportunidade com a devida observância de todas as circunstâncias que permeiam o caso concreto, a fim de satisfazer plenamente à finalidade legal⁷⁵⁷⁶.

5.1 Limites de Discricionariedade: Hipóteses

A Competência Discricionária não deve ser interpretada como liberdade ampla e irrestrita de escolher qualquer possibilidade para solucionar a

246) considera a expressão “ato administrativo discricionário” a mais precisa e rechaçar tal feliz expressão seria tão somente jogos de palavras.

⁷⁴ Obviamente o Legislador não possui o condão de prever e tipificar todas as circunstâncias de atuação administrativa. O Direito não é uma ciência exata.

⁷⁵ Bandeira de Mello (*Discricionariedade e Controle Judicial*, p. 18-20) ensina que a discricionariedade pode decorrer de: a) hipótese da norma; b) comando da norma; c) finalidade da norma.

Será derivada da hipótese da norma quando a lei descrever a situação fática (motivo) de modo impreciso – “segurança pública”, “higiene pública”, “salubridade pública” - ou até mesmo deixar de indicar explicitamente o pressuposto de fato.

Decorrerá do comando da norma quando esta possibilitar ao agente público alternativas de conduta como: 1. se expede ou não o ato; 2. se verifica a oportunidade adequada para expedir o ato; 3. se confere liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato; 4. se tem competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

Por fim, pode resultar da finalidade da norma “pois, como ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato”.

⁷⁶ Vejamos julgado sobre o tema: “MILITAR – ATO ADMINISTRATIVO – PODER DISCRICIONÁRIO. Legalidade do ato decisório de não- inclusão de Oficial na escala de Comando, um ato administrativo discricionário, em relação ao qual não se alega descumprimento de qualquer dos elementos vinculados – a competência, a forma e a finalidade -, e que, na sua prática, por ser um ato discricionário, a autoridade é livre, dentro das opções legais, quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo)”. (MS n.º 109.191; Pleno do TRF; Rel. Min Carlos M. Velloso; 1986 – RDA 167/150)

circunstância real. Também não deve ser interpretada como possibilidade de preenchimento de lacuna de lei, já que foi o próprio legislador que, intencionalmente, possibilitou que a autoridade, ao utilizar critérios adequados para a solução de determinada situação específica, decidiria do melhor modo. Discricionariedade não se confunde, ainda, com arbitrariedade, que é atuação administrativa aquém da liberdade legal.

Deve-se registrar, também, que a liberdade discricionária não se confunde com a autonomia da vontade do direito privado, em que o indivíduo age da maneira que melhor lhe aprouver, desde que não haja comando legal contrário. Pelo contrário, Discricionariedade deve ser considerada como liberdade de atuação administrativa tão somente nos limites impostos pela lei⁷⁷.

E mais, a discricionariedade em hipótese alguma pode ser utilizada como veículo para encobrir arbitrariedade, sob pena de abuso de poder. Nesse sentido imperioso notar os seguintes julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“ADMINISTRATIVO. DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS RESTRITIVOS DE DIREITOS. Concurso Público. Reprovação em exame médico. Inaptidão para o ingresso no cargo de professora. Ato imotivado e desproporcional. Liquidez e certeza do direito invocado. Segundo a moderna doutrina administrativista, o dever de motivação da Administração está atrelado não à natureza vinculada ou discricionária do ato, mas a sua repercussão na esfera jurídica do administrado. Observância dos princípios constitucionais da publicidade e da moralidade. A presunção de legitimidade dos atos administrativos é relativa e sucumbe ante a produção de prova contrária pelo particular. Conjunto

⁷⁷ O princípio da legalidade é a viga mestra do Estado Democrático de Direito, logo, impossível conceber a possibilidade de atuação administrativa fora das margens legais. Deve ainda ser conjugada com a finalidade como condição obrigatória. Caio Tácito (*O abuso do poder administrativo no Brasil. Conceitos e Remédios*. Revista de Direito Administrativo n. 56, Abril-Junho 1959. Rio de Janeiro: Renovar, p. 11) com maestria ressaltou: “A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A Administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito a autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou políticos partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência”.

probatório coeso, que demonstra a inexistência de qualquer óbice ao exercício do cargo, a impor a prevalência do princípio da acessibilidade dos cargos públicos. Laudos médicos que concluem por alterações mínimas e reversíveis, a curto prazo, nas cordas vocais, as quais não obstem o desempenho normal da atividade. O princípio da separação dos poderes não impede que o Poder Judiciário afira a legalidade e a razoabilidade dos atos emanados da Administração. A discricionariedade administrativa não há de ser invocada para encobrir arbitrariedades, sob pena de abuso de poder. Reforma parcial da sentença para exclusão da condenação em custas. Recurso provido em parte. “ Grifo nosso. (TJRJ, apelação cível n.º 2007.001.63776, Rel: Ded. Carlos Eduardo da Fonseca Passos; 2ª Câmara Cível; ação Mandado de Segurança; julg. 16/01/2008, publ. 21.01.2008)

“CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA DO ATO ADMINISTRATIVO RESTRITIVO DE DIREITO DE PARTICULAR. Na hipótese em exame, o ato administrativo impugnado restou, fundamentado sem a mínima objetividade, , porquanto se alude a “más companhias” e a informantes cuja a identidade é mantida em sigilo. Tal motivação afigura-se insuficiente, porquanto não possibilita a sua infirmação, devido à lógica impossibilidade de realização de prova negativa, a exemplo de que não frequenta a companhia de pessoas envolvidas em ilícitos penais. Não se há de invocar na hipótese o vetusto princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos ou a tradicional doutrina da discricionariedade, a qual não confere à autoridade os atributos regalianos da infalibilidade e que outrora eram sintetizados na fórmula *the king can do no wrong*. Modernamente, mesmo no território da denominada discricionariedade administrativa, já não há espaço para soluções autoritárias em detrimento do cidadão e, no campo doutrinário do ato administrativo, a questão já se encontra bem definida, não basta a existência de uma previsão geral e abstrata; é essencial que, no caso concreto, tenham efetivamente acontecidos os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência. A discricionariedade que a lei confere ao agente não legitima qualquer conduta nem impede o exame pelo Poder Judiciário, pois a discricionariedade não é um cheque em branco, nem uma palavra mágica.” Grifo nosso. (TJRJ, apelação cível n.º2003.001.09573; Rel. Edson Vasconcelos; 16ª Câmara Cível, ação declaratória, julg, 02/09/2003, publ. 23/09/2003)

A atuação discricionária administrativa corresponde à possibilidade de escolha de uma dentre as alternativas existentes para a solução mais conveniente ao caso concreto, todas obviamente sobre a batuta da lei.

Nesse caminho, vale trazer a definição de discricionariedade administrativa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸:

faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁹ elenca as situações em que deve recair a margem de liberdade do administrador, devendo o mesmo avaliar se efetivamente ocorreram:

os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam, seja para b) produzi-lo ou abster-se, seja c) para eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expedir o ato “x” ou “y”), seja d) para resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo, seja e) para revesti-lo com a forma tal ou qual.

Justamente perante o fato de que a liberdade da atuação administrativa possui seus contornos pontilhados pela própria lei, podemos asseverar que Vinculação e Discricionariedade, na linha de pensamento do presente estudo, não devem ser entendidas como antônimas, pois podem existir de maneira concomitante.

Explica-se: Vinculação representa o agir administrativo no âmbito legal. Discricionariedade também corresponde ao agir administrativo no âmbito legal, só que com a possibilidade de apreciações subjetivas, apreciações essas margeadas justamente pela Lei.

⁷⁸ *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

⁷⁹ *Relatividade da Competência Discricionária*. Revista Trimestral de Direito Público n°. 25. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 14.

Ora, podemos concluir então que o agir administrativo será sempre vinculado⁸⁰ ao previsto em lei, variando somente quanto à possibilidade da incidência de subjetivismos. Note-se que subjetivismo aqui não significa escolha com base em fatores como perseguições, rivalidade e favorecimentos e sim como sinônimo de utilização de critérios de oportunidade, conveniência, razoabilidade, justiça.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ ressalta que a discricionariedade será sempre relativa e nunca absoluta. Para o autor, a discricionariedade é relativa nos seguintes sentidos:

a) É relativa no sentido de que o administrador estará de uma forma ou de outra, mais ou menos, sempre vinculado à lei, já que discricionariedade representa agir *intra legem* e não *extra legem*.

b) É relativa no sentido de que a liberdade existente somente abarca os tópicos devidamente previstos à apreciação do administrador na hipótese normativa e não a outros tópicos concernentes ao ato. O autor assim exemplifica:

se a norma disser que a Administração 'poderá conferir um prêmio de tantos reais ao funcionário que contar com 40 anos de serviço sem nenhuma falta e sem haver sofrido sanção disciplinar alguma' o agente disporá de certa liberdade para expedir ou não o ato atributivo do prêmio, mas não disporá de liberdade nem quanto ao conteúdo dele (a outorga do número de reais fixados em lei), nem quanto aos pressupostos ensejadores do ato, isto é, seus motivos (o tempo de serviço fixado e a ausência de faltas e sanções).

c) É relativa, também, no sentido de que a liberdade propiciada pela lei deve sempre ser conjugada com a busca incessante da finalidade legal, em vista da qual foi atribuída a competência. Ou seja, o administrador nunca

⁸⁰ Até porque a Administração Pública possui como princípio fundamental o da legalidade, devendo sempre agir de acordo com o previsto em lei.

⁸¹ *Relatividade da Competência Discricionária*, p. 13-19.

poderá decidir com base em motivos particulares ou por razões de interesses públicos diverso do contemplado na lei correspondente.

d) É relativa, ainda, no sentido de que a liberdade prevista na norma legal só existe se observada exatamente sua extensão, medida ou modalidade que dela resultem e nada mais. Não existe a possibilidade de restrição ou ampliação da liberdade legal. Deve ser exercida tão somente em seu campo de alcance.

e) É relativa, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas “zonas de certeza positiva” e “certeza negativa” nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. No tópico seguinte aborda-se a discricionariedade e os conceitos imprecisos, momento no qual aprofundar-se á o item supra.

f) É relativa, por fim, no sentido de que nem sempre as hipóteses previstas em lei para o exercício da competência discricionária serão suficientes para o atendimento da finalidade legal e de interesse público.

A Lei, ao prever a discricção em determinadas situações, não possibilita ao administrador a eleição livremente de qualquer uma das hipóteses e sim daquele que melhor coaduna com o caso analisado. Frise-se: a lei sempre impõe o comportamento ótimo⁸².

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 32) ressalta que “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.” Adiante (Op. Cit., p. 35) enfatiza: “É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Então

Nessa esteira, tem-se que a administração possui um dever-poder de atuação pautado no interesse público e na finalidade legal.

Por fim, não se deve esquecer que tanto os atos de competência vinculada quanto os de competência discricionária estarão sempre sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, pois, de acordo com o art. 5, XXXV da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

De fato, em relação aos atos administrativos de competência vinculada, o Poder Judiciário poderá exercer o controle de legalidade sem maiores delongas, já que basta verificar o enquadramento ou não com os comandos legais.

Todavia, quando o controle judicial recair sobre atos de competência discricionária, somente poderá versar sobre a apreciação da legalidade do ato administrativo, ou seja, se agiu dentro dos limites legais ou não⁸³, nunca poderá recair sobre o mérito do ato de competência discricionária, que é exclusivamente do agente administrativo, sob pena de macular a independência dos poderes garantida constitucionalmente⁸⁴.

a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”.

⁸³ “CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, QUANDO ILEGAIS OU ABUSIVOS. POSSIBILIDADE. Não viola o princípio da separação dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: RE 259.335 – Agr., Rel. Min. Maurício Corrêa; e 170.782, Rel. Min. Moreira Alves. Agravo desprovido”. (STF; Agravo de Instrumento n.º 463.646 Agr/BA; 1ª Turma; Rel. Min. Carlos Britto; julg. 08/03/2005; publ. 27.05.2005)

⁸⁴ Vejamos alguns julgados do STF e STJ sobre o tema:

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ATO DISCIPLINAR. CONTROLE JUDICIAL. É correto o entendimento de que não se pode excluir de apreciação no âmbito do mandado de segurança os atos disciplinares que, não obstante lícitos sob o ponto de vista formal e expedidos por autoridade competente, apresentam-se ilegais e abusivos no seu mérito. Não é dado ao juiz cotejar a prova para concluir pela injustiça da pena disciplinar” (RE n. 100.750; 2ª Turma do STF; Rel. Min. Djaci Falcão; 1983; RDA 155/67).

“ATO ADMINISTRATIVO. MÉRITO. REENQUADRAMENTO DE PROFESSORES. APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. ATO ADMINISTRATIVO. MÉRITO. A tripartição dos poderes enseja a cada um decidir, no âmbito discricionário, a oportunidade e conveniência. O mérito do ato é definido, no caso dos autos, pelo Executivo. Ao Judiciário é vedado

Para melhor elucidação, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵ adverte que mérito:

é 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 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.

Na linha de pensamento do autor, o fato de determinado ato ser de competência discricionária ou mesmo enunciadora de conceitos imprecisos por si só não justifica o impedimento do controle judicial, se praticados em inobservância a finalidade legal⁸⁶.

Esclarece-se: a partir do momento em que se constata que a atuação administrativa não foi estribada na real finalidade legal, por exemplo, o agente administrativo, mesmo perante atos administrativos de competência discricionária, optou por praticar, na situação fática, ato diverso daquele único cabível para atender a disposição legal, ou até mesmo ter eleito ato impróprio, deverá o Judiciário “prestar a adequada revisão judicial” sem que com isso

substituir o administrador. O exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo. Inadequado, porém, simplesmente, alterar a opção daquele Poder”. (STJ; REsp 4526; 2ª Turma; Rel. Min. Vicente Cernicchiaro; publ. 05/09/1990; julg. 05/09/1990)

“ATO ADMINISTRATIVO. REEXAME DO JUDICIÁRIO. INSUSCETIBILIDADE. Os modernos princípios de acesso ao Judiciário recomendam aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. O aspecto formal não deve ser aplicado de modo intransigente. O ato administrativo, quanto ao mérito, é insusceptível de reexame do Judiciário, em decorrência da separação dos poderes. A discricionariedade do ato não se confunde com ilegalidade”. (STJ; REsp n.º 69.735; 6ª Turma; Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; julg. 14/11/1995; publ. 15/04/1996)

⁸⁵ *Discricionariedade e controle judicial Jurisdicional*, p. 37-38.

⁸⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 130) também entende que não é aceitável a utilização do “vocábulo mérito como escudo à atuação judicial e casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito”.

esteja invadindo o mérito administrativo, “porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária”⁸⁷.

5.2 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados

Conceitos Jurídicos são termos utilizados comumente pela norma jurídica como, por exemplo, “bem estar”, “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, ou seja, palavras e expressões de fluidez hesitante. Como anotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁸, a expressão conceito jurídico indeterminado, consagrada em vários países, é utilizada para “designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado”.

Os conceitos jurídicos indeterminados encontram solo fértil naquele mesmo da discricionariedade: impossibilidade do legislador tipificar rigidamente todas as hipóteses por ventura existente e, conseqüentemente, todo o rol de condutas do administrador. Dessa forma:

conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa⁸⁹.

Para maiores esclarecimentos, urge verificar se existe alguma relação entre a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, e se os conceitos fluidos podem conferir discricionariedade à Administração.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Relatividade da competência Discricionária*, p. 19: “Logo, toda vez que for possível demonstrar que o ato praticado não era o idôneo para atender ao interesse que a lei tinha em mira, seja porque os supostos da lei não se encontraram reproduzidos ou suficientemente retratados na realidade empírica – nada importando que tenha sido expedido com base em norma ensejadora de discricção – seja porque o escopo da lei era diverso daquele a que o ato aportou, cabe correção judicial dele. E cabe porque aí não se estará ajuizando sobre o que é conveniente e oportuno, mas sobre o que a lei deveras ensanchava ao administrador, ou seja, sobre legalidade propriamente dita”.

⁸⁸ *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p.97.

⁸⁹ SOUZA, Antônio Francisco de. Apud Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 97.

Na esteira da doutrina alemã, Eduardo García de Enterría⁹⁰ entende que os conceitos jurídicos indeterminados não possuem ligação com a discricionariedade. A indeterminação desses conceitos não se estende à aplicação prática, cabendo à Administração fazer o caminho de interpretação, a fim de encontrar uma única hipótese justa para cada caso.

Assim, conceitos como urgência, ordem pública, conduta honrada, dentre outros, somente seriam “conceitos jurídicos indeterminados” enquanto meras declarações, já que perante a aplicação concreta não dariam margem a qualquer possibilidade de discricionariedade, devendo haver estabelecimento concreto de uma solução justa: “ou há boa fé ou não há, ou o preço é justo ou não é, ou faltou ou não faltou probidade”.

Outra corrente doutrinária, preconizada pelo português Afonso Rodrigues Queiró⁹¹, considera que os conceitos jurídicos indeterminados (a que o autor chama de “conceitos práticos”) são a única fonte da discricionariedade. O autor desenvolve seu pensamento ressaltando a existência de conceitos unívocos e plurissignificativos, que correspondem aos “conceitos teóricos” e “conceitos práticos”. Aqueles se fundam no mundo da natureza, da causalidade, sendo utilizados pelas ciências que se baseiam no valor teórico de verdade, pressupondo o princípio causalista, as categorias de espaço, tempo e quantidade. O autor entende que, por esses conceitos representarem contornos individualizáveis, com valor objetivo e universal, e se a lei os utilizou, não haverá qualquer traço de discricionariedade.

Afonso Rodrigues Queiró entende que a discricionariedade irá decorrer dos conceitos práticos, aqueles plurissignificativos, de valor, do mundo da cultura. Para o autor, a discricionariedade é relativa à interpretação, sendo a norma jurídica parâmetro para tudo, portanto, se mediante a interpretação da

⁹⁰ *Curso de derecho administrativo*. 12ª. ed. V. I. Madrid: Civitas, 2004, p. 460-471

⁹¹ *A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, nº 6, .- dez. 1946, p.60.

norma restar somente uma interpretação possível, não estaremos tratando de discricionariedade.

Por outro lado, perante a incerteza dos ditames legais para agir, o agente administrativo deve sempre estabelecer uma interpretação, dentre as possíveis, havendo aí discricionariedade que reside nas indicadas “condições de fato” previstas na norma. Ou seja, se as condições de fato estiverem previstas em conceitos teóricos, há vinculação; se estiverem previstas em conceitos práticos, há discricionariedade.

Com a devida vênia as doutrinas até aqui estudadas, concordamos com a outra corrente que entende que os conceitos jurídicos indeterminados podem ou não propiciar a discricionariedade.

Conforme os ensinamentos de Sainz Moreno⁹², pode-se identificar uma zona de certeza positiva —aquilo que é seguro — e uma zona de certeza negativa — aquilo que não é seguro. Portanto, mesmo diante do conceito jurídico indeterminado, a autoridade administrativa estará sempre adstrita e vinculada pelas zonas de certeza positiva e negativa, não podendo fazer delas “uma interpretação desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar”⁹³.

De fato, considerando tais zonas imprecisas e também a fluidez de tais conceitos, poderá a autoridade administrativa, no caso concreto, fazer uma interpretação possível e razoável de modo a eleger a conduta considerada ótima⁹⁴.

⁹² SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionariedad Administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 70-71.

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Relatividade da Competência Discricionária*, p. 15.

⁹⁴ É importante destacar que a autoridade administrativa estará sempre permeada pela lei e em consonância com o ordenamento jurídico e com o próprio contexto.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁵, por mais que alguns conceitos sejam considerados carentes de fluidez e determinação nítida, são, acima de tudo, conceitos, conseqüentemente portadores de um mínimo de densidade, pois “se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que o designam sequer seriam palavras”.

Dessa forma, os conceitos considerados carentes de fluidez serão portadores de algum conteúdo, inserindo-se a discricionariedade justamente entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa, vez que “jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra”⁹⁶

⁹⁵ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 28-29

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Op.cit.*, p.29

CAPÍTULO III – MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

1. Considerações Iniciais.

Para conceituar motivação do ato administrativo, faz-se necessário, inicialmente, definir o que é motivação.

A motivação não se confunde com motivo do ato⁹⁷. Como analisado no capítulo anterior, motivo é o pressuposto de fato, o acontecimento externo e precedente que irá justamente propiciar ou reclamar a prática de determinado ato. O motivo não integra, nem é elemento do ato, representa a situação do mundo das realidades que irá dar ensejo para eventual produção do ato.⁹⁸⁹⁹

O motivo do ato também não pode ser confundido com motivo legal, que é o pressuposto descrito na norma. Expliquemos: o motivo do ato representa a constatação de um fato do mundo fenomênico que irá possibilitar a prática do ato. O motivo legal é o rol de normas jurídicas que representam o suporte para a expedição do ato administrativo. Já a motivação, como será tratado adiante, é a explicitação desse complexo normativo.

Cabe a diferenciação ainda de motivo do ato do móvel do agente, que é a intenção do agente, o conjunto de fatores psíquicos que contribui para o agir do agente administrativo. Esse motivo do móvel do agente possui

⁹⁷ Vladimir da Rocha França em sua obra *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo* (São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79) entende que existem duas espécies de motivo do ato administrativo, o motivo material e o motivo legal. Identifica o autor o motivo do ato como motivo material.

⁹⁸ Michel Stassinopoulos (*Traité des actes administratifs*. Paris: Athènes, 1954. p. 198), emprega o 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.

⁹⁹ Observa José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 104-105) que a “motivação não significa a falta de justificativa, mas a falta desta dentro do texto do ato”. Acrescenta que a controvérsia existente seria suprimida se houvesse abandono de tal distinção para considerar como indispensável a justificativa do ato, seja qual for a denominação que se empregue.

característica subjetiva, uma vez que corresponde “àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)”^{100 101}

Sobre o assunto, é necessário considerar a divergência doutrinária quanto a adoção das seguintes terminologias: motivação, justificação e fundamentação.

O sentido semântico de motivação é “ato ou efeito de motivar. Justificação, fundamento de uma decisão”. Por seu turno, justificação significa “ação de justificar, conjunto de argumentos apresentados por alguém em sua defesa ou em favor de alguém, o que justifica ou serve para justificar; explicação; razão, motivo; fundamento; justificativa; desculpa”. Já fundamentação significa “ato ou efeito de fundamentar, apoiar, documentar, fundação”.¹⁰²

Na doutrina nacional, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹⁰³ se manifestaram sobre o tema alertando que “motivação não se confunde com fundamentação, que é a simples indicação da específica norma legal que supedaneou a decisão adotada”. Para os autores, “motivar” diferentemente de motivação, significa “explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e fundamentos jurídicos que foram considerados”.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371. Para o autor o móvel do agente terá relevância nos atos administrativos de competência discricionária, quando haverá a possibilidade apreciação subjetiva, vez que nos atos administrativos de competência vinculada o móvel do agente é absolutamente irrelevante.

¹⁰¹ Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: ed. RT, 1979, p. 108) diferencia ainda a motivação da mera descrição do iter psicológico ou lógico do agente público, ressaltando que “a motivação exprime menos do que aquele iter, pois muitas vezes não contera hipóteses rejeitadas aos elementos inconscientes que participam daquele processo, o que de resto consistiria apenas numa explicação do ato, em função do seu agente, mas não na sua justificação, que ensejaria o seu controle racional, jurídico e político,”

¹⁰² HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. respectivamente: 1968, 1696, 1404.

¹⁰³ *Processo Administrativo*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76-77.

Carlos Ari Sundfeld¹⁰⁴, mesmo reconhecendo a consagração do sentido usual de motivação, entende que a opção pela utilização do termo fundamentação ou justificação espelharia apropriada noção técnica, além de evitar confusão entre os motivos dos atos e sua exposição. Ressalta, ainda, que “a expressão motivação é inconveniente, reduzindo o objeto que designa”, isto é, motivação não poderia ser entendida como mera circunstância de fato ocorrida no mundo real, “mas sim uma demonstração ampla dos vários aspectos que influem em sua legalidade”.

Vladimir da Rocha França¹⁰⁵, ao tratar do tema, emprega os termos motivação e fundamentação como sinônimos e justifica a opção sob a assertiva de “tratar-se de uso admitido pelo vernáculo”.

Como expoente da doutrina estrangeira, Jaccarino¹⁰⁶ entende que justificação consiste na enunciação dos pressupostos de fato e de direito, enquanto a motivação constitui a expressão dos motivos, 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 eleger. Por isso, a motivação implicaria sempre a existência de uma prévia justificação, mas esta nem sempre conteria a motivação¹⁰⁷. 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.

¹⁰⁴ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. Revista de Direito Público n.º 75, jul.-set. 1985. São Paulo: RT, 1985, p. 118.

¹⁰⁵ *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*, p. 91.

¹⁰⁶ JACCARINO, Carlo Maria. *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*. Roma, 1933, apud Juan Carlos Cassagne. *Derecho administrativo*. Tomo II. 7ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 114.

¹⁰⁷ *Ibidem*, mesma página.

Juso¹⁰⁸ também adota o entendimento acima, ressaltando que justificação é a expressão dos pressupostos de ato enquanto motivação é a expressão dos seus motivos.

Marcos Fernando Pablo¹⁰⁹, após traçar a evolução doutrinária da elaboração dogmática sobre a motivação do ato e fazer um paralelo com a jurisprudência e doutrina espanhola, resalta o desenvolvimento realizado 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”.

José Carlos Vieira de Andrade¹¹⁰ assinala que o ordenamento jurídico português optou pelo conceito de “fundamentação”, remetendo a uma noção abrangente, englobando momentos e aspectos distintos da mera externalização das razões do ato. Ele aduz que a fundamentação, sob a ótica genérica, tanto pode referir-se à indicação das normas aplicáveis quanto à exposição dos fatos que propiciam a existência de situação de interesse público prevista legalmente, ou à revelação dos interesses ponderados pelo agente na escolha do conteúdo, na medida em que este não resulte imediatamente da lei.

Com grande propriedade, o autor arremata que o dever de fundamentação expressa há de ser interpretado como um “instituto”, que abarca todas as razões determinantes da decisão:

sejam as que expressem uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem a explicar o conteúdo escolhido a partir

¹⁰⁸ JUSO, Raffaele. *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1963, p. 10-27.

¹⁰⁹ PABLO, Marcos M. Fernando. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 183. No original: “la idea de que la justificación derechos fundamentales, debe fundamentar la restricción impuesta, con mayor intensidad que los actos que afecten a otros derechos”.

¹¹⁰ *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 20.

dessa adesão ao fim, manifestando a composição dos interesses considerados para adotar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso.¹¹¹

Por seu turno, Juan Carlos Cassagne entende que justificação e motivação são noções coincidentes, cuja distinção é meramente artificial¹¹²

Florivaldo Dutra de Araújo¹¹³ também não percebe grande utilidade na distinção entre motivação e justificação, já que “poderia prestar-se, ademais, à mitigada fuga da Administração em anunciar pública e amplamente todas as razões e finalidades de seu agir”. Alerta, ainda, 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?”. Por fim, optou pelo emprego do vocábulo motivação, em detrimento de justificação, devido ao seu consagrado sentido, e considerou como sinônimas as expressões fundamentação e justificação.

Motivação, Fundamentação e Justificação possuem significados sinônimos. De fato, substituir o vocábulo Motivação por Fundamentação impediria eventual utilização incorreta entre motivo e motivação. Contudo, para evitar polêmicas jurídicas desnecessárias, e considerando consagrada terminologia e expressa previsão em nosso ordenamento jurídico, iremos utilizar o vocábulo motivação, e como sinônimos os termos fundamentação e justificação.

Dessa sorte, nos passos dos ensinamentos do português José Carlos Vieira de Andrade, pode-se concluir que o dever de motivação precisa ser entendido de maneira abrangente, como verdadeiro instituto que alcança a justificação por meio da demonstração de que as razões dos agir não são falsas ou ilegítimas, assim como os elementos essenciais sobre os quais se

¹¹¹ *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 22.

¹¹² *Derecho administrativo*, p. 113-114.

¹¹³ *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 92.

apóiam os pressupostos legais escolhidos possuem alicerces fundamentados para a satisfação do interesse público.

2. Conceito Motivação

A motivação do ato administrativo consiste na exposição dos fundamentos que deram ensejo à sua edição. Deve ser entendida de maneira diversa do motivo do ato administrativo, consistindo justamente na exteriorização deste.

Representa o externar dos pressupostos de fato (motivo) e de direito (motivo legal) autorizadores da prática de determinado ato administrativo, além de expressar todos os seus aspectos gerais inerentes.

Alguns doutrinadores concebem o conceito de motivação em sentido restrito enquanto a grande maioria da doutrina o utiliza em sentido amplo. Dentre aqueles que concebem a motivação restritivamente como mera exposição dos motivos que antecede a prática do ato administrativo, pode-se destacar Miguel Marienhoff, Manuel Maria Diez e Enrico Prussati.

Miguel Marienhoff¹¹⁴ entende que a motivação é a exposição dos motivos que induzem a Administração à emissão de determinado ato. Para o autor, o motivo equivaleria à causa do ato administrativo como “os antecedentes ou circunstâncias de fato ou de direito que em cada caso levaram a editá-lo”.

Para Manuel Maria Diez¹¹⁵, a motivação do ato administrativo encontra seu limite na “exposição das razões que tenham dado origem a que a

¹¹⁴ *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 293-324.

¹¹⁵ *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Bibliográficas Editores Libreros, 1965, p. 270.

administração emita o ato”. Nessa esteira de pensamento, Roberto Dromi¹¹⁶ também conceitua motivação como a “declaração das circunstâncias de fato e de direito que tenham induzido à emissão do ato. É a fundamentação fática e jurídica, com que a Administração sustenta a legitimidade e oportunidade de sua decisão”

Por seu turno, Enrico Presutti¹¹⁷ também concebe restritivamente a motivação, entendendo que “a motivação do ato administrativo consiste na exposição das circunstâncias de fato em vista das quais a Administração emanou o ato”.

Dentre os doutrinadores que definem motivação em sentido amplo, ou seja, abarcando não somente os pressupostos de fato que autorizam ou obrigam à prática de um ato como também a finalidade, a causa do ato e todas as razões gerais que possam ter levado à Administração Pública a praticá-lo, encontramos Alberto Ramón Real, Eduardo García de Enterría, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros¹¹⁸.

Para Alberto Ramón Real¹¹⁹, o conceito de motivação abrange não só os pressupostos de fato e de direito do ato, bem como todos os fundamentos jurídicos e a finalidade almejada. Rejeita o autor qualquer conceito restrito de motivação, advertindo que “deste modo se estreita a noção do instituto, reduzindo o alcance que tem na realidade dos direitos positivos e como consequência na doutrina majoritária. Por isso, preferimos falar em

¹¹⁶ *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 222.

¹¹⁷ *Instituzioni di diritto amministrativo italiano*. 3ª. ed. V.I Messina: Giuseppe Principato, 1931, p. 174-175.

¹¹⁸ ALESSI, Renato (*Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. 3ªed. Barcelona: Bosch, 1970, p. 275); ARAÚJO, Florivaldo Dutra (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p. 90); BIELSA, Rafael (*Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: la ley, 1964, p. 85-86); CASSAGNE, Juan Carlos (*Derecho Administrativo*, p.135); CINTRA, Antônio Carlos de Araújo (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 107); FIGUEIREDO, Lúcia Valle (*Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 193-194); GORDILLO, Augustín (*Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Parte General. 8ª. ed. Buenos Aires: FDA, 2003, p. X-15).

¹¹⁹ La fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, v. 15, n. 62, abr.-jun.. São Paulo: RT, 1982, p. 7.

fundamentação e dar ao conceito toda a amplitude que tem na realidade jurídica, que vai mais além dos chamados motivos”.

Na mesma linha de pensamento, García de Enterría e Tomás Ramón Fernandez¹²⁰ também preferem o conceito amplo de motivação, asseverando:

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 adote na parte dispositiva do ato.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹²¹:

a motivação é a justificativa do ato. Nela se compreendem a exposição dos fundamentos de direito, dos fundamentos fáticos e da procedência lógica da medida, em face não apenas de uma racionalidade abstrata, mas também em face das diretrizes encampadas pelo sistema jurídico.

Germana de Oliveira Moraes¹²² entende que:

a motivação dos atos administrativos compreende a um só tempo a enunciação dos motivos de fato e de direito do ato administrativo, vale dizer, dos fatos e dos fundamentos jurídicos em que se apóia o ato, bem como a justificação do processo de tomada de decisão.

Também assinala José Carlos Vieira de Andrade¹²³ que:

o dever da fundamentação expressa obriga a que o órgão administrativo indique as razões de fato e de direito que o determinaram a praticar aquele ato, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória.

¹²⁰ *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. I, p. 570.

¹²¹ *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*. Revista de Direito Público, n. 90, abr.-jun. São Paulo: RT, 1989, p. 65.

¹²² *Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos atos administrativos*. Revista Interesse Público n.º8, 2000, p.44.

¹²³ *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, p.13.

A posição doutrinária que concebe a motivação em sentido amplo nos parece a mais acertada, uma vez que a motivação é bem mais extensa que a simples menção ao motivo que antecedeu ao ato. Consiste na explícita justificação de todos os elementos e pressupostos que traduzem a decisão emanada pela Administração Pública, daí sua imperatividade, já que não é a vontade do agente público que interessa no Estado de Direito, mas sim a vontade da lei, a qual deve ser adstrita a prática de atos administrativos.

A mera revelação do motivo do ato apresenta não revela o significado de motivação. A Administração Pública, para justificar seu agir, deve demonstrar não só o motivo do ato, como exteriorizar todos os aspectos que exerceram qualquer influência naquela decisão administrativa.

Eventual ausência de motivação do ato administrativo furtaria aos administrados a possibilidade de saber se houve ou não a ocorrência do motivo, bem como se eram compatíveis com o ato. Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁴:

Aliás, se isto ocorresse, o ato administrativo apresentar-se-ia como definitivo, com força de verdade legal, tão irreversível quanto uma decisão judicial transitada em julgado. Ganharia os atributos que só assistem aos pronunciamentos judiciais finais.

Dessa forma, a motivação deve ser interpretada sempre de maneira ampla, ou seja, como a exposição dos fundamentos de direito e de fato que propicia a prática de determinado ato administrativo, bem como todos os elementos e pressupostos que ascendem naquele ato administrativo.¹²⁵

¹²⁴ *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*, p.65.

¹²⁵ O espanhol Marcos M. Fernando Pablo (*La motivación del acto administrativo*, p.190- 191) ao tratar do conteúdo da motivação adverte que : “Definida a motivação em termos de justificação, seu conteúdo deve alcançar uma decisão concreta, singularmente contemplada como aceitável frente ao ordenamento. Ao dado da ponderação da particularidade do caso, e da generalidade do ordenamento (ao equilíbrio geral-particular que se expressa uma decisão) pode denominar-se critério da decisão, que há de ser não somente real (isto é, existente, pois de outra forma a resolução é arbitrária, salvo se o critério da decisão já esteja formulado e expresso no ordenamento), como também cognoscível,

3. Natureza Jurídica Motivação

Em relação à natureza jurídica da motivação, a doutrina é bastante discrepante. Alguns autores incluem a motivação como forma do ato administrativo, outros a incluem no seu conteúdo. Há ainda aqueles que a entendem ser requisito procedimental e outros que a consideram de natureza formal e substancial.

Neste trabalho, inicialmente apontar-se-á a polêmica existente acerca da natureza jurídica da motivação, para só depois, então, firmar-se o seu entendimento.

Para Bartolomé Fiorini¹²⁶, a motivação é “um requisito de forma com caráter de exigência e necessidade sobre a legitimidade do ato”. Aduz que, “nem por suspeita é expoente de uma garantia simplesmente formal, embora integre a forma exterior do ato”.

No mesmo rastro de pensamento, Miguel Marienhoff¹²⁷ defende que a motivação pertence ao elemento forma do ato administrativo, não sendo elemento autônomo do referido ato, nem tampouco seu conteúdo, já este seria objeto do ato e a motivação é a exteriorização dos motivos¹²⁸

Em posicionamento oposto, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹²⁹ defendem a motivação como conteúdo do ato administrativo, sob a assertiva que de “não se trata de requisito meramente

manifestando-se como tal pela motivação, expressando, portanto, a causa do ato administrativo. O conteúdo da motivação, como discurso justificativo, compreende normalmente o critério geral da norma, o aspecto singular dos dados de fato singulares e o critério racional adotado a resolver, quando este não resulte, inequivocadamente, dos dados anteriores.”

¹²⁶ *Derecho administrativo*. 2ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 421 – 422.

¹²⁷ *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 326.

¹²⁸ Alguns autores que também consideram a motivação como forma do ato: Jean Rivero (*Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, 115); Juan Carlos Cassagne (*Derecho Administrativo*, p. 135), Laubadère (*Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: R. Pichon. 1970. t. I 1970, p. 294); Ramón Parada (*Derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. I 1998, p. 138).

¹²⁹ *Curso de derecho administrativo*, p. 571.

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)".¹³⁰

Por outro lado, há os que considerem a motivação como requisito procedimental. Como expoentes dessa corrente, destacam-se Florivaldo Dutra de Araújo¹³¹ e Carlos Ari Sundfeld¹³². O primeiro, após um processo de exclusão de todos os outros elementos e pressupostos do ato administrativo, concluiu que a motivação possui natureza jurídica de requisito procedimental, e defende sua posição alegando que "Esta é, pois, ato jurídico da Administração Pública que deve preceder ou acompanhar os atos administrativos, como pressuposto de validade".

Carlos Ari Sundfeld também entende a motivação como requisito procedimental do ato administrativo, anotando que:

A fundamentação não é forma nem formalidade do ato administrativo porque não é a explicitação de seu conteúdo, e sim de seus pressupostos. Por isto mesmo, tendo um conteúdo próprio, não é parte do ato administrativo, nem um seu aspecto substancial ou de fundo, mas um ato autônomo.¹³³

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴ entende que a motivação é um requisito formalístico (integra o pressuposto formalístico) do ato administrativo. Defende sua posição enfatizando que:

A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, como já se deixou dito, a motivação do ato é importante requisito de sua formalização.

¹³⁰ Op. Cit., 571.

¹³¹ *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p. 92.

¹³² *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p. 124.

¹³³ Op. Cit., p.124.

¹³⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 372 e 383.

Em sentido oposto ao que já até aqui foi explicitado, Manuel Maria Diez¹³⁵ entende que a motivação seria um requisito de razoabilidade que deve conter a vontade administrativa.

Outra corrente é aquela que preconiza a dupla natureza jurídica da motivação. Nessa esteira, se insere o português José Carlos Vieira de Andrade¹³⁶, o qual ensina que a fundamentação obrigatória de um ato administrativo deve necessariamente incluir um duplo aspecto: formal e substancial. O aspecto formal seria “a exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão” e o aspecto substancial abarcaria “a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique”.

José Roberto Pimenta Oliveira¹³⁷ anota que a motivação não se esgota na revelação do motivo do ato, “por abarcar necessariamente o dever de exteriorizar todo o processo de justificação da decisão administrativa ou 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”.

Prossegue o autor, afastando a qualificação da motivação como mero requisito formal ou formalístico e justificando sua opção pela irrelevância: “para operar a legitimação jurídica do ato administrativo”. A fundamentação é imprescindível “para assentar a validade jurídica do conteúdo de toda decisão administrativa”, uma vez que há “um direito público subjetivo autônomo de exigir a motivação dos atos administrativos”, de cuja inobservância decorre eventual invalidação.

Para Pimenta Oliveira, a motivação, visualizada como princípio deve:

¹³⁵ *Derecho Administrativo*. T. II, Buenos Aires: Editores Libreros, 1965, p. 270.

¹³⁶ *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, p. 11.

¹³⁷ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278.

deve abandonar seu status de requisito formalístico dos atos administrativos e ganhar reforçada relevância como pressuposto substancial de legitimidade, na sua incidência ao curso e ao final dos procedimentos administrativos, dos quais resultam os atos administrativos em geral.¹³⁸

Finaliza, ressaltando que a motivação “é conexa ao conjunto de atos e fatos procedimentais anteriores à emanção dos atos, dos quais o conteúdo colhe sua sustentação fática e jurídica”.

Cabe ainda ressaltar a advertência de Carlos Ari Sundfeld¹³⁹ de que a discussão sobre a natureza jurídica da motivação está mal colocada “por não fazer a devida distinção entre a forma, a formalidade e os requisitos procedimentais do ato administrativo”. Para suprir tal deficiência, o autor registra a distinção necessária:

Forma do ato 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 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 forma é exteriorização formalidade é o modo específico de exteriorização do conteúdo.

Por sua vez, um requisito procedimental é, ele também, um ato, exigido como condição necessária à prática regular do ato administrativo. Na licitação, por exemplo, o ato de adjudicação deve ser precedido do ato de classificação;

Para o autor, a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da motivação deve-se ao uso incorreto feito pela doutrina estrangeira dos termos forma e formalidade do ato administrativo, o que “acaba gerando um falso dilema como costuma ocorrer quando se usa a mesma expressão para nomear coisas diferentes”.

¹³⁸ *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p.278.

¹³⁹ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p.124.

A primeira premissa que se traça é que a motivação consiste na exposição dos fundamentos de fato e de direito que propiciam a prática de determinado ato administrativo. Logo, de acordo com os requisitos dos atos administrativos propostos no capítulo anterior, sua observância é pressuposto de validade de qualquer ato administrativo. Dessa forma, afasta-se a possibilidade da motivação ser questão de forma ou conteúdo, já que esses, como elementos do ato, dizem respeito à existência do ato administrativo.

De fato, nada obsta a existência de ato administrativo sem motivação. Contudo, tal ato administrativo, ainda que expedido, será considerado inválido, uma vez que inexistente a fundamentação e exposição dos seus pressupostos de fato e de direito.

A segunda premissa a ser observada é que a motivação não é ato jurídico autônomo. Assim, também não pode ser considerada requisito procedimental, já que são “atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato, Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular sem os quais um certo ato não pode ser praticado.”¹⁴⁰

Ora, como afirmado anteriormente, determinado ato sem motivação pode vir a existir, ainda que seja considerado inválido. Ou seja, se a motivação por ventura fosse considerada requisito procedimental seria antecedente condicionador da prática do ato administrativo e não pressuposto de validade do mesmo.

Como anotado por Karina Harb¹⁴¹:

Ao revés, a motivação faz-se necessária como regra obrigatória aos atos administrativos em geral, não apenas a

¹⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 376.

¹⁴¹ *Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p.126.

determinados atos como o requisito procedimental, por integrar a formalização destes, fazendo parte das formalidades necessárias à edição do ato administrativo, conforme determine a lei.

Ademais, se considerada como requisito procedimental, a motivação seria ato jurídico autônomo, logo geraria efeitos jurídicos, inclusive com o dever de motivação do ato de motivar, criando assim uma cadeia de vícios. Eventuais efeitos jurídicos gerados seriam justamente daquele ato que fundamenta a motivação e não da motivação em si mesma.

Dessa forma, considera-se a motivação como formalização¹⁴² do ato administrativo. Apesar da formulação da motivação ocorrer antes da expedição do ato, ela somente é exteriorizada junto com aquele ato. Evidentemente exceções existem. Pode ocorrer da motivação achar-se em instrumento apartado daquele que revela o ato, caso da motivação aliunde¹⁴³.

As considerações feitas a propósito da natureza jurídica da motivação e a preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁴ permitem assentar o presente estudo na natureza da motivação como pressuposto formalístico, cuja observância é pressuposto de validade do ato administrativo, afinal a “motivação é o discurso que oferece ao destinatário do ato administrativo, bem como à coletividade, os aspectos jurídicos e fáticos que outorgam legitimidade à decisão administrativa no caso concreto”¹⁴⁵.

¹⁴² Formalização aqui deve ser entendida como processo de formação da vontade administrativa ao longo do qual a motivação se insere. Como advertido por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 383) “a formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, como já se deixou dito, a motivação do ato é importante requisito de sua formalização”.

¹⁴³ Diversamente da motivação contextual, a motivação aliunde é aquela que não está contida no mesmo instrumento do ato que fundamenta.

¹⁴⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 382-383.

¹⁴⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*, p. 96.

4. Requisitos da Motivação

A motivação não deve se manifestar de qualquer maneira; há requisitos que ela deve atender, evitando que o agente público utilize “expressões vagas ou omita elementos essenciais”¹⁴⁶, que possam ter exercido influência na conformação do ato¹⁴⁷.

Com base nos ensinamentos doutrinários, a motivação deve necessariamente observar alguns requisitos.

a) Suficiência

A exigência da motivação dos atos administrativos não transfere à Administração possibilidade de motivar tais atos da maneira que melhor lhe aprouver. Não se admite atos administrativos motivados minimamente ou de maneira inconsistente. Pelo contrário, ao se exigir a motivação dos atos administrativos, é necessário que a Administração demonstre as razões que constituem a motivação, de modo a satisfazer plenamente a capacidade intelectual do cidadão.

O primeiro requisito para a motivação seria a suficiência. Mas, afinal, o que é suficiência? O que significa motivação suficiência? Quais os critérios a serem cumpridos para a motivação ser efetivamente suficiente? Quais as consequências da observância ou não do dever de suficiência?

A motivação pode ser considerada suficiente quando legitimar a prática do ato administrativo, abarcando todos os requisitos necessários e convenientes para sua validade.

¹⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 134 e ss.; REAL, Alberto Ramón, *La Fundamentación del Acto Administrativo*, p. 15.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 121.

Etimologicamente, suficiente advém do latim *sufficiens*, *suficientis*, significando aquilo que satisfaz ou que basta, que é bastante, que tem capacidade para realizar algo, hábil, capaz¹⁴⁸.

A suficiência necessariamente não deve ser sinônimo de discursos longos ou eloquentes. Suficiência deve ser entendida como razão consistente, sob pena de tornar-se prolixa. Para isso, é necessário que na motivação sejam encontrados os sólidos fundamentos que ascenderam o agente administrativo. O que importa é que sejam indicados de maneira satisfatória os motivos determinantes da vontade administrativa¹⁴⁹.

A motivação, para atender o requisito da suficiência, deve observar três critérios primordiais: Conteúdo, Racionalidade e Justificativa.

O primeiro critério relaciona-se à necessidade de determinação contumaz do conteúdo da motivação, que deve estar devidamente demonstrado pela mera cognição do cidadão comum, permitindo identificar de imediato o conteúdo do ato que irá produzir efeitos¹⁵⁰. O conteúdo deve sempre estar adstrito ao interesse público.

¹⁴⁸ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2633.

¹⁴⁹ José Osvaldo Gomes (*Fundamentação do acto administrativo*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 118-119) 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 *passerpartout* 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.

¹⁵⁰ “A declaração do autor do acto deveria, pois, conter os elementos suficientes para que uma pessoa normal, perante a situação concreta, ficasse em condições de perceber quais as razões de fato e de direito que tinham determinado o mesmo autor a agir ou a escolher aquele conteúdo”. (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, p. 247).

O critério da racionalidade está vinculado à manifesta demonstração, pelo agente público, de toda a operação lógica pela qual se atingiu a conclusão¹⁵¹

Por sua vez, o critério da justificativa é aquele que delimita a motivação à indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão, mencionando as normas legais aplicadas, e até mesmo a razão de não se ter aplicado outras normas¹⁵². Cabe à Administração Pública demonstrar suficientemente as razões que determinaram a emissão do ato administrativo e não somente premissas legais que as tornem legítimas.

Nesse sentido, a motivação só será considerada suficiente se contiver os elementos aptos e relevantes a justificar a decisão, devendo ser observadas as peculiaridades do caso concreto e não cabendo meras alusões a pareceres ou remissão a artigos ou expressões legais, simples juízos conclusivos, nem tampouco a disposições irrestritas e fluídas como “interesse público”, “necessidade do serviço”, “segurança pública”, “calamidade pública”¹⁵³.

E quando as decisões administrativas forem aquelas em “escala de produção”, como, por exemplo, ato administrativo que exonera dez agentes públicos que ocupavam cargo em comissão em determinada secretaria por recomendação baseada em parecer do Tribunal de Contas. Por compreender

¹⁵¹ “o agente público deve justificar as regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão, se houver necessidade”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p 129, 130).

¹⁵² A Lei 9784/1999 que veio regular o Processo Administrativo em âmbito Federal trouxe em seu bojo a previsão expressa da obrigatoriedade da motivação, inclusive dispondo como critérios a serem observados pelo processo administrativo a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão. Vejamos as disposições daquela lei:

“Art.2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

Art.50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando...”(grifos nossos).

¹⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 127-128.

a mesma matéria e objeto nada obsta que a motivação possa fazer referência ao parecer do Tribunal de Contas, mas sempre observando o caso concreto¹⁵⁴. Esse também é o entendimento de nossos Tribunais, que ampliam essa possibilidade desde que haja remissão aos fundamentos do parecer ou relatório conclusivo elaborado, vejamos:

PRESIDENTE DA REPÚBLICA: COMPETÊNCIA PARA PROVER CARGOS PÚBLICOS (CF, art. 84, XXV, primeira parte), que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto é susceptível de delegação a Ministro de Estado (CF, art. 84, parágrafo único): validade da Portaria do Ministro de Estado que, no uso de competência delegada, aplicou a pena de demissão ao impetrante. Precedentes. II. Mandado de segurança: inviabilidade da apreciação dos fundamentos da decisão que aplicou a pena administrativa de demissão, pois oriunda de autoridade não submetida à competência do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, d): incidência da Súmula 510 ("Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança o a medida judicial"). III. Servidor público: demissão: motivação suficiente do ato administrativo. 1. 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 (AI 237.639-AgR, 1ª T., Pertence, DJ 19.11.99). 2. 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. 3. Ademais, no caso, há, no parecer utilizado pela autoridade coatora como razão de decidir, fundamento relativo à intempestividade do recurso, suficiente para inviabilizá-lo, o que dispensa a apreciação das questões suscitadas pelo impetrante¹⁵⁵. Grifo nosso

SERVIDOR PÚBLICO: DEMISSÃO: MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. Nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo mediante remissão aos fundamentos do parecer ou relatório conclusivo elaborado,

¹⁵⁴ A Lei 9874/99 através de seu artigo 50, §1 dispôs que a motivação pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou proposta, que neste caso, serão parte integrante do ato.

¹⁵⁵ STF, Tribunal Pleno, MS 25518/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 14.06.2006, publ. 10.08.2006.

como na espécie, por autoridade de menor hierarquia¹⁵⁶. Grifo nosso

Em relação aos atos discricionários, deve a Administração Pública justificar as opções tomadas diante das alternativas que se lhe apresentavam¹⁵⁷.

Perante a não observância de qualquer um dos critérios anteriormente indicados para configurar a suficiência da motivação, estaria-se mediante motivação considerada insuficiente.

Todavia, essencial a distinção entre a motivação inexistente da motivação insuficiente. Aquela, como a própria nomenclatura enuncia, significa falta de existência, fulmina o ato administrativo, já que a motivação constitui pressuposto formalístico, cuja observância é pressuposto de validade do ato administrativo.

Já a motivação insuficiente existe por si só, entretanto de maneira deficitária, vez que não obedeceu algum dos critérios para configurar o requisito da suficiência.

Nesses casos, a regra geral será considerar o ato viciado já que como anotado por Antônio Carlos Araújo Cintra:

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 administrativa¹⁵⁸.

Mesmo quando a motivação indicar as razões de fato que embasaram a emissão do ato administrativo, os elementos essenciais que presumam a atuação do órgão de controle ou até mesmo que o ato seja realmente

¹⁵⁶ STF, AI 237639/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julg. 26/10/1999, publ. 19/11/1999.

¹⁵⁷ Vide capítulo II, item 4.

¹⁵⁸ *Motivo e Motivação do ato administrativo*, p. 235.

importante para o interesse público, entende-se que o ato também se encontra viciado.

Os limites da suficiência ou da insuficiência seriam precariamente demarcados, já que a Administração poderia forjar atitudes duvidosas para justificar as motivações inverossímeis, rigorosamente incoerentes ou contraditórias em relação ao decidido¹⁵⁹.

b) Clareza

Outro critério a ser observado para que se manifeste a motivação é o da clareza. Motivação clara, cristalina é aquela que edita o ato sem ambigüidade, exprimindo certeza e convicção. Vale ressaltar que a clareza almejada deve ainda ser observada em relação aos inúmeros termos utilizados que acabam por aclamar um juízo discricionário por parte do agente público.

Isso ocorre com conceitos vagos e de significados múltiplos como as expressões “comportamento indecoroso”, “integridade moral”, “melhor serviço”; “moralidade pública”; “urgência”; “bem comum”; “falta grave”; “interesse do povo” e outros¹⁶⁰.

O primeiro registro conhecido ou estimado da palavra clareza encontra-se no século XV. Essa palavra provém do latim *clarus* e significa qualidade do que é claro, qualidade do que é inteligível; limpidez, transparência, compreensão, percepção, entendimento, absoluta clareza como evidência, transparência, limpidez máxima, máxima objetividade¹⁶¹.

¹⁵⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, p. 237.

¹⁶⁰ Vide Elke Mendes Cunha *O princípio da Motivação e a Lei 9784/1999* in Lúcia Valle Figueiredo (coord). *Ato Administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.57.

¹⁶¹ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 735.

A Administração Pública não é terreno de incertezas e não se presta a interpretações ambíguas, vagas ou indecisas. Ao contrário, sua atividade deve pautar-se na transparência e nitidez máxima. Se as razões e os fundamentos jurídicos sobre as quais repousam o ato administrativo contiverem qualquer traço de obscuridade, estar-se-ia perante a restrição de seu perfeito e seguro entendimento dos fundamentos do ato.

Como bem alerta José Carlos Vieira de Andrade¹⁶², diante de formulações dúbias “não se pode saber ou sequer compreender sequer o que determinou o agente a praticar aquele acto ou a escolher aquele conteúdo”. E mais, para o autor, declaração obscura nem deve ser entendida como real motivação, já que “não contém sequer um discurso, faltando-lhe conteúdo semântico”.

Motivação clara, portanto, significa aquela que expõe de maneira inteligível, sem artifícios ocultos ou que se prestem a diferentes interpretações, os motivos do ato praticado.

Quando o dever de clareza é observado, conseqüentemente têm-se a proteção e a possibilidade do cidadão verificar os fundamentos de validade do ato com a segurança jurídica necessária. Além do mais, motivação clara repele a utilização de qualquer termo impreciso ou de duplo sentido.

Importante ainda salientar que motivação clara é aquela que esclarece de maneira determinante as razões da motivação, não provocando qualquer vício no ato, ainda que não seja indiscutível, nem sequer convincente¹⁶³.

¹⁶² *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, p. 233.

¹⁶³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Op. Cit., p. 236.

c) Congruência

Cabe ainda analisar o requisito da congruência. Congruente é a motivação que consegue de maneira coerente adequar os motivos apontados e o ato praticado. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld¹⁶⁴: “deve surgir como a premissa da qual o ato é mera decorrência”.

Em sua acepção etimológica, congruência, que teve seu primeiro registro no século XV e deriva do latim *congruentia*, é a qualidade do que é congruente; coincidência ou correspondência de caráter ou qualidade; conformidade, concordância ou harmonia; identidade ou correspondência constitucional ou estrutural; adequação, justeza, aptidão ao fim a que se propõe ou se destina; conformidade, identidade com algo, concordância com as circunstâncias, com os fatos¹⁶⁵.

Antônio Carlos de Araújo Cintra¹⁶⁶ consegue agrupar o sentido dos requisitos acima expostos ao ensinar que “Realmente, se a motivação for obscura, ininteligível, contraditória, redundará na incerteza e insegurança sobre o verdadeiro significado do ato administrativo assim motivado”.

O dever de congruência¹⁶⁷ refere-se à necessidade de demonstração de pertinência lógica entre os motivos indicados e o ato praticado. Caso tal demonstração não seja possível, estaria estabelecida verdadeira contradição

¹⁶⁴ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p. 125.

¹⁶⁵ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 801-802.

¹⁶⁶ *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, 128.

¹⁶⁷ Nesse sentido importante verificar julgado do STF que guarda certa relação com o item estudado: “MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. MAGISTRADO. REVERSAO AO SERVIÇO ATIVO. PRESSUPOSTOS NEGATIVOS DO DEFERIMENTO. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. - Postos, na lei, as condicionantes negativas de reversão ao serviço ativo do servidor anistiado, a validade do ato administrativo indeferitório esta condicionada como requisito essencial, aos respectivos motivos determinantes, cuja existência e congruência se submetem ao controle judicial. invalidade do ato indeferitório que não expressa a necessária motivação legal, igualmente inexistente no processo administrativo que lhe da suporte. mandado de segurança concedido, em parte. (STF, MS 20274/DF, Min. Rafael Mayer, julg. 18/12/1981; publ. 13/08/1982).

entre aqueles, gerando incertezas e inseguranças e afetando a própria validade do ato¹⁶⁸.

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”¹⁶⁹.

Os requisitos sempre defendidos pela doutrina foram consagrados legalmente por meio da Lei 9874/99, que, em seu artigo 50, §1, assim dispõe:

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.

d) Explicitude

A Lei 9784/1999 em seu § 1 previu ainda que a motivação deve ser explícita. Explícita é a motivação que ocorre com precisão e rigor, não tendo contornos restritos ou reservas de qualquer espécie.

Ao exigir que a motivação dos atos seja explícita, o legislador optou por garantir ao cidadão a possibilidade de ter acesso a todos os elementos daquela motivação, possibilitando o controle de arbitrariedade e subjetivismo do agente, assim como obriga a Administração Pública a formal e precisa enunciação dos motivos que embasaram o ato administrativo. Se assim não o

¹⁶⁸ Para Alberto Ramon Real (*La fundamentación del acto administrativo*, p. 15) a motivação será congruente quando seus elementos aparecerem como premissas de onde se possa extrair logicamente o próprio conteúdo do ato.

José Roberto Pimenta Oliveira (*Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Administrativo Brasileiro*, p. 281) ressalta que congruência “é inteligibilidade ou não-contraditoriedade no seio do discurso que fundamenta os atos administrativos.

¹⁶⁹ VIEIRA ANDRADE, José Carlos, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 234.

fosse, todas as exigências da motivação do ato administrativo tornariam-se inócuas, “bastando a real compatibilidade do conteúdo do ato com o ordenamento jurídico para que a decisão fosse válida”¹⁷⁰.

Logo, a motivação implícita, como antônimo da motivação explícita assegurada em lei, não deve existir. Aliás, a legislação foi bastante contudente ao obrigar que a motivação não contenha qualquer traço de obscuridade.

Não obstante os requisitos até então estudados, entendemos que o momento da motivação do ato administrativo também pode ser considerado requisito. Diga-se: a motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato, coibindo, assim, que o Administrador somente aponte as razões da fundamentação após a prática do ato, o que ofenderia os princípios devidamente protegidos por nossa Carta Magna.

Admitir que a motivação ocorre após a produção do ato administrativo, resultaria em permitir o furto de um dos pressupostos de validade do ato administrativo, podendo a Administração emitir quaisquer atos, eivados de vícios que implicariam em sua nulidade ou invalidade e ainda conseguir mantê-los mediante sua motivação posterior.¹⁷¹

Devemos sempre ter como premissa de que a justificação expressa é pressuposto de validade do ato administrativo, é o instrumento de aferição de legalidade do ato administrativo.

Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld¹⁷²:

Não pode ser posterior porque todo administrado tem direito a insurgir-se contra atos ilegais e, em consequência, direito a saber se o ato é ou não legal, para se decidir entre a aceitação

¹⁷⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Estrutura e Motivação dos Atos Administrativos*, p.130.

¹⁷¹ Além da possibilidade da Administração Pública vir a “fabricar” a motivação.

¹⁷² *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p.125.

e o recurso ao Judiciário. Só pode sabê-lo com precisão se estiverem reveladas as razões determinantes da prática do ato.

Faz-se mister, nesse passo, trazer à colação o lecionado por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷³:

Deveras, é perceptível de imediato que nenhuma aferição de legitimidade, nenhuma certeza sobre a correção do ato administrativo serão prestantes se este for expedido sem motivação, quando, uma vez impugnado, exista para quem o expediu – Legislativo, Executivo, Judiciário – a possibilidade de aduzir *ad hoc* serodidamente, motivos, razões e justificativas que jamais se poderá saber se efetivamente existiram ou foram tomados em conta no momento de sua prática.

A fundamentação, enfim, deve ser necessariamente clara, congruente, suficiente e explícita para que se cumpra o dever prescrito no ordenamento jurídico¹⁷⁴.

5. Teoria dos Motivos Determinantes

A teoria dos motivos determinantes foi desenvolvida no Direito francês tendo como um de seus expoentes Gaston Jézé que, a partir da observação das jurisprudências administrativas francesas, afirmou que “os motivos podem influir no valor jurídico de uma manifestação da vontade se forem determinantes da vontade de realizar um ato jurídico”¹⁷⁵.

A Teoria dos Motivos Determinantes preconiza que os motivos que influenciaram o agir do agente Administrativo irão determinar a validade do ato administrativo. Se a Administração enuncia os motivos dos atos, estes

¹⁷³ *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*, p.68.

¹⁷⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 235.

¹⁷⁵ 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.

imediatamente passam a integrar a validade do ato, mesmo quando não haja qualquer lei que expressamente imponha essa exposição.

O agente administrativo, ao explicitar os motivos que deram ensejo à edição de determinado ato administrativo, automaticamente os vincula à situação de fato indicada como seu fundamento. Logo, se os motivos indicados padecerem de qualquer vício, seja de inexistência, falsidade ou desqualificação, estar-se-ia perante a invalidade do ato¹⁷⁶.

Destarte, uma vez expressados pelo agente público os motivos do ato, estes, em princípio, são os motivos determinantes para a aferição da validade ou invalidade do próprio ato administrativo, considerando os motivos indicados pela autoridade administrativa como determinantes para sua expedição. Assim, se verificados que os motivos indicados para a produção do ato não ocorrerão, inválida será a atuação administrativa¹⁷⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁸ sintetiza com maestria a essência da Teoria dos Motivos Determinantes, vejamos:

¹⁷⁶ Cabe aqui trazer o seguinte julgado do STF sobre o tema: “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 Turma, RMS 10.165/DF, rel. Min. Vicente Leal, julg. 29.06.1999 – publ 04.03.2002).

¹⁷⁷ 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*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125.), ressalta que a autoridade administrativa nem teria a oportunidade de indicar outro fato, sob a pena de total inaplicabilidade de garantia do princípio da motivação, já que a autoridade poderia a qualquer tempo modificar a situação fática que mais se coadunasse para salvar a validade do ato.

¹⁷⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p.376.

¹⁷⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p376.

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 justificarem.

A referida teoria, ao preconizar que, mediante a exteriorização dos motivos que propiciaram a edição dos atos administrativos, estes comprovadamente devem ser calcados na idoneidade, exatidão e ilicitudes sublimes, acaba por influenciar de sobremaneira os atos de competência discricionária.

Isso porque, nos atos em que o agente administrativo possui uma margem de aferição da conduta, uma vez declarados os motivos que influenciaram a prática de determinado ato, estará o ato vinculado aos motivos mencionados¹⁷⁹.

Obviamente, a Teoria dos Motivos Determinantes possibilitou não só a aferição do motivo determinante, como também o controle de legalidade e o de moralidade do ato administrativo. Propiciou ainda um avanço importante, eis que mesmo um motivo determinante aparentemente legal pode configurar um vício de competência ou desvio de poder¹⁸⁰.

6. Dever de motivação dos atos administrativos: posição doutrinária

A problemática em torno da obrigação ou não de motivação dos atos administrativos, em geral, é deveras controvertido em nossa doutrina.

¹⁷⁹ José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, p. 108) ilustra através de exemplo tal situação, vejamos: “se um servidor requer suas férias para determinado mês, pode o chefe da repartição indeferi-las sem deixar exposto no ato o motivo; se todavia, indefere o pedido sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, e o interessado prova que, ao contrário, há excesso, o ato estará viciado no motivo. Vale dizer: terá havido incompatibilidade entre o motivo exposto no ato e a realidade fática, esta não se coaduna com o motivo determinante”.

¹⁸⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 71.

Antes examinar-se o tratamento que é dado pelo Direito brasileiro, é oportuno considerar o posicionamento da matéria pelo Direito estrangeiro.

Nesse sentido, destacam-se os estudos de Antônio Carlos de Araújo Cintra¹⁸¹ sobre Direito estrangeiro. Ressalta o autor que, tanto na França, como na Itália, durante algum tempo, a motivação somente era obrigatória mediante expressa previsão legal¹⁸², contudo, devido, principalmente à interferência do Conselho de Estado Francês e com a consolidação jurisprudencial há uma ampliação dos casos que clamam a motivação. Com a devida evolução, em ambos os países, há largo entendimento da obrigatoriedade de motivação do ato administrativo quando solicitado pelo Juiz administrativo¹⁸³¹⁸⁴.

No direito inglês, tendo por base a justiça natural, a motivação também não é considerada obrigatória, mas, por vezes existe, a possibilidade circunstancialmente implícita do dever de fundamentar.

¹⁸¹ *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p.114-121.

¹⁸² O princípio que vigorava na França era o "*pas de motivation sans texte*", ou seja, o agente público somente deveria motivar seus atos perante expressa previsão da lei ou do regulamento. Anota José Carlos Vieira de Andrade (*O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 84-85, nota de rodapé 9) que a França através da Lei de 11 de julho de 1979 tornou obrigatória a fundamentação expressa das decisões individuais desfavoráveis aos particulares, bem como das que derrogassem regras gerais fixadas por lei ou regulamento. A lei enumera taxativamente os atos considerados desfavoráveis, quais sejam: os que restrinjam o exercício de liberdades públicas, constituam medidas de polícia, inflijam uma sanção, revoguem ou derroguem uma decisão constitutiva de direitos, oponham uma prescrição, caducidade ou preclusão, bem como a categoria de atos que recusem vantagens e constituam um direito dos particulares que reúnam as condições legais para tal obtenção, alargando, ainda, as exceções recusem toda e qualquer prestação (alargada pela lei 86.79, de 17 de janeiro de 1986, artigo 28)

¹⁸³ A autoridade que editou o ato administrativo fica obrigada a informar ao juiz administrativo os motivos que a levaram a praticá-lo.

¹⁸⁴ José Carlos Vieira de Andrade (Op. Cit., p. 85, nota de rodapé 10) alerta para o fato de que a Itália foi dos países europeus mais significativos aquele que não consagrou em lei geral, como regra ou princípio 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. "Transitou de uma idéia inicial de obrigatoriedade geral de motivação para uma posição menos formalista e mais realista. A jurisprudência e a doutrina afirmam a existência de casos de motivação necessária pela natureza do ato, embora não admita aí só a fundamentação contextual, mas também a motivação posterior ou a descoberta sucessiva das razões da decisão. Os casos de motivação obrigatória por natureza são sobretudo aqueles em que a Administração está submetida a limites jurídicos, desde que o ato implique uma valoração de fatos complexos ou uma ponderação de interesses não homogêneos – excluindo-se, que os atos políticos (ou de discricionariedade máxima), quer os atos de mera execução executiva vinculada da lei".

Por seu turno, no direito norte americano, o dever de motivar possui faceta diversa da até aqui estudada. Lá, há uma tendência ampliativa do dever de motivar as decisões administrativas, ainda que haja certa liberalidade quanto à indicação das razões de direito.

Conclui o autor¹⁸⁵ que, de modo geral, “há uma marcada propensão para o alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos. Na França, onde se nota maior relutância, o adágio “*pas de motivation sans texte*” não é mais absoluto; na Itália, na Argentina e na Espanha, há um número significativo de tipos de atos sujeitos à regra da motivação obrigatória, seja por força de lei, seja por construção jurisprudencial ou doutrinária, abrangendo, sem dúvida, os atos mais relevantes por sua repercussão; no direito anglo-americano, em princípio os atos devem ser motivados, embora haja exceções e incertezas a respeito das situações em que a motivação é dispensável”.

Na Alemanha, com a aprovação em 1976 da Lei de Procedimento Administrativo, também ficou consagrado o dever de motivação formal dos atos administrativos com algumas exceções, como os atos favoráveis, atos de fundamentação conhecida ou evidente, atos em massa ou automatizados, atos gerais publicados, atos que impliquem juízos sobre as qualidades das pessoas, atos em matéria de defesa nacional¹⁸⁶.

No Direito espanhol, Marcos Fernando Pablo¹⁸⁷ ressalta que o texto constitucional, ao tentar estabelecer uma sociedade democrática avançada, implantou um novo contexto em que se deve desenvolver a atividade administrativa e dentro de tal realidade insere-se a motivação dos atos administrativos.

¹⁸⁵ O dever de fundamentação expressa de Actos Administrativos, p.120-121.

¹⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Op. Cit., p.84, nota de rodapé 7.

¹⁸⁷ La motivación del acto administrativo, p. 19.

Em Portugal, o dever de fundamentação surgiu em 1977, sendo elevada somente em 1982 a preceito constitucional, devendo ocorrer obrigatoriamente quando afetarem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos¹⁸⁸.

O autor português Vieira de Andrade, apesar de 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 em que pode ocorrer até mesmo hipótese de dispensa daquela¹⁸⁹. 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 infraconstitucional¹⁹⁰. Ademais, tal qualificação para Vieira de Andrade não implica “uma desvalorização da norma constitucional em termos de a ‘degradar’ em mera norma programática”¹⁹¹.

Na doutrina pátria, o dever de motivar também não é matéria consolidada, suscitando debate entre os doutrinadores. Adotando a sistemática apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹², identificam-se três grupos de posicionamento distintos: os que entendem ser obrigatória a motivação somente quando a lei exigir; aqueles que entendem ser a motivação obrigatória e por fim, os que tornam a motivação dependente do ato.

¹⁸⁸ *La motivación del acto administrativo*, p. 85, 91-

¹⁸⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 216-217.

¹⁹⁰ Op. Cit, p. 220.

¹⁹¹ Op. Cit, p.220.

¹⁹² *Curso de Direito Administrativo*, p.373.

Dentre aqueles que defendem que a motivação somente é obrigatória quando a lei exigir encontramos Caio Tácito¹⁹³. Nos idos da década de 50, ao comentar acórdão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 19.720, ele se manifestou no sentido de que:

a enumeração dos motivos somente é obrigatória quando a lei assim o determine, ou melhor, quando o ato está legalmente vinculado a motivos preestabelecidos. É característico do chamado ato discricionário a ausência de motivação, podendo o administrador silenciar sobre a causa determinante de seu procedimento.

E mais, ainda que não obrigatória a motivação, se o agente público exterioriza as razões que embasaram sua decisão, o juiz poderá “examinar-lhes a exatidão”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, inicialmente, destaca a existência de duas posições antagônicas a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação dos atos administrativos, conforme se trate de poderes vinculados ou discricionários, para após não seguir nem uma, nem outra e apontar terceira solução. Alerta o autor¹⁹⁴:

Uma entende que os frutos de poderes vinculados não precisam trazer a declaração dos seus motivos, porquanto fácil é a verificação, para efeito do controle judicial, se o seu objeto é lícito; enquanto os decorrentes de poderes discricionários necessitam de vir motivados, a fim de verificar-se, para efeito de controle judicial, se o ato foi praticado segundo o interesse coletivo em geral, e, ainda, em conformidade com o interesse coletivo que especifica a sua natureza, próprio de sua categoria. Já a outra pretende que, em se tratando de exercício de poderes vinculados, se impõe a motivação do ato, sem o que ele será inválido; ao passo que no caso de exercício de poderes discricionários, se não constitui exigência legal, é dispensável.

¹⁹³ *Controle dos motivos nos atos discricionários*. Revista de Direito Administrativo n°. 38, out.-dez. Rio de Janeiro, 1954, p. 353.

¹⁹⁴ *Princípios gerais de direito administrativo*. V.I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 537.

De acordo com este autor, quando se tratar de motivação de ato administrativo decorrente de poderes vinculados, haja vista a aplicação literal da lei, não há margem para dúvidas sobre a questão jurídica posta, já que a motivação se encontra no próprio texto, sendo dispensável a enunciação de motivação de ato administrativo.

Destarte, quando se tratar de atos administrativos decorrentes de poderes discricionários, há, em princípio, obrigatoriedade de motivação quando esta for determinada por lei e nas hipóteses que emanam da natureza do ato, sob pena de invalidade deste, admitindo, contudo, comprovação em juízo o qual foi praticado sem abuso de direito e no interesse público referente ao caso concreto.

Em seguida, o autor apresenta uma lista de atos praticados no exercício de poderes discricionários que clamam por motivação, quais sejam¹⁹⁵: a) os que limitam a esfera jurídica dos administrados; b) os que recusam pretensão dos administrados; c) os que revogam atos anteriores, atingindo situação jurídica dos administrados; d) os que alteram os precedentes administrativos; e) os que reformam decisão inferior; f) os que resolvem em contrário aos pareceres técnicos e elementos constantes do procedimento administrativo; g) os que determinam comportamentos; h) os que aplicam sanções em decorrência de processo disciplinar; i) os que emitem opiniões como, por exemplo, os pareceres dos órgãos consultivos¹⁹⁶.

No mesmo passo, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁷ ressalta que, ao se tratar de atos vinculados, o que realmente importa é haver ocorrido o motivo perante o qual havia predefinição da lei como comportamento obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Dessa forma, se o ato não tiver sido motivado, mas se demonstre ulterior e

¹⁹⁵ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 538-539.

¹⁹⁶ Tais hipóteses serão aclaradas no capítulo seguinte no item 3 sobre a fundamentação da motivação.

¹⁹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p.375.

indubitavelmente que o motivo exigente do ato preexistia, sanado estará o vício.

Em se tratando de atos discricionários, a mácula é irremissível e o ato deve ser fulminado por inválido. Contudo, se a lei não exige motivação, o autor enxerga a possibilidade de se convalidar o ato com a motivação ulterior se a Administração demonstrar de maneira inquestionável que: “(a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato”¹⁹⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello justifica tal posicionamento caso a Administração, perante a iminência de invalidação do ato, resolva “fabricar” razões fantasiosas para justificá-lo e alegar que tomou em consideração quando da prática do ato.

Sobre o assunto, Seabra Fagundes ensina que¹⁹⁹:

No motivo se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que ele se baseia. Pela natureza mesma da atividade administrativa, esses motivos não são livres como no campo das relações privadas.

Entre particulares, as razões que decidem a prática do ato jurídico são de ordem intrínseca, não o afetando de modo algum. No ato administrativo, porém, o motivo tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público pelo que reveste particular importância. O objeto do ato está na modificação, que através dele se vise trazer à ordem jurídica.

Para Lúcia Valle Figueiredo²⁰⁰, toda atividade administrativa deve ser, necessariamente motivada, justificando seu posicionamento por meio da assertiva de que:

¹⁹⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 375.

¹⁹⁹ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31-32.

²⁰⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p.52.

Não se concebe possa a Administração permitir a alguns o que nega a outros, sem qualquer motivação. Tal proceder não é abrigado pelo ordenamento jurídico. Muito pelo contrário: é rejeitado. E só pode ser assim mesmo, em face da já antes afirmada possibilidade de controle judicial da atividade administrativa.

Na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella di Pietro, em parecer como Procuradora do Estado – Chefe da 3ª Subprocuradoria²⁰¹, ao se pronunciar sobre a necessidade de motivação do ato de dispensa do servidor celetista, ressaltou que:

há que se ter em vista que, em face do princípio da legalidade, o motivo, qualquer que seja, há de ser legal. Daí a necessidade de motivação, para controle dessa legalidade. Precisamente em se tratando de dispensa de servidor, é preciso maiores cuidados para evitar decisões arbitrárias, que escondam, sob a aparência de um ato discricionário, finalidades outras que não aquelas que devam nortear uma decisão administrativa, por outras palavras, decisões que encerrem desvio de poder (razões políticas, razões pessoais, razões sancionatórias etc.).

Para a autora²⁰², a obrigação de motivação dos atos administrativos é necessária, seja para aqueles de competência discricionária, seja para os de competência vinculada, por justamente garantir o cumprimento do princípio da legalidade, tanto para a Administração como para os administrados.

Antônio Carlos de Araújo Cintra²⁰³ percebe que, em princípio, o ato administrativo deve ser motivado porque tanto à categoria dos vinculados quanto à dos discricionários se ajustam, indiferentemente, quase todas as finalidades da motivação.

Ele prossegue, ressaltando a motivação como formalidade essencial do ato administrativo se a lei assim o exigir, importando, nesse caso, a sua falta,

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Necessidade de Motivação do Ato de Dispensa de Servidor Celetista*. Processo PGE 97.827/87. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 13. São Paulo: Malheiros 1996, p. 76.

²⁰² *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 221.

²⁰³ *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 125-126.

em nulidade do ato. Entretanto, quando não houver expressa previsão legal, a consequência deve ser apreciada isoladamente, caso a caso, podendo se tratar de nulidade ou de mera irregularidade do ato ou até de circunstâncias na qual seria mais conveniente a falta de motivação.

Por fim, o autor registra que a lei pode, excepcionalmente, proibir a motivação. Ela admite tal ocorrência somente em casos excepcionais em que a motivação se configure como inconveniente ou prejudicial ao interesse público²⁰⁴.

Antônio Carlos de Araújo Cintra ainda destaca o tratamento do tema pela nossa jurisprudência, mencionando a seguinte decisão do Poder Judiciário²⁰⁵:

RTJ 37/521-523 – O Ministro Pedro Chaves, adotando as razões de indeferimento de recurso extraordinário apresentadas pelo Dr. José Carlos de Oliveira, dizia que “nem a autoridade é obrigada a declinar os motivos de seus atos e resoluções. Basta que ela possua competência para apreciar e decidir a matéria que lhe é submetida a exame... O ato administrativo em apreço não precisa ser motivado. Não era ato administrativo vinculado necessariamente aos fundamentos em que se alicerçou, porque nenhuma lei lhe traçou requisitos ou limites para a sua prática.

No mesmo julgamento, Aliomar Baleeiro ressaltou:

Há um ponto, na brilhante exposição do eminente presidente José Carlos Oliveira, de que não estou convencido de que a tese de S. Exa. de que o ato administrativo, na sua verificação, se não foi vinculado, não necessita de motivação. Acho que o ato administrativo necessita sempre de motivação e que, em se tratando mesmo de ato de competência discricionária, isso é indispensável, para que se possa apreciar, num País como o nosso, sujeitos os atos do Executivo ao Poder Judiciário, se houve ou não, détournement de pouvoir.

²⁰⁴ Podemos exemplificar como os atos administrativos relacionados a segurança nacional.

²⁰⁵ *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 122 e seguintes.

Para José Cretella Júnior²⁰⁶: “Ao contrário da decisão judiciária, que exige fundamentação – é a regra –, o pronunciamento administrativo de modo geral dispensa justificativa, a não ser que expressão normal legal determine”.

Entende o autor que, se o motivo pressuposto e os motivos determinantes estão claramente previstos na disposição aplicada, dispensa-se motivação, exemplificando com a ocorrência da aposentadoria compulsória que justifica o afastamento e que consta do enunciado geral do ato, encontrando este pensar consonância, de modo geral, com a doutrina pátria.

Cretella Júnior acrescenta que a necessidade ou não de motivação circunscreve-se apenas aos atos administrativos negociais escritos, inexistindo para os atos ou constituídos de declaração tácita de vontade.

Com muita propriedade, Juarez Freitas²⁰⁷ ensina que a regra da motivação deve ser interpretada de maneira vinculada ao princípio da segurança jurídica, entendendo que a fundamentação deve embasar todos os atos administrativos, com exceção daqueles de “mero expediente, os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com expressa dispensa constitucional (por exemplo, nomeação para cargo em comissão)”.

O autor traça um paralelo do dever de motivar da Administração e do Poder Judiciário, não admitindo como invocação expressões como “conveniência e oportunidade”, já que seriam tão nulas como quando o Juiz concede ou nega liminar sob a assertiva de existência ou não da “presença de pressupostos”.

²⁰⁶ *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, p. 333.

²⁰⁷ *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 261 e seguintes.

Ele ensina, ainda, que tanto a exposição dos motivos dos atos administrativos, como a eventual decretação de nulidade devem ser motivadas.

Concluindo seu pensamento, Juarez Freitas²⁰⁸ afirma que:

o Direito Público precisa ser, antes de tudo, o Direito não-autoritário, diálogo e, concomitantemente, promotor da concretização (mais homogênea possível) do núcleo essencial dos direitos fundamentais, acima e além de interpretativismos estritos.

Para o jurista Diógenes Gasparini²⁰⁹, com o advento da Lei Federal n 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, a polêmica existente sobre a obrigação ou não de motivar foi devidamente superada.

E ressalta que o artigo 50 da lei em comento veio indicar justamente as situações em que os atos administrativos devem ser motivados, abraçando tanto os atos discricionários quanto os atos vinculados. O jurista sustenta sua afirmação sob a seguinte assertiva²¹⁰: “A motivação [...] é necessária para todo e qualquer ato administrativo, e a discussão motiva/não motiva parece resolvida com o advento da Lei Federal 9784/99”.

José dos Santos Carvalho Filho²¹¹, por sua vez, ao tratar do tema, inicialmente distingue falta de justificativa (falta de motivo) e motivação que seria a sua falta dentro do texto do ato.

O autor entende ser indispensável a justificativa do ato, seja qual for a nomenclatura utilizada, devendo, inclusive, ser afastada a distinção retro, por ser de caráter meramente formal.

²⁰⁸ *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*, p.263.

²⁰⁹ *Direito Administrativo*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.66.

²¹⁰ GASPARINI, Diógenes. Ob. Cit., p. 66.

²¹¹ *Manual de Direito Administrativo*, p. 104-105.

Destarte, assevera que entende inexistir obrigação de motivar, e assim o faz sob a argumentação de que não existe expressa previsão constitucional do dever de motivar. Logo, não houve qualquer intenção do Constituinte em erigir como princípio a obrigatoriedade da motivação.

Prossegue com seu pensamento, inferindo que, como não existe qualquer norma que proíba o legislador de expressar a obrigatoriedade, o dever de motivar pode ser considerado como obrigação desde que haja norma legal nesse sentido, aplicando-se, então, o princípio da legalidade.

Assim, eventual obrigatoriedade de motivação, para que tenha o caráter de dever, deve vir prevista de maneira clara em legislação, impondo-se, não com base constitucional, e sim com base no princípio da legalidade:

Decorre daí que, sem a expressa menção na norma legal, não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente indicado suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado²¹².

Carlos Ari Sundfeld²¹³ observa que:

O princípio da obrigatoriedade de motivação ata a linha circular que enclausura a atividade administrativa, outorgando eficácia plena aos postulados conhecidos no Estado Democrático. O direito administrativo atua como força centrípeta, mantendo a autoridade junto ao seu centro motor: a lei. A falta de motivação favorece movimento centrífugo que, sendo inverso, colide com o sistema de garantias do administrado.

Com efeito, a controvérsia existente sobre o tema baseia-se em alicerces não tão fortes. Isso porque, caso aceitemos a faculdade de motivação dos atos administrativos, estaremos sendo coniventes com a

²¹² *Manual de Direito Administrativo*, p. 101.

²¹³ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p. 119.

inobservância de todos os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito a que estamos assentados e pelo qual tanto lutamos²¹⁴.

Ora, a motivação dos atos administrativos encontra seu alicerce em dois pilares:

a) A Administração Pública atua como mera gestora²¹⁵ de bens e interesses de terceiros, logo como titular de interesse público e não de interesse particular deve sempre motivar as razões declinadas²¹⁶.

b) A motivação é inerente ao Estado Democrático de Direito, devendo sempre perseguir a concreção dos interesses públicos constitucionalmente assegurados, assim, a falta de motivação de seus atos irá colidir com todo um sistema constitucional de garantias ao cidadão.

É imperioso notar que a Administração Pública não está gerenciando coisa própria e sim interesses e bens da coletividade, devendo apresentar satisfação e respostas plausíveis aos quais representa.

A importância da existência da motivação justifica-se, pela sua finalidade de possibilitar a todos os cidadãos conhecer as razões que levaram a Administração a emitir determinado ato. Ao ter acesso a tais razões, obviamente, o cidadão poderá formar juízo de valor do ato e, ao interpretá-lo, poderá: a) compreender e concordar com o ato emitido; b) formular questionamentos sobre as motivações expedidas e c) impugnar o ato. Enfim, tanto a emissão, como eventual contestação do ato somente poderão ser realizadas com todos os elementos necessários e possíveis e de acordo com

²¹⁴ Talvez a existência da divergência doutrinária ocorra pelo fato do princípio da motivação não ter sido inserido expressamente no rol dos princípios consagrados constitucionalmente, servindo de base para aqueles mais retrógrados.

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 374.

²¹⁶ Constituição Federal: "Art. 1. parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição".

os princípios do Estado Democrático de Direito, se as motivações do ato administrativo forem expostas plenamente.

Além do controle externo que pode ser realizado não só pelo cidadão como pelos órgãos públicos competentes, a motivação favorece ainda o próprio controle interno por parte dos agentes administrativos. Já que, em função da hierarquia existente na Administração Pública, a obrigação da motivação dos atos administrativos irá favorecer um controle interno horizontal, inclusive como busca de aperfeiçoamento da função administrativa²¹⁷. Isso porque, irá coagir o agente público a agir com maior perspicácia ao editar e motivar o próprio ato administrativo.

Por outro lado, a motivação propicia a busca pela real satisfação do interesse público, já que, ao motivá-lo, faz-se mister a comprovação de que o agir administrativo não foi pautado em interesses pessoais ou perseguições políticas, evitando, assim, procedimentos caprichosos e atos administrativos carentes de justificação devida²¹⁸.

Florivaldo Dutra de Araújo²¹⁹, ao tratar do tema, entende que a finalidade da motivação abarca objetivos instrumentais imediatos e objetivos maiores. Aqueles consistiriam na clarificação do conteúdo do ato e na possibilidade de conhecimento mais amplo das razões que levaram a sua emissão. Tais objetivos instrumentais imediatos servem aos objetivos maiores, que seriam o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa e interpretação do ato e seu controle, seja por parte da Administração, do Judiciário, do Legislativo ou da opinião pública.

²¹⁷ “Assim a Administração Pública é beneficiada com uma probabilidade mais alta de acerto e legalidade em suas decisões, evitando-se precipitações e negligências no desenrolar da atividade administrativa”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 113).

²¹⁸ Alberto Ramón Real (*La fundamentación del acto administrativo*, p. 13) em poucas palavras condensa a obrigatoriedade da motivação: “A fundamentação facilita a interpretação e o controle do ato e defende a boa administração, além de garantir os direitos dos administrados”.

²¹⁹ *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 106.

Deve-se ponderar, também, que o dever de motivação traduz o objetivo insculpido no princípio da segurança jurídica, já que, se os atos administrativos não fossem necessariamente acompanhados de suas motivações, como garantir a estabilidade e a segurança almejada? Ora, a segurança jurídica visa a certeza possível em relação ao que cerca o Homem, sendo esta uma busca permanente do ser humano²²⁰.

Ao admitir atos administrativos sem motivação, subtrair-se-ia dos cidadãos a possibilidade de conhecer as razões que sustentam a decisão administrativa.

Vale trazer, ainda, as conclusões de Alberto Ramón Real²²¹, que condensam o que foi estudado sobre o tema:

1ª) A necessidade de motivar ou fundamentar, obrigatoriamente, os atos administrativos é um princípio geral do Direito Administrativo contemporâneo. Esse princípio deve ser reconhecido como tal nos Estados, cujas leis e jurisprudências ainda não o tenham proclamado.

2ª) Este novo princípio geral do Direito Administrativo se arraiga nas bases constitucionais do Estado de Direito e tem comunidade de fundamentos com a necessidade de fundamentar os atos jurisdicionais. É um aspecto da “jurisdicionalização” ou extensão dos princípios do devido processo a atividade administrativa.

3ª) A fundamentação obrigatória é qualidade da boa administração uma vez que é garantia democrática dos administrados.

4ª) A omissão ou defeito grave da fundamentação produz nulidade por vício de um elemento essencial do ato, que excede a sua formalidade e toca seu conteúdo e racionalidade.

5ª) A fundamentação deve ser congruente e exata e deve pronunciar-se, a favor ou contra, sobre as defesas alegadas pelos interessados no procedimento prévio.

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 111.

²²¹ *La fundamentación del acto administrativo*, p. 17.

Ao cabo dos posicionamentos da doutrina estrangeira e brasileira sobre o dever ou não de motivação dos atos administrativos, e considerando os ensinamentos de Rui Cirne Lima²²² em que a Administração “é a atividade do que não é senhor absoluto”, depreende-se pela geral obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos, traduzindo-se em verdadeiro instrumento de garantia dos administrados/ cidadãos no Estado Democrático de Direito.

O dever de motivar é regra geral, aplicada a todos os atos indistintamente, fim a ser sempre perseguido pela Administração Pública, mas entende-se que comporta raras exceções. Situações existem em que o ato foi praticado com motivo, mas sem a motivação e que, mediante a análise do caso concreto, verifica-se que a invalidação seria uma decisão extrema, levando a um prejuízo maior do que a sua manutenção. Nesse caso, desde que não tenha afetado interesses e direitos do cidadão, e em virtude do interesse público, tal hipótese poderá ser admitida.

Obviamente, frisa-se, as raríssimas exceções somente podem ocorrer desde que observado o caso concreto ou em situações anômalas como, por exemplo, atos de forma verbal, gestual, sinais convencionais, quando a motivação estará contida em sua própria formalização.

Entende-se, ainda, que a motivação dos atos administrativos constitui verdadeiro controle dos mesmos. Lúcia Valle Figueiredo²²³ sintetiza de forma exemplar tal entendimento: “a motivação é a pedra de toque para o controle da discricionariedade”.

Prosseguindo, Lúcia Valle Figueiredo²²⁴ traz questionamento sublime: “Como se poderia fazer o controle de decisões desmotivadas?”.

²²² *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.63.

²²³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 181.

²²⁴ *Op. Cit.*, p. 48.

Com efeito, sem conhecer os fundamentos invocados pela Administração para justificar seus atos, há subtração do administrado a possibilidade de questionamento da validade ou não de tais fundamentos, tornando-se impossível eventual impugnação de ato lesivo ao seu direito.

No cenário em que a atuação do Estado encontra-se assentada, qual seja - um sistema constitucional que tem como alicerce um Estado Democrático de Direito -, o controle dos atos administrativos é uma imposição certa. A motivação é indispensável para o controle da Administração e responsabilização de seus agentes, além de propiciar aos cidadãos - verdadeiros titulares do poder - o conhecimento dos atos praticados sob sua batuta.

Destarte, a ausência de motivação ainda possibilita o dever de decretação da nulidade, e até mesmo representada causa decisiva para a decretação da nulidade, como anotado por Juarez Freitas²²⁵: “Claro que uma decretação da nulidade despida de motivação seria, ela mesma, rigorosamente nula”.

Enfim, entendemos ser impossível vislumbrar o Estado Democrático de Direito e a própria cidadania, como protegidos em nossa Constituição Federal, dissociados do Dever de Motivar. Ser vanguardistas nesses casos, com o devido respeito e vênias a todos aqueles que entendem de maneira diferente, é ser contrário a toda e qualquer forma de democracia e seus princípios decorrentes.

Para ratificar o pensamento exposto, as magníficas conclusões traçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, que traduzem a essência da real obrigação de motivar dos atos administrativos:

²²⁵ O Controle dos Atos Administrativos, p. 263.

Não haveria necessidade alguma de leis, nem de garantias individuais, nem de contrastes jurisdicional dos atos administrativos, se considerasse que a condução da vida social pode ser entregue exclusivamente ao juízo sensato dos homens bons. As leis reguladoras da ação do Poder Público existem precisamente para conformar a ação de quaisquer sujeitos encarregados da coisa pública - inclusive os *virī boni* – a pautas e controles que pretendem assegurar, em termos objetivos, obediência a esquemas de conduta controláveis pelo cidadão e pelos órgãos fiscalizadores.

De outra parte, por mais honrados, dignos e confiáveis que sejam certos agentes públicos, nem por isso são seres perfeitos. A perfeição é atributo divino. Todos os homens são passíveis de se equivocar ou de incorrer nas inevitáveis falências inerentes a seres conaturalmente limitados, sobretudo quando proferirem decisões administrativas²²⁶.

7. Momento da motivação ato administrativo: anterior, concomitante ou posterior?

A motivação como examinada anteriormente representa uma garantia dos administrados, pois possibilita a todos os cidadãos conhecerem as razões que levaram a Administração a emitir determinado ato, podendo, eventualmente, insurgirem-se contra aquele ato. Decorre daí a possibilidade de controle externo e interno da Administração Pública, além do aperfeiçoamento da função administrativa.

Considerando as premissas acima, deduz-se logicamente que a motivação, depois de praticado o ato, não supre a deficiência deste. Isso porque ato administrativo, com ausência de motivação, simplesmente não possibilita ao administrado saber em quais bases se assenta aquele ato, impedindo de opor-se ao ato emitido.

²²⁶ *Discrecionalidades e Controle Jurisdicional*, p. 101-102.

Ora, o administrado somente poderá se opor contra atos fortuitamente ilegais se efetivamente tiver pleno conhecimento das razões determinantes da prática do ato. Se tal prerrogativa lhe for subtraída, estar-se-ia ameaçando gravemente a segurança jurídica, já que o administrado não saberia quais os fundamentos que justificam a emissão de tal ato.

E mais, ao se admitir a motivação posterior, estar-se-ia concedendo ao agente administrativo a possibilidade de somente motivar aqueles atos contestados pelos administrados ou mediante controle dos órgãos públicos, abrindo precedentes para atividades ilícitas com a emissão de atos carentes de qualquer fundamentação legal²²⁷.

A motivação posterior vai de encontro com todos os pressupostos até agora expostos neste trabalho, além dos princípios que informam a Administração Pública, já que poderá apresentar razões outras até então inexistentes à época da emissão do ato, ou até mesmo propiciar ao agente administrativo que conceba algo novo, não fornecendo assim, a garantia de a motivação realmente espelhar os verdadeiros motivos que derem ensejo para aquele ato²²⁸.

Lamentavelmente a Administração Pública nem sempre atua em harmonia com o princípio da legalidade. Justamente para evitar o subjetivismo do agente quando se tratar da coisa pública, a motivação deve necessariamente ser anterior ou concomitantemente à prática do ato administrativo, aceitando exceções somente em casos excepcionalíssimos como veremos a seguir.

²²⁷ Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e controle do ato administrativo*, p.126) ressalta que existe uma hipótese em que se admite a possibilidade da motivação sucessiva: “quando se tratar de hipóteses em que, comprovadamente, pelas circunstâncias fáticas ou pela natureza do ato, não se possa logicamente exigir a expressa afirmação das suas razões, de maneira contemporânea ou anterior à sua emissão.” Exemplifica tam possibilidade através da prisão em flagrante, “na qual a manifestação de vontade se confunde com a execução material do ato. Nesse caso, os fundamentos da prisão devem, imediatamente após sua efetivação, ser comunicados ao aprisionado e reduzidos a escrito no auto a ser lavrado em seguida”.

²²⁸ Normalmente os que admitem a motivação a posterior são aqueles que entendem pela não obrigatoriedade do dever de motivar dos atos administrativos como regra geral.

Nessa esteira, faz-se necessário trazer os brilhantes ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello²²⁹:

Não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodiamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, 'construir' motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado.

Hugo de Brito Machado²³⁰, a seu turno, também entende que a motivação posterior, além de não atender à exigência da segurança jurídica, também não observa a real finalidade do ato, que é "propiciar o controle da atividade administrativa".

Ademais, a motivação posterior evidentemente não teria o caráter legítimo quando impugnado, já que "a possibilidade de aduzir *ad hoc* serodiamente, motivos, razões e justificativas que jamais se poderá saber se efetivamente existiram ou foram tomados em conta no momento de sua prática"

Decisões arbitrárias ou que não observem os princípios que lhe dão sustentação legal são ameaçadoras do Estado Democrático de Direito. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

²²⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p.101.

²³⁰ *Motivação dos atos administrativos e o interesse público*. Revista Interesse Público, Rio Grande do Sul, n. 3, p. 9-25, 1999, p. 19.

Decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível 'arbítrio' 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 controle"²³¹.

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 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"²³².

Nota-se que a motivação deve ser em regra escrita²³³, contudo, nos atos orais, gestuais ou até mesmo através de sinais - reduzidos a termo a posteriori²³⁴ –, não há falar em motivação contemporânea ou prévia, eis que incompatível com as determinações legais²³⁵.

Importante ainda distinguir a motivação contextual da motivação aliunde.

Motivação contextual é aquela que está inserida no mesmo documento do ato motivado. Inversamente, a motivação aliunde é aquela que ocorre em documento diverso do ato motivado, podendo se manifestar por ato acessório ao ato fundamentando, como no caso de parecer prévio ou com vida autônoma, fazendo-se constar referência expressa ao texto onde está contida

²³¹ *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*, p. 67.

²³² *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*, p. 67-68.

²³³ A Lei 9.784/1999, através de seu art. 22, § 1.º exige que os atos do processo administrativo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

²³⁴ Referida lei em seu artigo 50, § 3.º dispõe que a motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

²³⁵ CUNHA, Elke Mendes, *O princípio da motivação e a Lei 9.784/99*, p. 41.

a motivação²³⁶, não devendo ser confundida com dispensa de motivação nem com motivação sucessiva.

De qualquer jeito, é importante que a motivação aliunde seja necessariamente prévia ou contemporânea ao ato e que seja assegurada publicidade similar²³⁷.

A Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a motivação aliunde 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”²³⁸.

²³⁶ 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.

²³⁷ Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 129) entende que a motivação aliunde tanto pode ser explícita, quando apontada expressamente pelo ato que se pretende motivar, quanto implícita, situação em que o ato não faz qualquer referência a motivação. Com a devida vênia, discordamos de tal posicionamento, pois a atividade Administrativa deve sempre ser pautada na cristalinidade e transparência, não sendo cabível ao cidadão presumir quais foram os fundamentos de determinado ato. Tal é o dever da Administração Pública: indicar quais as motivações substanciais que a levaram a emitir aquele ato administrativo, proporcionando ao cidadão o direito a aceitação ou recorrer as vias legais a fim de insurgir-se contra atos ilegais.

²³⁸ Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p. 120) ressalta que a parte final do dispositivo transcrito “neste caso, serão parte integrante do ato” não pode ser interpretado literalmente, sob pena de se aderir à tese de que a motivação é parte do conteúdo do ato. Deve ser interpretado como “o valor da motivação aliunde é o mesmo da contextual”.

CAPÍTULO IV – FUNDAMENTAÇÃO MOTIVAÇÃO

1. A Constituição Federal

Nossa Constituição Federal trouxe em seu bojo preceitos fundamentais para nossa sociedade: Estado Democrático de Direito, República e Tripartição dos Poderes. Garantiu ainda destaque para os princípios constitucionais que devem permear toda a atividade do Estado.

O Estado Democrático de Direito, tal qual assegurado em nossa Carta Magna por meio de seu artigo 1º, subordina-se à satisfação dos requisitos de democracia, república e também de segurança jurídica, obrigando que as funções neste Estado sejam, obrigatoriamente motivadas, haja vista que o poder para tal exercício é do povo, outorgado momentaneamente a seus representantes²³⁹.

Nesse compasso, o imperativo dever de motivação dos atos administrativos encontra-se arraigado nas regras primordiais de nossa Constituição e ao dever estabelecido por um princípio que integra o regime jurídico-administrativo: o princípio da motivação.

Com efeito, o princípio em comento encontra-se implicitamente previsto em nossa Constituição Federal, sendo decorrente do princípio da legalidade como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁰.

Considerando que o dever de motivar encontra raízes tão soberanas e que as normas jurídicas devem ser interpretadas isoladamente, torna-se necessário analisarmos alguns fundamentos supremos de nossa Constituição que servem de valores para demarcá-lo de maneira mais firme e concisa, permitindo ao intérprete uma adequada compreensão do texto magno.

²³⁹ Verificar capítulo I.

²⁴⁰ *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101

Nessa esteira, é mister ressaltarmos o princípio Republicano. Nele o povo é o verdadeiro detentor do poder e o exercita através de seus representantes eleitos. A República, conforme lição de Geraldo Ataliba²⁴¹:

é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executiva e legislativa) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular

Justamente por sua condição de detentor do poder, o povo pode, ainda, com a observância do princípio da legalidade, conter a autoridade pública e controlar a sua atividade.

Outro fundamento constitucional que serve de suporte para o dever de motivar seria a cidadania, que propicia a todo e qualquer cidadão o direito de conhecer os elementos que serviram de base para as decisões administrativas, bem como a congruência e observância dos interesses públicos, estes sim, primordiais objetos da Constituição Federal.

Nossa Carta Magna, ao dispor no parágrafo único de seu artigo inaugural que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição Federal, teve a intenção de proteger os cidadãos de qualquer forma arbitrária e autoritária de poder.

Ora, no Estado Democrático de Direito ao qual estamos assentados, todo e qualquer comportamento estatal – que sempre esta perquirindo o interesse público – deve, necessariamente, justificar seus atos. Por isso, preciosa é a lição de Ramón Real²⁴², ao enfatizar o dever de motivar como exigência democrática, já que as razões que norteiam as decisões

²⁴¹ *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.14.

²⁴² *La fundamentación del acto administrativo*. Revista de Direito Público n.º 62. abril/junho 1982. São Paulo: RT, p.8.

administrativas, tomadas por aqueles que têm que servir devem ser sabidas por todos os cidadãos.

Como anteriormente ressaltado, apesar do princípio da motivação não estar inserido expressamente no artigo 37 da Constituição Federal²⁴³, tal artigo encontra-se consagrado em outros dispositivos de nosso ordenamento jurídico.

A obrigatoriedade de motivação dos atos jurisdicionais encontra-se no artigo 93, IX da Constituição Federal, que assim determina: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Temos ainda o artigo 93, inciso X que dispõe: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”²⁴⁴.

²⁴³ “Artigo 37 – A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. 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”. 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.

²⁴⁴ O STF ao julgar ação relativa à incidência de tal dispositivo previu ainda a possibilidade da motivação constar na ata de julgamento ou apenso a esta, vejamos: “CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO: PROMOÇÃO. JUIZ MAIS ANTIGO: RECUSA. DECISÃO MOTIVADA. C.F., art. 93, II, d, e X. I. - A recusa do juiz mais antigo - C.F., art. 93, II, d - exige processo de votação em que seja examinado, exclusivamente, o nome deste. II. - A decisão há de ser motivada - C.F., art. 93, X. Essa motivação, entretanto, poderá constar da ata de julgamento, ou ficar em apenso a esta, para conhecimento do juiz recusado, a fim de que possa ele, se for o caso, insurgir-se, pelos meios processuais regulares, contra a decisão. III. - A votação pode ocorrer em sessão secreta, a fim de que não resulte em detrimento da credibilidade do magistrado: MS 24.305/DF, Ministro Gilmar Mendes, “DJ” de 19.12.03. IV. - M.S. indeferido.” (STF, MS 24501/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julg. 18/02/2004, publ. 06/08/2004)

Em outro julgado o STF, assim se pronunciou: “ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAGISTRADO. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. RECUSA. INDISPENSABILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, X, DA CF. Nulidade irremediável do ato, por não haver sido indicada, nem mesmo na ata do julgamento, a razão pela qual o recorrente teve o seu nome preterido no

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, também embasa a motivação, ao possibilitar amplitude de acesso 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, uma vez que dificilmente a parte poderá discutir o seu direito se não souber sequer o fundamento das decisões.

Nessa esteira, cabem as ponderações de Lúcia Valle Figueiredo, ao questionar a real efetividade do artigo 5º, XXXV da CF que prevê o acesso à justiça ao afirmar que “sabida é a impossibilidade de acesso ao Judiciário se as decisões não forem motivadas. Como discutirá a parte seu direito, se não souber sequer o fundamento das decisões?”²⁴⁵.

Ao desenvolver a questão de maneira sublime, a autora assegura que, se devem ser motivadas as decisões administrativas do Poder Judiciário, que exerce a função administrativa atípica, tanto mais devem ser também motivadas as decisões do Poder Executivo, que é quem exerce de forma típica a função administrativa, o que se supõe por uma interpretação sistemática: se os administrados públicos não estivessem obrigados a motivar suas decisões, não o seriam os tribunais.

Conclui a autora que pouco importa o fato de a motivação não estar expressa como um princípio do artigo 37, caput da Constituição Federal, juntamente com os demais princípios constitucionais administrativos, por tratar-se, evidentemente, de princípio implícito já que latente no próprio texto constitucional, conforme se infere dos dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário.

concurso para promoção por antiguidade. Recurso provido”. (RE 235487/RO, Rel.Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, julg. 15/06/2000, publ. 21/06/2000)

²⁴⁵ *Estado de Direito e Devido Processo Legal*. Revista de Direito Administrativo n.º 209. Jul./Set. 1997. Rio de Janeiro: Renovar, p. 14.

A obrigatoriedade da fundamentação do ato administrativo também encontra guarida no próprio regime jurídico-administrativo que outorga aos administrados a possibilidade de contraditar as razões da ação administrativa. Ora, se o próprio ordenamento jurídico prevê expressamente a necessidade de fundamentação de qualquer impugnação judicial e administrativa, por que não deveriam sê-lo as decisões passíveis de impugnação?²⁴⁶ Dois pesos, duas medidas?

O dever de motivar ainda encontra estribo no princípio da impessoalidade, isso porque, ao indicar as justificativas de direito e de fato de determinado ato, a Administração demonstra ainda a isonomia que deve permear sua atividade, atuando sempre de maneira imparcial, sem deixar qualquer rastro de favoritismo ou perseguição.

Como bem anotado por Vladimir França²⁴⁷, no princípio da motivação, instituem-se as seguintes finalidades básicas:

(i) a melhoria da qualidade dos atos administrados e outorga de legitimidade a essas decisões, haja vista a relevância que a fundamentação do ato tem para a ponderação dos interesses por ele afetados e para a aceitação da decisão pelos seus destinatários; (ii) garantir efetividade e eficiência ao controle de juridicidade dos atos administrativos; e (iii) ampliar a publicidade da atividade administrativa.

Oportuno ainda invocar, para confirmar o relevo da motivação, a conotação da manifestação da vontade no Direito Público, que atribui aquele valor limitado, não sendo indispensável para a configuração do ato administrativo.

Ademais, no art. 5.º, LV, encontra-se assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, tanto no processo judicial quanto no

²⁴⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

²⁴⁷ *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*, p.104.

administrativo²⁴⁸. Evidente que não seriam viáveis, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa, se motivação não houvesse²⁴⁹.

A motivação é parte integrante da efetivação do devido processo legal, na medida em que, ao expor as razões do administrador, os fundamentos de fato e de direito da decisão exarada, acabam propiciando todos os instrumentos que viabilizarão de maneira efetiva o contraditório e a ampla defesa.

Ora, se as razões que ensejam determinada decisão administrativa foram omitidas ou até mesmo inexisterem é claro que será furtado ao administrados o conhecimento daquelas, sobrestando o pleno e efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, maculando o devido processo legal. Aliás, a motivação e o devido processo legal estão umbilicalmente ligados, não podendo ser interpretados de maneira apartada. Valendo-se tal entendimento tanto para os atos de competência discricionária como para os atos de competência vinculada²⁵⁰.

²⁴⁸ Nesse sentido vale traslado do seguinte julgado do STF: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL NÃO ESTÁVEL. DEMISSÃO POR CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. 1. É necessário o devido processo administrativo, em que se garantam o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgR, DJ de 23.03.2001, e RE 244.543, DJ de 26.09.2003. 2. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.” (STF; Recurso Extraordinário; ED 424655; Rel. Min. Ellen Gracie; julg. 18/10/2005; publ. 18/11/2005)

²⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. Revista Direito Administrativo, n.º 209, jul./set.1997, Rio de Janeiro: Renovar, p. 14.

²⁵⁰ Vejamos o entendimento de nossos tribunais: “MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE PASSAPORTE. Não pode ser recusada quando a autoridade policial não aponta o impedimento legal. Sem fundamentação, o ato impugnado deve ser entendido como violador do direito líquido e certo dos impetrantes.” (Remessa ex-officio n.º96.551, Rio de Janeiro, Ref. 3474479, TRF, Relator Min. José Cândido, 25/11/1986)

“ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO E ATO ARBITRÁRIO. CONSELHO DE POLÍTICA ADUANEIRA. O ato administrativo discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal” (Recurso Extraordinário n.º69.486, STF, Rel. Min. Thompson Flores, 18/11/1970 apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 341-345.)

Carlos Roberto Siqueira Castro²⁵¹, ao tratar da questão, ressaltou que:

tal qual se passou com a evolução dos requisitos das decisões judiciais nas instâncias penais e civis, onde a existência de fundamentação legítima e racional erigiu-se em estereótipo da garantia do devido processo legal, também na esfera do Direito Administrativo a existência da motivação é vista hoje como condição de validade dos atos da Administração.

Karina Harb²⁵² sintetizou o pensamento acima elucidando que “Não há que se falar, portanto, em Estado Democrático de Direito, sem a garantia do devido processo legal, tampouco se pode viabilizar este sem a motivação dos atos e decisões praticados no exercício das funções estatais”.

O princípio da motivação não só encontra seu fundamento de maneira implícita em outras disposições constitucionais, como também está conectado diretamente aos princípios da legalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade, como veremos nos itens seguintes.

Assim, resta demonstrada que a obrigatoriedade da motivação possui seus fundamentos na própria constituição, não sendo válidos os argumentos retrógrados de ausência de previsão legal.

Nesse sentido, é importante trazer as lições de Lúcia Valle Figueiredo²⁵³ para quem qualquer resistência em aceitar a amplitude desse princípio é um “ranço de um Estado autoritário em que a Administração tudo pode em franca e frontal agressão aos direitos individuais”.

Por fim, cabe ainda abordar a eficiência da motivação como princípio constitucional disposto no artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional n.º 19/98.

²⁵¹ *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 328-329.

²⁵² *Motivação do ato administrativo*: instrumento de garantia dos administrados. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.30.

²⁵³ Mandados de Segurança n.º 5692911 e n.º 6400507 apud Carlos Ari Sundfeld, *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p. 121

O dever de eficiência da Administração Pública, conforme definição de Hely Lopes Meirelles²⁵⁴, é aquele que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Opõe-se o vocábulo eficiência “à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão²⁵⁵”.

José Roberto Pimenta Oliveira²⁵⁶ ensina 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.

Complementa²⁵⁷ 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 atribuem. Nesse 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

²⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 96.

²⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 242.

²⁵⁶ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 269.

²⁵⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. Cit.*, p. 270.

materiais imprescindíveis no cumprimento de tal mister, em consonância com “os princípios, regras e valores constitucionais”²⁵⁸.

Pode-se concluir que a motivação, ao reportar as razões concernentes de determinada decisão administrativa, agindo com a transparência devida, acaba por resguardar à boa administração²⁵⁹ e a gestão do interesse público, evitando, por exemplo, excessivas e desnecessárias ações previdenciárias em juízo, por força do exercício da função administrativa de modo ineficiente.

Tendo em vista todas as hipóteses traçadas, concluímos que o princípio da motivação, na verdade, encontra sua base expressamente na Constituição Federal, apesar de não incluso no rol de princípios do artigo 37, caput daquele diploma legal. Ressalta-se que seus fundamentos estão arraigados nos valores sustentáculos da própria Constituição: Estado Democrático de Direito, Princípio Republicano e Tripartição do Poderes.

Por fim, argumenta-se ainda que pretender a exaustiva enumeração dos princípios constitucionais é ater-se a mera e literal interpretação, sem a observância de todo o conjunto sistêmico a qual estamos submetidos. A interpretação literal vai de encontro a uma dos pilares pelos quais os cientistas do direito tanto lutam, além de representar um atrofiamento aos ideais de república e democracia.

Portanto, considerando o binômio adequação-importância, elegemos os princípios da Legalidade, Motivação, Razoabilidade, Publicidade e Moralidade para fazermos um estudo co-relato com a motivação.

²⁵⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 270.

²⁵⁹ “isto é, os que decorrem de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal que os justifica”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 65, p. 34.

2. Princípios Constitucionais Informadores

Os princípios são considerados vitais ao nosso ordenamento jurídico. Constituem o sustentáculo de todo o sistema, sendo instituições a serem seguidas por todos aqueles que compõem tal estrutura jurídica. Sua importância é tão fundamental que, eventual aviltamento, causaria danos de proporções catastróficas²⁶⁰.

A motivação dos atos administrativos encontra interação com os princípios da legalidade, razoabilidade, publicidade, moralidade e no próprio princípio da motivação, pois fixam a estrutura e positivam os valores que nortearão a conjugação e aplicação dos comandos normativos. Representam sustentáculos, diretrizes do sistema, sem nenhuma precedência, cumprindo fundamental dever disciplinador do sistema jurídico.

Carrazza²⁶¹ trouxe primorosa contribuição ao manifestar-se que “Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional”.

Augustin Gordillo²⁶² assinala a supremacia e a importância dos princípios constitucionais:

²⁶⁰ Carmem Lúcia Antunes Rocha (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 57-59) adverte que a Constituição não pode ser instrumento de ideais nunca alcançados e sim um instrumento que permite, orienta e auxilia a transformação de um projeto político em realização. Justamente sob esse enfoque, entende que os princípios são núcleos embaixadores da própria Constituição Federal e gozam de uma eficácia social inequívoca, possuindo, portanto, uma certeza e legitimidade maiores que outras normas constitucionais. Devido tal natureza qualificada, os princípios são dotados de uma “superconstitucionalidade”, ou seja, de uma rigidez constitucional superior até mesmo as próprias regras constitucionais. “E, por isso mesmo, a sua inobservância tem consequências jurídico-constitucionais mais sérias que aquelas decorrentes do descumprimento de regulações jurídicas”. A autora destaca por fim que o descumprimento de qualquer princípio constitucional pode ensejar: a paralisação da dinâmica constitucional normativa e a possibilidade de adoção de normas excepcionais para se restabelecerem a sua aplicação e acatamento integral.

²⁶¹ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.35.

²⁶² *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Parte General. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003, p.12.

O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo respeitem seus limites e, ademais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção, realcem seu mesmo espírito. Mas ainda mais, esses conteúdos básicos da Constituição regem toda a vida comunitária e não somente os atos a que mais diretamente se referem ou as situações que mais expressamente contemplam; por serem princípios são a base de uma sociedade livre e republicana, são os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os seus integrantes.

Aliomar Balleiro²⁶³, com precisão, observa que princípios “são diretrizes, requisitos ou critérios de validade formal ou material à criação de normas jurídicas, cuja observância leva ao exercício adequado da competência tributária”.

Para corroborar o disposto acima, importante trazer os ensinamentos didáticos de uma analogia adotada por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, que compara o desenvolvimento jurídico à construção de um vasto edifício, onde tudo se encontra disposto de acordo com o indicado pela arquitetura.

Naquele edifício, o jurista irá identificar as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, as vigas mestras etc. No entanto, esse mesmo jurista, sem conhecimentos específicos sobre engenharia, saberá que os primeiros itens são facilmente substituíveis, enquanto que a eventual substituição dos alicerces e das vigas mestras comprometerá a estrutura que fatalmente cairá por terra.

Assim, de nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes, etc. estejam imodificáveis. Com a retirada das vigas mestras e dos alicerces, conseqüentemente ocorrerá o desabamento do edifício²⁶⁴.

²⁶³ *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.15.

²⁶⁴ CARRAZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 34-35.

Guardada as devidas proporções, tais “alicerces” e “vigas mestras” são os princípios jurídicos. Nesse sentido, merece a transcrição dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶⁵:

Princípio [...] é, por definição, 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.

Nem sempre tais princípios estão dispostos de maneira explícita, mas o grau de importância não é medido por meio de tal fato e sim de sua relevância para o concreto mundo jurídico.

Dessa forma, far-se-á o exame dos princípios constitucionais que interagem com o dever de motivação dos atos administrativos.

2.1 Princípio da Legalidade e a Motivação

O Princípio Constitucional da Legalidade traduz exatamente a concepção do Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira, uma vez que tal princípio exprime a completa submissão do Estado à lei.

Celso Antônio Bandeira de Melo²⁶⁶ sintetiza o real significado do princípio da legalidade de maneira brilhante:

Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do

²⁶⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p.902-903

²⁶⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p.89.

Estado à lei. É, em suma: a 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.

Ou seja, toda a atividade do Estado deve sempre ser norteada por comandos legais, devendo sua atuação ser pautada justamente na concretização daquela legislação. A finalidade de tal princípio é proteger o administrado de arbitrariedades praticadas pelo Poder Público na execução de seus atos²⁶⁷.

A partir do momento em que a atividade Estatal subsume-se a lei tem-se um Estado distante de qualquer forma autoritária e absolutista de poder, em clara exaltação da cidadania, já que o poder emana do povo, e o Chefe do Poder Executivo nada mais é que o representante do povo.

Justamente nessa premissa, insere-se a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos por serem atos estatais e, em qualquer Estado Democrático de Direito, como o nosso, todos os atos praticados estão submissos à legalidade, de forma que para que esta possa ser demonstrada e aferida por um eventual controle, faz-se necessária sempre a motivação de

²⁶⁷ Vale trazer a baila a primorosa observação de Cármem Lúcia Antunes Rocha(*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p.107-113) “A lei não pode estar jamais a serviço de ideologias absolutas, fechadas, voltadas ao benefício das coisas do poder. O que importa, mais que nunca é o ser humano, fim da burocracia estatal”. Para a autora, a lei formal é importante para garantir a segurança jurídica do cidadão frente a relação política, contudo, considera a legalidade exclusivamente formal insuficiente no mundo contemporâneo, pois não oferece a segurança absoluta. Para conseguir sua plenitude, necessário que a legalidade seja cogitada como aquela que veicula a materialidade da Justiça, “concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações”. Ou seja, a atividade administrativa deve se adequar conforme à lei, que, para obrigar com Justiça, deve ser legítima, desenvolvendo-se daí o princípio da juridicidade administrativa considerada como a normatividade legitimada.

Referida legalidade legitimada determina que a Administração Pública deve se “adequar não apenas na forma, mas no conteúdo de suas decisões e desempenhos à ideologia jurídica segundo o Direito legitimamente posto”.

A legitimidade da conduta administrativa vincula-se:a) aos motivos; b) aos fins buscados e realizados pela Administração Pública; c) meios utilizados pela própria Administração para o atingimento de seus fins.

Carlos Roberto Siqueira Castro (*O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 189 - .191) também entende que a simples legalidade formal do ato-regra não fornece as condições à respeitabilidade da norma de conduta e ressalta que cabe aos aplicadores da lei pela via de jurisdição, dar à ordem jurídica uma consecução que seja justa, generosa e reverente à proposta de igualdade e de paz social incrustada nas Constituições contemporâneas.

todos os atos praticados pelos agentes públicos, inclusive os atos administrativos.

A fundamentação dos atos administrativos concretiza a obrigatoriedade da submissão da administração à Lei e ao Direito. Conforme os ensinamentos de José Roberto Oliveira²⁶⁸: “através da fundamentação da decisão, será possível aquilatar o seu grau de conformidade com o sistema jurídico, incluindo a verificação da compatibilidade da obra normativa, com as exigências normativas, nestas incluídas as emanadas da razoabilidade”.

O princípio da legalidade assegura que em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não se encontra apenas na impossibilidade de agir contra *legem* ou *praeter legem*, mas está obrigada a agir *secundum legem*²⁶⁹.

Seus fundamentos constitucionais encontram-se resguardados no art. 5º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) – no rol dos direitos e das garantias fundamentais, no art. 84, IV (“Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”) e no caput do art. 37 (“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”), que trata da Administração Pública.(grifo nosso)²⁷⁰.

²⁶⁸ Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 277.

²⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 90.

²⁷⁰ Afonso Rodrigues Queiro (A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, volume 6, out.-dez. 1946, p. p.48 e 49) concebe o princípio da Legalidade como o princípio da Administração Legal, lecionando que “A atividade administrativa no Estado de Direito realiza-se por intermédio de órgão próprio, regulado o seu exercício pela lei. Este princípio da submissão à Lei por parte da Administração é o fundamento do Estado de Direito moderno. É o que na literatura jurídica se chama o princípio da Administração Legal”.

Do princípio da legalidade denota-se que à Administração Pública só é permitido o que estiver previsto em lei, enquanto que para o particular, o que não for proibido pela lei, é lícito a sua prática²⁷¹. O princípio em comento define os critérios de atuação da Administração, outorgando poderes jurídicos que possibilitam sua ação, tornando assim a motivação de seus atos um dever inerente.

Dissertando sobre tal aspecto, Romeu Felipe Bacellar²⁷² assim se manifestou:

Consectário da própria afirmação do Estado de Direito – o Estado que se torna, a um só tempo, criador e súdito da norma – o princípio da legalidade impõe à Administração Pública obediência à lei formal como norte de atuação e limite de garantia ao cidadão. No cumprimento de suas funções, o agente público não tem liberdade ou vontade pessoal. A imperatividade das leis não obriga somente o particular, mas, antes de tudo, a própria Administração ao constituir-lhe poderes-deveres, via de regra, indisponíveis e irrenunciáveis.

Importante trazer dois julgados em que há aplicação do princípio da legalidade como suporte da motivação:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO. LEGALIDADE. Não se nega à Administração o poder de rescindir unilateralmente o contrato tanto por inadimplência do contratante, como por interesse público na cessão de sua normal execução. Todavia, em ambas as hipóteses, exige-se justa causa para o rompimento do ajuste, pois a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos que a norma ou contrato consignam como ensejadores a esse excepcional distrato. O Judiciário não poderá valorar o mérito da rescisão, mas deverá sempre verificar a existência dos motivos e confrontá-los com a norma legal pertinente e com as

²⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 88; CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, p. 17; DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, p. 82; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, p.42.

²⁷² *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ªed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 163.

cláusulas contratuais que os consignam, para coibir o arbítrio e o abuso de poder nessas rescisões administrativas²⁷³.

ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DESACONSELHÁVEL. O princípio da legalidade vincula o administrador não só à lei em stricto sensu. Salvo raríssimas exceções, é imperioso, sob pena de nulidade, que o administrador dê as razões de fato e de direito determinantes do seu ato. Se a decisão judicial produz uma situação fática consolidada pelo decurso do tempo, sua desconstituição é desaconselhável, mormente quando não causa prejuízos a terceiros. Remessa Oficial e recurso involuntário improvidos²⁷⁴.

2.2 Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação é essencial e inerente a toda a atividade administrativa, uma vez que ratifica a obrigatoriedade de transparência e cristalinidade das decisões emanadas pelo Poder Administrativo, isso porque todos os fundamentos fáticos que levaram a tal conclusão, assim como as razões devem ser devidamente ressaltadas. Ou seja, é o dever da Administração de justificar todos os seus atos, que devem ser estribados no objetivo de consagração da supremacia do interesse público²⁷⁵.

²⁷³ Apelação Cível n.º 22.483, TJSC, Boletim ADCOAS de Jurisprudência, n.º 33, 30/11/1985, verbete n.º 104.978.

²⁷⁴ MAS 694 / RN; TRF 5ª Região; 1ª Turma; Rel. Juiz Francisco Falcão; publicado 19/04/1991.

²⁷⁵ O Tribunal Superior do Trabalho vem exigindo a motivação nos termos da Súmula 21: "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 formalidades legais de apuração de sua capacidade". Revista provida" (TST, 1.ª Turma, RR 570.987/99, Rel. Juiz Vieira de Mello Filho, julg. 02.04.2003, publ. 02.05.2003).

Tal princípio encontra embasamento no art. 1º, II e parágrafo único, art. 5º, XXXIII, XXXIV, “b” e ainda, analogicamente, no art. 93, IX e X²⁷⁶.

O princípio da Motivação impõe à Administração Pública que, em suas decisões ou atos emanados por ela, haja a indicação dos fundamentos de fato e de direito, assim como os resultados de interesse para a sociedade delas decorrentes.

O objetivo de tal imposição é conferir a possibilidade de conhecimento real das decisões administrativas, bem como a avaliação e o controle da legalidade dos atos e contratos administrativos, de modo a coibir o ensejo de atos vagos ou carentes de fundamentação legal, evitando a atuação de agentes administrativos em prol de favorecimentos ou perseguições.

A motivação abrange não só as circunstâncias de fato e de direito da decisão administrativa, como também seus fundamentos jurídicos e o resultado final almejado.

²⁷⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

2.3 Princípio da Razoabilidade e a Motivação

O princípio da razoabilidade significa as necessárias equidades, imparcialidade e justiça em que devem ser pautadas as ações administrativas, sempre para atender ao interesse público.

Weida Zancaner²⁷⁷ entende que o princípio da Razoabilidade determina a “*coerência com o sistema*”, pois exige da Administração, mediante exercício discricionário, que esteja sempre pautada na racionalidade, equilíbrio e sensatez, além de atuar com compatibilidade com o bem jurídico que ela pretenda.

De fato, a competência discricionária que é atribuída à Administração Pública deverá ser utilizada sempre de maneira comedida e sensata e em consonância com todo o universo legal a qual a Administração Pública encontra-se vinculada.

É na motivação que se verificará a correta utilização da razoabilidade por parte do agente administrativo nas situações em que há possibilidade de atuação discricionária. José Roberto Pimenta Oliveira²⁷⁸ sintetizou com maestria tal circunstância:

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.

Nesse mesmo sentido, Carlos Ari Vieira Sundfeld expõe que:

²⁷⁷ *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 209 – 210.

²⁷⁸ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p.279

Não se exige que o agente discuta amplamente seus critérios de conveniência e oportunidade, que é ângulo afastado da verificação de legalidade, o que não o exime de demonstrar a razoabilidade deles, para revelar se estão ou não abrigados dentro da zona de liberdade deixada pela lei.

Qualquer medida excessiva, desarrazoada, incoerente, em atendimento a excentricidades e mimos próprios do administrador, será, com certeza, considerada afastada daquela conduta a qual a Administração Pública está adstrita.

Assinala Paulo Bonavides²⁷⁹ que “Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”.

Efetivamente, o ato desarrazoado da Administração Pública redundaria em extrapolação de suas competências, prejudicando a finalidade da lei e os direitos dos cidadãos, devendo assim ser eliminado.

Os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁰ justificam a afirmação acima:

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Onde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

Mas o que seria um ato não razoável?

Weida Zancaner²⁸¹ elucida a questão indicando que não é razoável um ato quando:

²⁷⁹ *Curso de Direito Constitucional*. 17ªed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434.

²⁸⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 98.

não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardem relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outra; quando se assentou em argumentos ou em premissas explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.

Apesar do princípio da Razoabilidade não se encontrar previsto expressamente no rol daqueles consagrados no artigo 37 da Constituição Federal²⁸², encontra seus fundamentos nas mesmas disposições que embasam o princípio da Legalidade (art. 5, II, 37, 84) e no art. 5, LXIX da Constituição Federal.

A motivação também encontra interação com o princípio da razoabilidade, para assegurar que todos os atos administrativos sejam exercidos na medida e no grau exato ao alcance do fim legal.

Por meio da motivação, demonstra-se a observância concreta²⁸³ do princípio da razoabilidade, já que naquela deverá constar necessariamente os traços de razoabilidade e valorações de interesses que devem permear a atividade administrativa.

Alberto Ramón Real²⁸⁴, ao tratar da associação entre os princípios da motivação e da razoabilidade, anota que “a expressa obrigatoriedade dos fundamentos facilita a persuasão da razoabilidade das decisões acertadas e

²⁸¹ *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*, p. 209

²⁸² Carlos Roberto Siqueira Castro, (*O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 408-409) noticia que o princípio da razoabilidade dos atos da Administração Pública sempre figurou – com variantes redacionais – nos projetos aprovados, inclusive no texto final aprovado pela Comissão de Sistematização, constante do derradeiro Projeto de Constituição oriundo do Colegiado interno da Constituinte. Contudo, o enunciado submetido a aprovação derradeira no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte teve suprimida sua parte final, justo no ponto em que se contemplava o princípio da razoabilidade, como requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública.

²⁸³ José Roberto Pimenta de Oliveira (*Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 279) adverte que não basta o agente administrativo alegar que atuou com razoabilidade, necessário que ele efetivamente demonstre que cumpriu com o dever de razoabilidade.

²⁸⁴ *La fundamentación del acto administrativo*, p.16.

facilita também o descobrimento dos erros e fraudes das medidas arbitrárias, passíveis de anulação”.

2.4 Princípio da Publicidade e a Motivação

O princípio da publicidade, previsto expressamente no caput do artigo 37 da Constituição Federal, é da essência do próprio Estado de Direito, onde seus atos fundamentalmente devem ser revestidos de transparência e de notoriedade pública, de maneira a garantir aos administrados um possível controle de validade e eficácia de seus atos.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁵ atribui à Administração Pública o dever de manter a transparência em seus comportamentos, já que:

não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Conforme o parágrafo único do primeiro artigo de nossa Constituição, o poder é do povo, logo não existe a vã possibilidade do titular do poder desconhecer todas as nuances do comportamento estatal²⁸⁶.

No contexto apresentado, a publicidade possui o aspecto de divulgação da atividade estatal e, conseqüentemente, do controle da Administração. O ato administrativo somente adquire efeito e obrigatoriedade a partir de sua publicação, assim como eventual possibilidade de verificar se determinado ato

²⁸⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p.102.

²⁸⁶ Cármen Lúcia Antunes Rocha (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 242-243) ensina que a interpretação correta do dispositivo é no sentido de que o poder em nenhum momento sai do povo, nele se mantém permanente, logo: “o Estado é o povo”. “E se o Estado é o próprio povo reunido e constituído sob determinado modelo de Direito para o atingimento de seus objetivos definidos sistematicamente, tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, todos os seus comportamentos devem ser do conhecimento público, pois por eles o povo se responsabiliza”.

administrativo encontra-se em consonância com os demais princípios e leis, também só se dará com sua publicidade²⁸⁷.

O princípio da publicidade orienta que o agir público deve ser em regra de conhecimento de todos os administrados. A exceção somente ocorre em casos especialíssimos em que o interesse público exija o resguardo de informações, ou seja, a hipótese de sigilo somente será tolerada mediante outros interesses devidamente protegidos pelo sistema jurídico²⁸⁸, como:

– O Art.5º, LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

– O Art.5º XIV assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

– O Art. 5º XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de

²⁸⁷ Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “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 caráter da subjetividade, gerando uma verdadeira arbitrariedade. [...] 4. Recurso conhecido e provido [...](STJ, 5.ª Turma, RMS 11.336/PE, Min. Jorge Scartezini – julg. 07.11.2000, publ. 19.02.2001) (grifos nossos).

²⁸⁸ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 539) ensina que em alguns atos administrativos a motivação é vedada, “pela lei só exigência de sua natureza, como alguns atos enumerados como políticos ou de governo, ante seu caráter sigiloso”.

responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Com efeito, considerando que todo o poder emana do povo, e que os agentes públicos que integram a Administração Pública são representantes do interesse público e não de interesses particulares, todos os atos administrativos devem ser dotados de notoriedade pública.

De igual modo, não se pode conceber que a motivação que circunda tais atos administrativos também não deva obedecer à regra da publicidade, o que seria uma incoerência com o âmago do princípio em comento.

Como poderá haver fiscalização, impugnação daquilo que não se conhece?

Entende-se que a motivação deve sim se sujeitar ao princípio da publicidade, justamente para ser conhecida não só pelos cidadãos que a ela se submetem, como também pelos operadores do direito e agentes da Administração. O acesso à motivação propicia aos cidadãos os elementos para eventual oposição aos atos administrativos.

Nesse sentido, preciosa é a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra²⁸⁹:

Evidentemente, a motivação se destina a ser conhecida não apenas pelo interessado direto no ato administrativo motivado, mas ainda pelos superiores hierárquicos do agente público que o editou, pelo juiz, pelo público em geral, a fim de que se possa atingir às múltiplas finalidades que lhe são atribuídas. Assim, em regra, a mesma publicidade que deve ser dada ao ato administrativo motivado deve abranger sua motivação. Não se pode, portanto, limitar a publicidade ao conteúdo do ato, ao seu elemento decisório.

Considerando os altos custos que sobrecarregam os cofres públicos, com as divulgações completas do ato e sua motivação nos Diários Oficiais,

²⁸⁹ *Motivo e motivação de ato administrativo*, p.130-131.

entende-se que não há inobservância ao princípio da publicidade se a motivação dos atos administrativos for divulgada nos meios oficiais de maneira sintetizada, desde que esteja devidamente indicada onde²⁹⁰ e quando encontrar a íntegra da motivação.

Na mesma esteira²⁹¹ são os ensinamentos de Cármem Lúcia Antunes Rocha²⁹²:

não se pode exigir que os custos com aquelas²⁹³ divulgações completas dos atos onerem os cofres públicos, quando tanto não é imprescindível ao atendimento do princípio e, ainda, que haja mora na divulgação por carência dos meios divulgadores que nem sempre conseguem atender, tempestivamente, toda a demanda administrativa.

2.5 Princípio da Moralidade e a Motivação

Pelo princípio da moralidade administrativa, o administrador deverá observar a lei, bem como submeter-se aos princípios éticos da razoabilidade e justiça, em conformidade com os padrões delimitados pelo Direito exposto no sistema normativo²⁹⁴.

Cuidando do tema, Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁹⁵ sustenta que:

²⁹⁰ por exemplo o número do processo ou do parecer, qual secretaria está vinculado, número das folhas, etc.

²⁹¹ Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p.128) entende de maneira oposta, no sentido de que a motivação necessariamente deve merecer a mesma publicidade do ato motivado.

²⁹² *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 246.

²⁹³ No início do parágrafo a autor exemplifica o “enorme número de editais de concursos e licitações a serem publicados determina que se divulgue, nos meios oficiais, apenas resumos daqueles eventos, definindo-se, sempre, onde e quando se poderão obter todos os dados que interessam ao público e que, portanto, têm que ser a ele acessíveis”.

²⁹⁴ Weida Zancaner (*Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*, p. 210) esclarece que o administrador não cumprirá o princípio da moralidade “todas as vezes que agir visando interesses pessoais, com o fito de tirar proveito para si ou amigos, ou quando editar atos maliciosos ou desleais, ou ainda atos caprichosos, ou com o intuito de perseguir inimigos ou desafetos políticos, quando afrontar a probidade administrativa, quando agir de má-fé ou de maneira desleal”.

²⁹⁵ *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 213-214.

o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema do Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.

Mais adiante a mesma autora²⁹⁶ adverte que:

O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade do desempenho quanto à gestão da coisa pública. O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado.

Maurice Hauriou foi o precursor em relacionar moralidade à atividade administrativa. Hely Lopes Meirelles²⁹⁷ sintetizou com maestria os ensinamentos da doutrina francesa:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata, diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente a lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *‘non omne quod licet honestum est’*. A moral comum, arremata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao

²⁹⁶ *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 194.

²⁹⁷ *Direito Administrativo Brasileiro*, p.89.

agente público para sua conduta interna, segundo às exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”²⁹⁸.

Por seu turno, Márcio Cammarosano²⁹⁹ não associa o princípio da moralidade administrativa à moral comum, e sim aos valores sistematizados pelo próprio Direito (pertinentes ao comportamento humano). Ensina o autor que

Recolhendo os valores que seleciona, o Direito os incorpora como direito posto, de sorte que ao exigir que o administrador público por eles também paute sua atuação, sancionando sua não observância ou afronta, não se lhe impõe obediência ou submissão senão ao próprio Direito³⁰⁰.

Nesse passo, o ilustre autor³⁰¹ rechaça qualquer ligação entre a moralidade e a intenção do agente. A violação da moralidade administrativa possui elo direto com a violação ao Direito. E, por último, Márcio Cammarosano professa³⁰²:

O princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa à preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰³ adverte que no âmbito do princípio da moralidade encontra-se ainda o princípio da Boa-Fé e da lealdade. Conforme as lições de Jesús González Pérez³⁰⁴, a boa fé é um dos princípios

²⁹⁸ Apesar da referência ter sido retirada do Curso de Direito Administrativo Brasileiro de 2006, tal transcrição era a mesma de edições passadas, inclusive a da anterior a Constituição de 1988, demonstrando assim o moderno pensamento do autor.

²⁹⁹ *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 72-76.

³⁰⁰ *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*, p.74

³⁰¹ Op. Cit., p.90.

³⁰² Op. Cit., p. 114.

³⁰³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 107.

³⁰⁴ *El Principio General de La Buena Fe em el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, p.19-20.

gerais do ordenamento jurídico, informando a atividade interpretativa e constituindo decisivo instrumento de integração.

O princípio da moralidade, consagrado pela Constituição Federal de 1988, foi instituído no rol de princípios específicos do artigo 37, como garantidor da ética e da justiça de toda a atividade administrativa pública e legitimador desta atividade. Ademais, o artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, admite a ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa, vejamos:

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

A moralidade no contexto apresentado significa a conduta ética administrativa, os valores morais a que a Administração Pública deve atentar para atender o interesse coletivo, quais sejam: honestidade, transparência da administração, conduta honrada, costumes compatíveis com aqueles da sociedade, equidade, conformidade com a lei, etc.

Merece menção os ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰⁵:

sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Portanto, pode a lei estar sendo observada, mas a conduta do agente público no cumprimento daquele preceito legal nem sempre pode estar pautada na ética esperada pela sociedade, como, por exemplo, com o intuito

³⁰⁵ *Direito Administrativo*, p. 94.

de prejudicar alguém, assim estará “produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”³⁰⁶.

Algumas usurpações sempre foram consideradas maculações ao princípio da moralidade, quais sejam: corrupção; impunidade aos corruptos, enriquecimento ilícito, existência de propinas, tráfico de influências, enfim, qualquer utilização do dinheiro público para fins distintos do interesse público é considerada maculação ao princípio da moralidade. Assim, não basta o administrador público atender à legalidade, devendo sua conduta pautar-se, ainda, pela moralidade.

Como repressão a práticas abusivas e em dissonância com a ética esperada dos agentes públicos, nossa Carta Magna, em seu art. 37, § 4º, previu as consequências para tais atos:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Há ainda previsão de propositura de ação civil pública por ato de improbidade pelo ao Ministério Público, com base na Lei n.º 8429/92, para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

Dessa forma, a motivação mostra-se como valioso instrumento de explicitação da conduta administrativa, possibilitando o controle judicial e do próprio cidadão, que tem à sua disposição a ação popular, imprescindível garantia do interesse público diante de eventual improbidade administrativa.

O elo de ligação entre a vinculação da motivação com a moralidade será de extrema importância, pois aquela representará o recurso que revelará

³⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ªed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 616.

as condutas imorais da Administração, já que as intenções não podem ser colhidas sem a devida externalização.

3. Lei Federal de Processo Administrativo – Lei n.º9784/99

Para corroborar ainda mais com o dever de motivação dos atos administrativos e suprimir uma lacuna legal até então existente, em 1999 começou a vigorar a Lei Federal 9784, que regula o processo administrativo brasileiro. Tal Lei Federal é de vital importância, pois contemplou, em seu capítulo XII, as circunstâncias em que a motivação faz-se necessária, com a devida indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, nos atos administrativos que (art. 50, incisos I a VIII)³⁰⁷:

a) Neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses (art.50, inciso I);

É importante notar que a doutrina sempre concebeu a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos nas situações que neguem ou limitem direitos e interesses dos cidadãos.

³⁰⁷ Reconhecemos a importância da lei em comento no ineditismo em enumerar as situações que exigem a motivação, contudo devemos registrar que a obrigatoriedade da motivação deve ser interpretada extensivamente, não se restringindo somente a essas situações elencadas, até porque a motivação dos atos administrativos não é requisito opcional para a Administração.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, 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 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.

§ 1º 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.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na década de 70³⁰⁸, ao tratar dos atos praticados no exercício de poderes discricionários, assim caracterizou os seguintes atos de motivação obrigatória: “limitam a esfera jurídica dos administrados” (exemplificou o autor o ato que determina a ocupação de terreno particular por dele necessitar a administração pública para realizar obra pública) e os que “recusam pretensões dos administrados” (atos que recusam autorização para porte de arma, ou ate mesmo licenças)³⁰⁹.

Nesse compasso, Carlos Ari Sundfeld³¹⁰ ressaltou o dever de fundamentação dos atos negativos, ou seja, aqueles que atingem e comprimem a esfera jurídica dos administrados.

A inovação do inciso I, do artigo 50 da Lei em comento relaciona-se à introdução do vocábulo que “afetem” direitos ou interesses. Como advertido por Elke Mendes Cunha³¹¹ a referida expressão “afetem” pode ter duplo significado. Ora pode exprimir “dizem respeito a”, “interessar”, no sentido de “interessem a interesses, em tautologia pura”, ora pode ter um tom negativo (incomode, moleste).

Concordamos com Elke Mendes Cunha³¹² quando enuncia que “quanto mais ampliado o dever de motivar mais resguardado estará o estado de legalidade e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito”. Portanto, a palavra “afetem” deve ser entendida como “dizem respeito a”, “interessar”, ou seja, no primeiro sentido, demonstrando a possibilidade de abarcar também os atos ampliativos de direito.

³⁰⁸ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 538

³⁰⁹ O autor arrola ainda os seguintes atos: revogam atos anteriores, e, em conseqüência, situações jurídicas dos administrados; alteram os precedentes administrativos; reformam decisão inferior; resolvem em contrário aos pareceres técnicos, ou aos elementos constantes do procedimento administrativo; determinam comportamento; aplicam sanções; emitem opiniões.

³¹⁰ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p.122.

³¹¹ *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. 43)

³¹² Op. Cit., p. 43-44.

A Administração até pode estabelecer restrições aos direitos dos administrados, como, por exemplo, no âmbito de sua discricionariedade estabelecer a realização de exames médicos como condição para o ingresso em cargo público. Contudo, toda e qualquer limitação, além da necessária motivação, deve se revestir da legalidade e razoabilidade devidas. Nesse sentido importante trazer à colação o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. ELIMINAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE VIGILANTE DA GUARDA MUNICIPAL. Candidato considerado inapto para o exercício do cargo através de exame médico realizado em fase do concurso público. O laudo pericial foi conclusivo ao afirmar que o autor não é portador da patologia informada nos autos e que teria sido objeto de sua reprovação no concurso. O ato de eliminação do concurso foi desproporcional entre o seu motivo e o interesse público que se visava a alcançar, visto além de inexistir incompatibilidade entre a doença e a natureza do cargo a ser provido pelo certame, a mesma sequer restou comprovada. Ato desmotivado. Não se pode olvidar que se não demonstrado a veracidade do motivo apresentado para a eliminação do autor, passível o ato de reexame judicial, sem que isso signifique invasão do mérito administrativo. Assim, correta a sentença que julgou procedente o pedido. Manutenção que se impõe em sede reexame necessário. Conhecimento do recurso para negar provimento". (TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.18363, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, 12ª Câmara Cível, julg. 12/06/2007, publ.29/06/2007).

b) Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (art. 50, inciso II)

Carlos Ari Sundfeld³¹³ contemplou tal situação como indicado no tópico anterior quando tratou dos atos que criam situações desfavoráveis aos administrados, ressaltando o dever de motivação dos atos que aplicam sanções disciplinares aos funcionários (suspensão e demissão)". Ele justifica sua posição, destacando que "são atos que afrontam a noção individualista de

³¹³ *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados.*, p.122.

direito subjetivo, cuja proteção foi por largo tempo a pedra de toque do próprio sistema jurídico”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³¹⁴ vai além e consagra os atos que aplicam sanções, decorrentes de processo disciplinar como também os que determinam comportamento, como as ordens para prática de certa atividade³¹⁵.

c) Decidam processos administrativos de concursos ou seleção pública (art.50, inciso III)

³¹⁴ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.538.

³¹⁵ Importante trazer por analogia o entendimento de nossos tribunais: “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 Turma; RMS 13.550/SC; rel. Min. Hamilton Carvalho; julg. 10.09.2002; publ. 04.08.2003).

“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 Turma; RMS 12.856/PB; rel. Min. Gilson Dipp; julg. 08.06.2004; publ. 01.07.2004).

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDORA PÚBLICA. MRE. OFICIAL DE CHANCELERIA. CONSULADO EM VIENA. LEI N. 8.829/93. PRAZO. ATO DE REMOÇÃO EX OFFICIO, SEM MOTIVAÇÃO. NULIDADE DECRETADA. 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 Turma; AGRESP 258.949; Rel. Min. Jorge Scartezini; j. 19.09.2002; publ. 11.11.2002) (grifos nossos).

“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; julg. 26.11.2003; publ. 19.12.2003).

Nesses casos, a motivação representa precioso instrumento de garantia da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública, não oferecendo ao administrador nenhuma margem de liberdade.

Isso porque a Administração Pública não pode pautar suas ações e obviamente os processos sob sua batuta sob segredo ou impossibilitando o administrado de ter acesso a todos os expedientes que lhe dizem respeito. Em qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo, impedir ao administrado de ter o pleno acesso aos autos é, acima de tudo, macular o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Do mesmo modo, para acessibilidade a cargos ou emprego público, é mister a aprovação em concurso público, sendo este o modo de conceder a todos os candidatos ampla e igual oportunidade de participação no concurso. Nesse passo, o edital de convocação do concurso público revela-se elemento importantíssimo, pois contém todas as regras do certame, constituindo-se em verdadeira segurança jurídica ao cidadão, devendo qualquer motivação da comissão ser revelada ao interessado³¹⁶.

Romeu Felipe Bacellar³¹⁷, discorrendo a respeito do concurso público afirma:

Se o concurso público não é, segundo pensam alguns, a melhor forma de recrutamento de pessoal para a Administração Pública, representa, seguramente, a melhor opção até agora concebida, possibilitando seu democrático

³¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Regime dos servidores da administração direta e indireta (direitos e deveres)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995) ensina que “a não ser assim, não teria este como exhibir a improcedência das increpações desfavoráveis que lhe houvesse sido inculcadas, ou o erro na apreciação de fatos, ou quaisquer circunstâncias invocáveis em seu favor, ensejando, de outro lado, o arbítrio, a perseguição ou a simples perpetuação de equívocos e injustiças, redundando tudo, a final, em elisão completa da razão de ser do concurso público”.

³¹⁷ *O Concurso Público e o Processo Administrativo*. IN *Concurso Público e Constituição*, Fabrício Motta (coordenador), 1ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.73.

procedimento, a todos que reúnam as condições exigidas ampla participação na competição.³¹⁸

d) Dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório (art. 50, inciso IV)

O artigo 26, caput da lei 8666/93 - que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública - em seu artigo 26 prevê necessariamente a justificação nas situações de inexigibilidade de licitação³¹⁹.

e) Decidam recursos administrativos (art. 50, inciso V)

Merece reprodução aqui da linha de pensamento desenvolvida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello quando se tratou dos atos que decidam processos administrativos de concursos ou seleção pública.

318 Nesse sentido importante trazer julgado do Superior Tribunal de Justiça: "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. 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 Turma; REsp 72.747/SP; Rel. Min. Edson Vidigal; julg. 06.10.1998; publ. 09.11.1998).

319 "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I- caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II- razão da escolha do fornecedor ou executante;

III- justificativa do preço.

IV- documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Referido autor³²⁰ indicou o dever de motivar os atos de competência discricionária que reformam decisão inferior, porque a proferida melhor atende ao interesse coletivo.

f) Decorram de reexame de ofício (art.50, inciso VI)

Os atos administrativos decorrentes de reexame de ofício devem ser motivados, de maneira a permitir o total conhecimento das razões da Administração Pública e, conseqüentemente, seu controle pelo cidadão.

À propósito, Elke Mendes da Cunha³²¹ acrescenta:

O tema do exame de ofício dos próprios atos é afeto ao assunto controle administrativo que significa o dever-poder de fiscalização e correção que a Administração Pública, sem sentido amplo, exercita sobre sua própria atuação. Tal controle pode ser exercido de ofício se e quando a autoridade competente constata irregularidade em seu agir ou no de subordinado seus.

g) Deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais (art. 50, inciso VII)

De fato, qualquer decisão que venha de encontro a jurisprudências, a pareceres, a laudos, a propostas ou a relatórios oficiais, que normalmente possuem fundamentações conexas e coerentes, precisam, obrigatoriamente, de sólida motivação, já que significa seguir na contra-mão do caminho

³²⁰ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 538.

³²¹ *O princípio da motivação e a Lei 9.784/99*, p.49.

inicialmente trilhado nessas peças e em reiteradas decisões, tratando-se de nova valoração do interesse público³²².

A doutrina também já consagrava tal hipótese, conforme as merecedoras lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³²³, que lista como atos praticados no exercício de poderes discricionários que devem ser motivados aqueles que resolvam em “contrário aos pareceres técnicos, ou aos elementos constantes do procedimento administrativo, por considerá-los errôneos ou contrários aos interesses coletivos”, bem como os que “alteram os precedentes administrativos, como o que modifica a orientação que vinha tendo quanto a certo problema administrativo”.

h) Importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50, VIII)

Assim como os atos administrativos em regra geral devem ser motivados, sua eventual anulação, revogação, suspensão ou convalidação obviamente seguirá a mesma trilha.

O artigo 50 em seu parágrafo 1º dispõe 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, nesses casos, serão parte integrante do ato.

Em seu parágrafo 3º, prevê também a motivação de decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais, que deverão constar de ata ou termo escrito. Tal previsão é de salutar importância, uma vez que, no

³²² O princípio da motivação e a Lei 9.784/99, p.51.

³²³ Os princípios Gerais de Direito Administrativo., p. 538.

passado, decisões colegiadas tomadas em reuniões ou votações secretas deram ensejo a lastimáveis lesões de direito³²⁴.

A referida Lei ainda aponta como critérios³²⁵ 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), e atuação conforme a lei e o direito (inc. I), em conformidade com os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inc. IV – moralidade), uma vez que a interpretação deve atingir da melhor forma o fim público a que se dirige (inc. XIII)³²⁶.

A Lei Federal em comento determina também que os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (art. 38, § 1.º). Ao dispor assim, ocupou-se em garantir o vínculo coerente entre a decisão exarada e as provas produzidas no processo administrativo, respeitando, assim, o requisito da congruência.

Por conseguinte, conclui-se que a motivação dos atos administrativos não é restrita somente à indicação dos pressupostos de fato e de direito que

³²⁴ Sérgio Ferraz, Adilson Dallari (*Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78). Estendendo um pouco mais o entendimento, somos contra também a votação secreta e as sessões fechadas da Câmara dos Deputados. Além de produzirem decisões desastrosas e contrárias ao anseio público, vão de encontro com o parágrafo único, do artigo 1 da Constituição Federal que dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ora, se o verdadeiro titular do poder é o povo, como admitir qualquer sigilo de seus representantes? Ainda mais quando o representante do povo não reflete os verdadeiros anseios da nação? Tal possibilidade é completamente incompatível com o texto constitucional, com o princípio republicano e com a real democracia.

³²⁵ Entendemos que tratam-se da previsão de princípios administrativos.

³²⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p.375-376), existe contradição entre o disposto no art. 2º, parágrafo único, VII e o art. 50 da Lei 9784/99, já que o primeiro artigo generalizou o dever de motivar, enquanto que o outro artigo mencionado elenca expressamente as hipóteses de atos administrativos que devem ser motivados, excluindo os atos administrativos de direito em que a Administração promove situações favoráveis aos administrados. Para o autor, a restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 da lei 9784/00é inconstitucional.

Certamente, apesar a enumeração do artigo 50 compreender várias situações, percebe-se que o mesmo não é exauri toda a extensão de circunstâncias possíveis. Por isso, o mais indicado teria sido eleger a opção que determinasse como modo geral o dever de motivação de todos os atos administrativos e a restrição fosse realizada para as exceções.

determinarem a decisão, mas deve ir além, expressando os elementos probatórios que incidiram na prática do ato administrativo.

4. Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

O Tratamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido da exigência da motivação dos atos administrativos. Para tanto, é importante o estudo da evolução de referido instituto³²⁷.

Um dos primeiros julgados em que a motivação é expressamente mencionada ocorreu em 12.05.1915, cuja sentença foi julgada procedente e reexaminada através da Apelação Cível 2.091, em que o Supremo Tribunal Federal³²⁸ 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 Governo não está obrigado a motivar o ato de demissão (*Revista do Supremo Tribunal*, p. 211-215, jul.-set.1916).

Importante o registro do voto divergente de Pedro Lessa, que assim se pronunciou à época: “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 vencido de Pedro Mibielli, na Apelação Cível 4.116³²⁹, de 24.01.1923:

³²⁷ Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e Controle do ato administrativo*, p.183) registra que “o exame deixa claro que a afirmação do dever de motivar surgiu e se ampliou à medida em 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 incluído o controle dos limites da discricionariedade”.

³²⁸ Op. Cit., p. 184.

³²⁹ Nesse caso o STF assim decidiu: “O ato da Administração Pública demitindo um funcionário público, mesmo que seja injusto, só pode justificar a intervenção do Poder Judiciário, para garantir os direitos patrimoniais do mesmo funcionário, quando viola disposição de lei (*Revista do Supremo*

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 autoritate*, sem que, ao menos, o funcionário alcançado por essa penalidade saiba dos motivos ou faltas que legitimaram sua imposição³³⁰.

No ano de 1923, foi julgado Habeas Corpus 9.301, de 1923, que representou grande evolução, pois ajuizado com o objetivo de garantir “o direito à exploração de um cabaré, que a polícia vedara sem fundamentação, sendo que no mesmo prédio já funcionava outro cabaré”³³¹

O STF entendeu que a proibição de divertimentos públicos considerados “contrários à moral” ou à “ordem pública” (conceitos jurídicos indeterminados) só poderia ocorrer desde que devidamente fundamentado. O referido julgado representou grande avanço, já que grande parte dos doutrinadores considera que a apreciação dos conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados pode inserir-se no âmbito da discricionariedade administrativa³³².

Após tal julgamento, houve um retrocesso quanto ao dever de motivar, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1952, dispensou a motivação diante 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’”³³³, adotando, desde então, entendimento no sentido oposto ao que vinha externando.

Tribunal Federal, v. LVI, p. 83-87, set. 1923 apud Floriano Dutra de Araújo, *Motivação e Controle do ato administrativo.*, p. 185)

³³⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, Op. Cit., p. 184-185.

³³¹ À época não havia sido instituído o mandado de segurança, razão pela qual houve a impetração de *habeas corpus* (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, Op. Cit., p. 185).

³³² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p. 186-190.

³³³ Op. Cit., p. 187-188.

Entretanto, 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”³³⁴, cujo trecho do voto do Ministro-relator Orozimbo Nonato foi no seguinte sentido:

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.

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).

A orientação restritiva foi superada em 1963, quando o Supremo Tribunal Federal³³⁵ nos embargos em Recurso Extraordinário 40.034, considerada arbitrária a exoneração do Procurador Autárquico Federal,

³³⁴ TÁCITO, Caio. *Controle dos motivos nos atos discricionários*, Revista de Direito Administrativo n.º 38, p. 354-355.

³³⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 189.

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 arbitrária³³⁶. Depois, a Suprema 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).

O Supremo Tribunal Federal, condicionando a validade do ato administrativo aos motivos externados na motivação, assim decidiu em 07.06.1966:

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. Discricionariedade 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).

Além do reconhecimento da teoria dos motivos determinantes, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento ainda no sentido da obrigatoriedade. Nesse sentido, traz-se à colação o Recurso Extraordinário 69.486, julgado em 18.11.1970³³⁷, por meio do qual o Procurador da República sustentou que a motivação só seria obrigatória quando a lei exigisse ou diante da natureza do ato. O Ministro Bilac Pinto, defendendo a validade do ato, ressaltou que perante a presunção de legalidade do ato administrativo a motivação seria dispensável e, ainda que fosse exigível - por tratar-se de órgão colegiado com representantes do Governo e setores produtivos da economia - a fundamentação estaria contida nas discussões

³³⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.189. “Se a Administração motiva o ato discricionário, sujeita-o à apreciação judicial” (RDA, n.º 74, p. 142-146).

³³⁷ *Revista de Direito Administrativo* n.º 108, p. 276-295. Apud Florivaldo Dutra de Araújo, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 190-192.

travadas pelo órgão (Conselho de Política Aduaneira)³³⁸. Nesse caso, a decisão restou ementada da seguinte maneira: “O ato administrativo discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal”³³⁹.

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).

Depois, sumulou a matéria orientando que “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” (súmula 684 STF).

Por fim, cabe ressaltar que no presente tópico nos limitamos a trazer notícia sobre a evolução do tratamento da motivação pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando assim uma situação da matéria no âmbito jurisprudencial também. Entendimentos atuais e de outros tribunais, por opção didática traremos no decorrer do estudo conforme a necessidade do assunto tratado.

³³⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, p. 190-192.

³³⁹ Ibidem, mesma página.

CAPÍTULO V – INVALIDADES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

1. Panorama Geral da Invalidade dos Atos Administrativos

O ato administrativo pode ser eliminado do mundo jurídico de formas diversas. Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁰ ensina que um ato eficaz extingue-se pelas seguintes formas: a) cumprimento de seus efeitos; b) desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica constituída pelo ato e c) retirada do ato, quando sobrevém ato administrativo extinguindo o anterior. As hipóteses de retirada são: revogação, invalidação, cassação, caducidade e contraposição.

Destaca o ilustre autor³⁴¹ que duas das causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos são mais importantes: a revogação e a anulação, as quais ele designa de invalidação.

Partindo de tais premissas sobre a extinção do ato administrativo, podemos conceituar que inválido é aquele ato praticado contra a ordem legal, necessitando, portanto, de seu desaparecimento, bem como da relação jurídica dele nascida, por razões de legalidade e também de segurança jurídica. Ora, o ato administrativo sendo válido não haverá lugar para sua anulação.

Por seu turno, revogação significa a extinção do ato administrativo válido ou de seus efeitos, por razões de conveniência e oportunidade, operando *ex nunc*, ou seja, respeitando os efeitos até então produzidos. A revogação pode ser explícita ou implícita. Será explícita quando o ato revogador fizer expressa referência ao ato revogado. Será implícita quando o ato editado posteriormente for incompatível com o anterior. Poderá ainda ser total ou parcial em relação ao alcance dos efeitos do ato revogador.

³⁴⁰ *Curso de Direito Administrativo*. 20ªed. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 415-416.

³⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Op. Cit., p. 414.

Ora, como vimos anteriormente, o plano da validade do ato administrativo significa que o ato deve estar em consonância com todas as regras de edição formal e material daquele ordenamento específico que ele quer se inserir. O ato inválido, apesar de existir no mundo jurídico, podendo inclusive gerar efeitos, é justamente aquele praticado com ausência de um dos requisitos impostos pelo sistema normativo. Dessa forma, a expulsão de tal ato inválido do sistema é medida que se faz necessária, a fim de assegurar a validade do princípio da segurança jurídica e da legalidade.

Bandeira de Mello³⁴² atenta para o fato de que não existem graus de invalidade, “ato algum em Direito é mais inviável do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade”³⁴³³⁴⁴.

Tanto a Administração Pública como o Poder Judiciário possuem legitimidade para invalidar atos administrativos, este através de apreciação da lide, exercendo controle externo e aquela atuando por provocação do interessado, denúncia de terceiro ou espontaneamente³⁴⁵, exercendo o controle interno, em estrita obediência ao princípio da legalidade.

A Administração Pública e o Poder Judiciário possuem como interesse público precípua a restauração da ordem jurídica violada e resguardo dos princípios constitucionais da Administração Pública.

O ato de invalidação do ato administrativo tem como efeito jurídico o efeito declaratório da invalidade. Regra geral a anulação ocorre ex tunc, ou seja, possui efeito retroativo recusando a validade dos efeitos do passado.

³⁴² *Curso de Direito Administrativo*, p. 429.

³⁴³ A norma jurídica é válida ou inválida. Mister os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 189): “o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido”.

³⁴⁴ Vide capítulo III, item 7 que trata sobre a possibilidade de grau de invalidade em relação a motivação do ato administrativo.

³⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 430.

Merece destaque também a possibilidade da Administração possuir o Poder ou o Dever de invalidar o ato administrativo viciado. Alguns autores como Guido Zanobini, Pietro Virga e Seabra Fagundes³⁴⁶ defendem, em linhas gerais, que a invalidação constitui um poder da Administração, ou seja, uma faculdade da Administração Pública mediante o estudo de um caso concreto, considerando critérios subjetivos do administrador.

Weida Zancaner³⁴⁷, ao enfrentar o tema, manifestou-se contrária ao pensamento dos autores acima sob a assertiva de que não há norma jurídica alguma que possibilite a Administração Pública agir com discricionariedade, brindando-nos com as seguintes lições:

A inexistência de norma jurídica que estabeleça, em prol da Administração Pública, faculdade discricionária, para decidir se vai ou não invalidar, faz com que as posições doutrinárias supra-expostas careçam de fundamento, pois o exercício de faculdades discricionárias pela Administração Pública advém da lei.

A autora, após fazer um estudo minucioso sobre noção de discricionariedade, enfatiza que a Administração Pública terá sempre a obrigação de recompor a legalidade, seja através da invalidação ou da convalidação³⁴⁸, ressaltando “os atos discricionários praticados por autoridade incompetente”.³⁴⁹

Ela justifica sua afirmação, ainda, no sentido de que³⁵⁰:

à Administração Pública cabe curar o interesse Público, e não nos parece que este possa ser obtido em razão do critério subjetivo do administrador de valorar, caso a caso, se é melhor obtê-lo através da manutenção de atos inválidos e de relações nascidas sob o signo da legalidade, ou se a obtenção

³⁴⁶ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.46.

³⁴⁷ Op. Cit., p. 47.

³⁴⁸ Convalidação do ato administrativo segundo o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 441) “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado”. Estudar-se-á as noções de convalidação no tópico 7 deste capítulo.

³⁴⁹ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p.55.

³⁵⁰ Op. Cit., p. 55.

do interesse público aconselha a invalidar atos e relações maculadas de vício.

Bandeira de Mello³⁵¹, na mesma esteira de pensamento da autora acima, entende que a convalidação ou a invalidação de um ato viciado não representa em hipótese alguma discricionariedade de escolha para a Administração Pública, ressalvados os vícios de competência estritamente em ato de conteúdo discricionário.

Como estudado no capítulo II, item 5, a discricionariedade decorre especificamente de lei e em nosso ordenamento jurídico não nos deparamos com dispositivo legal algum que preveja a possibilidade de discricionariedade da Administração Pública em invalidar ou convalidar ato inválido.

Vale lembrar, ainda, que cabe à Administração Pública gerir e proteger o interesse público, e nesse sentido observar a legalidade eventualmente maculada. Dessa forma, estaremos sempre perante um dever da Administração Pública de convalidar ou invalidar os atos inválidos.

Nota-se que, em determinadas situações, quando o prejuízo resultante da anulação for maior do que a manutenção no ordenamento jurídico do ato ilegal, poderá a Administração Pública deixar de fazê-lo. Esse é o entendimento expresso por Weida Zancaner, Celso Antônio Bandeira de Mello, Seabra Fagundes e Regis Fernandes de Oliveira³⁵².

³⁵¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 443.

³⁵² Regis Fernandes de Oliveira exemplificou a questão magistralmente (*Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1978, p. 124): "Imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação de loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que autorizou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias foram adquirindo lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram os tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro Paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado."

2. Classificação dos Atos Inválidos: Influência do Direito Civil

No que tange ao tópico em estudo, devemos ressaltar a influência do Direito Civil. Isso porque, enquanto este possui uma teoria bem fundamentada, com diretrizes doutrinárias e, principalmente, legislativas bem claras, o Direito Público distingue-se pela ausência de uma sólida teoria das invalidades dos atos administrativos³⁵³.

O referido frágil alicerce é identificado por grande parte da doutrina e já alertado por Seabra Fagundes³⁵⁴: “A deficiência e a falta de sistematização dos textos de direito administrativo embaraçam a construção da teoria das nulidades dos atos da Administração Pública”.

Tais lacunas identificadas ensejam a divergência sobre a aplicação da classificação do Direito Civil ao Direito Administrativo.

No direito civil pátrio, de acordo com o artigo 166 e 171, os atos jurídicos podem ser classificados em nulos e anuláveis.

De acordo com o artigo 166 do Código Civil, o negócio jurídico será nulo quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminado o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade;
- VI - tiver por objeto fraudar lei imperativa;

³⁵³ Deve-se registrar o grande passo com o advento da Lei 9.784/1999 de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, já que novo tratamento foi conferido à matéria, em seu Capítulo XIV, arts. 52 a 55.

³⁵⁴ *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 52.

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Por outro lado, o artigo 171 prescreve como causas de anulabilidade:

Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Assim, no direito privado, os atos jurídicos somente podem ser excluídos do sistema do Direito Positivo por um ato judicial que se enquadre nas hipóteses previstas em lei, permanecendo no sistema, enquanto não houver uma decisão judicial transitada em julgado.

De fato, a doutrina é bastante divergente em relação à aplicabilidade ou não de tais regras do direito civil no direito administrativo.

No direito brasileiro encontramos diferentes teorias para classificar os atos inválidos. Alguns doutrinadores entendem possível transportar as normas de nulidade do direito civil, em contraposição, outros entendem ser impossível tal utilização e procuram indicar outros critérios para solucionar a lacuna encontrada.

Nesse cenário, encontramos o ensinamento de Seabra Fagundes³⁵⁵, que, após estudo minucioso das diferenças entre o ato administrativo e o ato jurídico privado, ressalta que eventual aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos deve ser realizada por meio de uma adaptação inteligente, justamente para não ultrapassar os limites das regras e princípios gerais do direito administrativo.

Continuando sua assertiva sobre eventual aplicabilidade das regras de direito privado no direito administrativo, Seabra Fagundes traz à baila a

³⁵⁵ O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 53-54.

classificação dicotômica do Código Civil sobre as conseqüências dos efeitos dos atos jurídicos: nulidade e anulabilidade. Nesse sentido, o autor rechaça eventual possibilidade de aplicação da teoria das nulidades e daquela dicotomia da lei civil no direito administrativo. O referido autor³⁵⁶ justifica sua afirmação perante a discrepância de considerações de interesses públicos e privados, arrematando da seguinte maneira:

Acolher a orientação do Código apenas para catalogar de nulos e anuláveis os atos administrativos será, positivamente, muito pouco. E talvez se possa dizer até mais, isto é, que nenhuma vantagem resulte para o direito administrativo do acolhimento da terminologia civilista, quando a isso não corresponda considerável afinidade de conceitos. A comum nomenclatura poderá tornar-se, então, antes um fator de confusão de princípios do que de aproveitamento das experiências e sedimentações do direito privado.

Para solucionar a questão, Seabra Fagundes³⁵⁷ entende que os atos viciosos devem se agrupar em três categorias: Atos absolutamente inválidos (atos nulos do Código Civil), aqueles que violam regras fundamentais relativas à manifestação da vontade, motivo, finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável, seja pelo interesse público, seja pela lei; Atos relativamente inválidos (atos anuláveis), infringem regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas em face de razões concretamente consideradas, tem-se como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade, e, por fim; os atos irregulares, que apresentam defeitos irrelevantes, não afetando o interesse público.

Por sua vez, Antônio Carlos Cintra do Amaral³⁵⁸ refuta a possibilidade da teoria civilista ser aplicada aos atos administrativos, pois não corresponde à realidade jurídica. Para o autor, não há atos administrativos nulos de pleno direito, pois significaria “algo totalmente sem sentido, pois em qualquer hipótese há necessidade de que o ato inválido seja assim qualificado por um

³⁵⁶ FAGUNDES, Seabra, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 64.

³⁵⁷ Op. Cit., p.65-72.

³⁵⁸ *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1978, p. 65-66.

órgão competente para isso”. Ou seja, enquanto não anulados, desde que possam ser produzidos validamente, os atos administrativos podem ser convalidados, inclusive evitando a atuação de sanção.

Dessa forma, adota o autor³⁵⁹ posição dicotômica, indicando que o traço distintivo é a possibilidade de convalidação ou não convalidação dos atos administrativos inválidos.

Em posterior estudo³⁶⁰, o autor fez algumas remissões sobre a magnífica obra anterior, ressaltando que:

Para deixar claro que sequer pretendi substituir uma classificação por outra – muito menos pretendi uma mera mudança de rótulos -, suponha-se que eu não tivesse proposto a distinção entre atos administrativos convalidáveis e não convalidáveis. Mesmo assim não poderia aceitar a distinção entre atos nulos e anuláveis, já que a meu ver não há atos administrativos nulos.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁶¹ afirma que a dicotomia das nulidades do Código Civil, não envolve matéria de direito privado, mas de Teoria Geral do Direito, logo plenamente adaptável ao Direito Administrativo. Mas ressalta que:

a aplicação da teoria da nulidade e anulabilidade dos atos em um e outro ramo jurídico se adota pela semelhança de situação e identidade de razão. Jamais pela identidade de situação. Consiste em aplicação analógica³⁶².

Assim, o ato administrativo será nulo³⁶³:

quanto à capacidade da pessoa se praticado por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente

³⁵⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *Extinção do Ato Administrativo*, p.66.

³⁶⁰ *Validade e Invalidade do Ato Administrativo*. Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. I, n.º8, novembro 2001, Salvador. www.direitopublico.com.br, acesso em 06/07/2007.

³⁶¹ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3ªed. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 656. A adoção no direito administrativo da mesma posição do Direito Civil, com a ressalva de que é da Teoria Geral do Direito, pode ocorrer desde que respeitados as “peculiaridades próprias desses dois ramos jurídicos”.

³⁶² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. Cit, p. 660.

³⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Op. Cit., p. 655.

incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se lícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar a forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato caiba, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão-somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴, adotando a linha de pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, aceita a existência de atos nulos e anuláveis, acrescentando ainda a existência de uma terceira categoria, a dos atos inexistentes.

Para o autor, os atos nulos seriam aqueles previstos em lei e inconvalidáveis, já que se o conteúdo fosse reproduzido, reproduzida seria também a invalidade. Por outro lado, os atos anuláveis seriam os declarados por lei e que admitem convalidação, passíveis de reprodução sem o vício.

Por conseguinte, os atos inexistentes seriam “uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos e anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de conversão. Além disto, existe direito de resistência contra eles”³⁶⁵. Para o autor, os atos inexistentes corresponderiam ao impossível jurídico, pois revelam condutas criminosas que ofendem diretamente direitos fundamentais.

O autor exemplifica³⁶⁶ como ato inexistente no Direito Privado um contrato de lenocínio ou ajuste para que alguém mate determinado indivíduo, ou seja, condutas completamente inaceitáveis pela sociedade e pelo Direito.

³⁶⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 446.

³⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Op. Cit.*, p.437.

³⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Op. Cit.*, p.438.

Dessa forma, o mestre³⁶⁷ anui o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral de que a convalidação é critério importante para a distinção dos tipos de invalidade, já que “a possibilidade de convalidar aparta de um lado, atos anuláveis (que são suscetíveis de convalidação) e, de outro, os inexistentes e nulos (que são insuscetíveis de convalidação)”.

Weida Zancaner³⁶⁸, após análise das diversas correntes, entende que as teorias existentes sobre o tema são carentes no que tange à observância da realidade jurídica, já que “no estudo da invalidade, o que se deve levar em conta são as conseqüências jurídicas que o Direito objetivo assinala, quando da emanção de atos que não lhe são acordes”.

Assim, com base na análise das conseqüências jurídicas do ordenamento jurídico, a ilustre autora defende uma classificação quadricotômica³⁶⁹, qual seja:

- Atos absolutamente sanáveis, apesar de praticados em desacordo com o Direito, são recebidos como regulares em virtude da irrelevância do defeito.

- Atos absolutamente insanáveis, aqueles com vícios extremamente graves e que, portanto, nunca serão aceitos pelo ordenamento jurídico, pois “nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderá conferir estabilização.”

- Atos relativamente sanáveis, “aqueles que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato do particular interessado.”

- Atos relativamente insanáveis seriam os atos inexistentes:

são os que não podem ser convalidados, nem sanados por ato do particular afetado. Entretanto, podem ser estabilizados *longi*

³⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Op. Cit., p. 439-440.

³⁶⁸ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p.84-85.

³⁶⁹ Op. Cit., p. 90-91.

temporis ou, quando concessivos de benefícios, *brevi temporis*, se existir boa-fé do beneficiado e norma ou princípio que lhes serviria de apoio se houvessem sido regularmente expedidos.

Por seu turno, Hely Lopes Meirelles defende que o vício acarreta sempre a nulidade do ato, rechaçando a possibilidade de atos administrativos anuláveis³⁷⁰:

justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejarem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa.

Apesar de o autor mencionar os atos inexistentes, ressalta³⁷¹ a ausência de importância deles para o direito administrativo, pois se equiparam aos atos nulos: “sendo, assim, irrelevantes e sem interesse prático à distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado – a invalidade – e se subordinam às mesmas regras de invalidação”.

Por fim, cabe trazer os valorosos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁷² sobre o tema, que se manifesta no sentido de que tanto no Direito Civil, como no Direito Administrativo os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis), “porém, o que não pode ser transposto para o direito administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidades e anulabilidade previstas nos artigos do Código Civil”.

Dessa forma, a autora entende que quando o vício for sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta.

O regime jurídico de invalidação do Código Civil, apesar de exercer certa influência sobre o direito administrativo, não pode ser aplicado

³⁷⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, p.174.

³⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit, p. 174.

³⁷² *Direito Administrativo*. 19ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p.226.

indistintamente aos atos administrativos, somente de maneira subsidiária e mediante a ausência de normas jurídicas específicas, desde que não represente a inobservância dos alicerces do Direito Público³⁷³.

Evidentemente, todas as teorias apresentadas são de extrema valia para pensar o direito e contribuir para a composição de uma sistematização de invalidade própria dos atos administrativos com critérios e legislação, de modo a propiciar a adequada consequência advinda de determinado ato inválido, bem como todos os mecanismos à disposição para suprimir os vícios identificados, em obediência aos princípios elementares da legalidade e da segurança jurídica.

2.1 Posição Adotada e a Lei Federal nº 9784/99

Como devidamente observado, em se tratando de invalidades do ato administrativo, deparamo-nos com a ausência de uma teoria consistente para o ordenamento jurídico. Todavia, considerando a necessidade de um desenvolvimento didático do trabalho, optamos por adotar como inválidos os atos nulos e os atos anuláveis³⁷⁴.

A sutileza que permeia a diferenciação entre os atos nulos e os atos anuláveis é bastante tênue.

Os atos nulos são aqueles previstos em lei e passíveis de invalidação e os atos anuláveis também previstos em lei possibilitam a convalidação. Ou

³⁷³ Com efeito, o direito privado por ser mais antigo, poderá em determinadas situações – como na teoria das invalidades - representar uma diretriz para o direito administrativo. Contudo como advertido por Cretella Júnior (*Dos atos administrativos especiais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 30): "institutos de direito civil não podem ser elevados a categorias jurídicas, a modelos, a arquétipos, a matrizes da ciência do direito, para, partindo-se daí, pretender o estudioso captar a realidade específica do direito administrativo".

³⁷⁴ Entendemos inclusive que nada obsta que na esteira do raciocínio de Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Extinção do Ato Administrativo*, p. 65-66) ao invés da expressão atos nulos e anuláveis se adotasse a expressão atos convalidáveis e não convalidáveis, pois, como veremos adiante o traço que irá distinguir tais atos será justamente a possibilidade ou não de convalidação. Contudo, nos deparamos com resistência doutrinária ante aquelas expressões consagradas pelo autor.

seja, o traço diferenciador entre eles será a possibilidade ou não de convalidação. Possuem as seguintes características em comum³⁷⁵: a) persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé; b) possibilidade de resistência dos administrados; c) eliminação de seus efeitos³⁷⁶; d) prazos de decadência e prescrição.

Baseamos nosso posicionamento nos ditames da Lei 9784/99, que dispõe sobre o processo administrativo que, em seu capítulo XIV, trata da anulação, revogação e convalidação.

De fato, tal lei, apesar de específica do processo administrativo no âmbito federal, possui notável importância, pois veio tratar de questão até então omissa.

Dispõe o artigo 53 da referida Lei que “deve a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, podendo revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Importante salientar que, na Lei em comento, a desconstituição do ato administrativo por vício de invalidade denomina-se anulação.

Deve-se interpretar que a Lei 9.784/1999, em seu art. 53, acima descrito impõe a obrigação de a Administração Pública anular seus próprios atos, não se tratando, assim, de exercício de competência discricionária³⁷⁷. A invalidação é obrigatória por conta do princípio da legalidade, da segurança

³⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, p. 451.

³⁷⁶ Importante trazer os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (op. Cit., p. 451): “uma vez declarada a invalidade, a qual opera do mesmo modo. A saber: se o ato fulminado era ampliativo de direito, a eliminação é retroativa; se o ato fulminado era ampliativo de direitos, a eliminação produz efeitos *ex nunc*, isto é, desde agora, salvo se demonstrável a má-fé do beneficiário do ato ilegal, com ou sem conluio com o agente público que o praticou.”

³⁷⁷ José dos Santos Carvalho Filho (*Processo Administrativo Federal*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 269) enfatiza que o dever é resultante do poder administrativo de autotutela, em que a Administração “pode corrigir e rever seus atos e suas condutas com o fim de restaurar a face de legalidade dos atos administrativos”.

jurídica, indisponibilidade do interesse público e demais princípios que informam à Administração Pública³⁷⁸.

Importante são as lições de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre o tema³⁷⁹:

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 ofício.

Esse panorama se altera em face da peculiar característica do processo 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, isto é, 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 [...].

O artigo 54 da lei 9784/99 estabelece: “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”.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari³⁸⁰ ressaltam 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

³⁷⁸ Lembra-se: quando a Administração Pública estiver diante de atos que possam ser reproduzidos validamente no presente, deverá convalidá-los, atendendo sempre ao interesse público.

³⁷⁹ *Processo Administrativo*, p. 249.

³⁸⁰ *Processo Administrativo*, p. 250.

conotações mais de uma vez anteriormente expostas a seu propósito.

A paz social e o interesse público impõem obediência ao princípio da razoabilidade que, com o fluxo do 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 saneador³⁸¹.

A disposição legal em exame protege o administrado, elevando inclusive a boa-fé como requisito para resguardo de seus direitos. Nesse sentido são as observações de Carvalho Filho³⁸²:

De fato, se o Estado produz atividade presumivelmente legítima, é de se considerar que os administrados lhe dispensem sua confiança no que tange à validade dos atos administrativos que dela resultem. Por isso, transcorrido determinado período, a situação decorrente do ato, mesmo eivado de vício, converte-se em situação definitiva, impedindo seja alterado por iniciativa da Administração e seja desnaturada a confiança do administrado depositada no ato.³⁸³

Deve-se registrar ainda que, se o ato administrativo não gerar efeito para os administrados, a Administração estará autorizada a realizar a correção a qualquer tempo, tendo como parâmetro o interesse público.

Com efeito, a Lei Federal, apenas disciplinou a decadência do direito da Administração de anular os atos administrativos “ampliativos” ou de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, prescrevendo o prazo de cinco anos, salvo comprovada má-fé. Entretanto, no caso de má-fé, a lei foi omissa, não resolvendo a questão, deixando em aberto o prazo.

³⁸¹ *Processo Administrativo*, p. 250.

³⁸² *Processo Administrativo Federal*, p. 273.

³⁸³ Cabe aqui o seguinte julgado do STJ: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. CORREÇÃO. Conforme o disposto no art.54 da Lei n.º9784/99, a Administração Pública tem prazo de cinco anos para anular atos administrativos. Tendo sido o ato de aposentadoria editado em março de 1991, consolidou-se situação jurídica com o transcurso do quinquênio, sendo ilegal o ato de retificação de proventos expedido em fevereiro de 1999. Recurso ordinário provido”. (grifo nosso) (RMS n.º12.705/TO, 6ª Turma, Rel. Min Vicente Leal, julg. 05.03.2002, publ. 01.04.2002).

No que se refere à “anulação” dos atos administrativos, na presença de boa-fé e diante de efeitos favoráveis para os destinatários, dispõe a lei em comento 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. A Lei 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.

Por fim, cabe registrar que 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.

3. Atos Irregulares e Atos Inexistentes

Observa-se que alguns doutrinadores incluem em sua classificação de atos inválidos os atos irregulares e os atos inexistentes.

Os atos irregulares, conforme preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸⁴, são:

aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas, cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. Seria a hipótese, exempli gratia, de expedir-se um ato através de ‘aviso’, inobstante a lei prevísse que deveria sê-lo, ‘por exemplo’, mediante ‘portaria’.

Como a origem dos atos irregulares deriva de erro relativo à metodização, ressalta o ilustre autor que eventual violação poderá ensejar somente sanções de natureza administrativa, em nada interferindo na validade do ato, já que “as regras atinentes a tal aspecto não têm relevância jurídica”.

³⁸⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 438.

Os atos irregulares também são reconhecidos por Seabra Fagundes³⁸⁵, que, na mesma linha de pensamento acima, ressalta que os atos irregulares são aqueles que apresentam defeitos de pequeno relevo para o Direito, quase sempre de forma, ou seja: “o conteúdo do ato não prejudica nem nenhum interesse se pode dizer ferido por esses erros leves da forma”.

Weida Zancaner³⁸⁶, ao utilizar nomenclatura diversa e classificar como “atos absolutamente sanáveis” aqueles “atos maculados por pequenas irregularidades”, na verdade, reporta-se aos atos irregulares. Para a autora, os atos irregulares abarcam apenas as hipóteses de vícios materiais irrelevantes.

De fato, incluir os atos irregulares entre as espécies de atos inválidos representa má interpretação. Isso porque os atos irregulares, como explorado de maneira brilhante pelos autores acima, representam na verdade vício de pequena monta e podem no máximo violar normas impostas pela própria Administração em nome da padronização de seus atos, não representando, assim, qualquer ameaça ou maculação aos direitos e garantias dos administrados. Portanto, a invalidade não é questão posta perante os atos irregulares.

A Lei Federal 9794/99, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IX prevê que nos processos administrativos será observada a “adoção de forma simples, suficiente para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

Pode-se interpretar o parágrafo único, IX, do art. 2.º da Lei Federal no sentido de admissão daquilo afirmado acima, visto que a referida Lei elevou a forma ao caráter instrumental, devendo o ato praticado com mero defeito formal ser resguardado.

³⁸⁵ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 72-73.

³⁸⁶ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 91.

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, em consonância à instrumentalidade das formas positivada na Lei Federal.

Como bem anotado por Weida Zancaner³⁸⁷: “Inúmeros atos absolutamente sanáveis são, hoje, invalidados pela Administração Pública, a pedido do interessado, com o fito de procrastinar a aplicação da lei, mormente nos atos”.

Assim, para evitar o mau uso dos instrumentos de defesa à disposição do administrado, e consequentes maiores delongas administrativas e judiciais, mediante a existência dos atos irregulares, provenientes de violação de normas padronizadoras da Administração, devem tais atos ser considerados válidos, ensejando no máximo sanções administrativas. Contudo, quando estivermos diante de atos com vício materiais de pequena monta – como, por exemplo, erro de grafia - deve-se somente retificar o ato.

Por sua vez, os atos inexistentes³⁸⁸ são aqueles considerados verdadeiros disparates prescritivos, situando-se na seara do impossível, pois prescrevem condutas criminosas como, por exemplo, tortura, trabalho escravo, etc. Seus traços característicos são³⁸⁹: a) imprescritibilidade; b) a impossibilidade de eventual convalidação ou conversão; c) a possibilidade de direito de resistência; d) não resguardo de seus efeitos produzidos.

Com a devida vênia, entendemos que os atos inexistentes não podem ser incluídos como categoria de atos inválidos. Como a própria nomenclatura enuncia, os atos administrativos inexistentes são aqueles que, por abarcarem

³⁸⁷ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 91.

³⁸⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello os inclui como categoria de atos inválidos (*Curso de Direito Administrativo*, p. 437 - 438) conceituando-os como aqueles que “consistem em comportamentos que correspondem a condutas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados”.

³⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 451.

situações disparates, contrárias à razão e ao bom senso, simplesmente não existem no ordenamento jurídico.

Ora, a invalidade refere-se aos atos jurídicos administrativos existentes no ordenamento, o que evidentemente não se configura nos atos chamados “inexistentes”³⁹⁰.

Um ato considerado inexistente – obviamente no sentido de absurdo real - nem entra no sistema normativo como ato jurídico, haja vista não possuir qualquer mandamento crível de caráter impositivo. Conseqüentemente, nem há que se falar em invalidade daquele ato, pois nem componente jurídico ele possui³⁹¹. Se os atos inexistentes não são atos jurídicos, obviamente também não veiculam normas jurídicas³⁹². Nesse compasso, válidas são as lições de Mônica Martins Toscano Simões³⁹³ sobre o tema:

Ora, na medida em que os chamados atos inexistentes, assistindo o campo do impossível jurídico, não impõem obediência, forçoso é concluir que não se lhes reconhece teor prescritivo, indispensável à sua caracterização como atos jurídicos.

A mesma autora encontra uma solução primorosa para o impasse, enquadrando os atos inexistentes como fatos jurídicos que, quando portadores de condutas criminosas, colocam-se dentro das normas penais. Entendemos que o fato jurídico aqui deve ser interpretado como algo produzido e devidamente cumprido por alguém ao qual se atribui efeitos penais.

³⁹⁰ Sobre o pensamento acima Carlos Ari Sundfeld (*Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 21-22) com propriedade elucida que “uma ordem inexistirá juridicamente se, além de inadmitida pelas normas do sistema, for desconhecida como tal pelos destinatários”.

³⁹¹ Carlos Ari Sundfeld (op.cit, p. 22) ensina que “a invalidade é um atributo exclusivo de normas, isto é, de atos jurídicos”.

³⁹² Vladimir da Rocha França (*Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, p.191-192) adverte que “se, por alguma insana razão, tenta a Administração Pública implementá-los, cabe ao administrado o direito de resistir manu militari à tresloucada medida, com supedâneo na regra da legítima defesa. Trata-se de uma garantia contra a delinquência dos agentes estatais”.

³⁹³ *O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 134.

Dessa forma, rechaçamos por completo a possibilidade dos atos inexistentes serem considerados como categoria de atos inválidos.

4. Diferença entre Revogação e Invalidação

Bem menos controversa, mas não sem importância, é a distinção entre a revogação e invalidação.

Como devidamente salientado pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, a revogação e a invalidação são as formas mais importantes de extinção do ato administrativo. Contudo, vale ressaltar que são completamente diferentes, com motivos, finalidades, fundamentos e efeitos próprios, como a seguir será demonstrado.

Anteriormente, distinguiu-se que a invalidação do ato administrativo é a extinção daquele, ou de suas relações jurídicas surgidas por não observarem o disposto no ordenamento jurídico.

A invalidação do ato administrativo pode ser declarada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, por motivo de ilegitimidade do ato.

Por sua vez, a revogação, conforme lição de Daniele Coutinho Talamine³⁹⁴, pode ser definida como: “a extinção de atos legítimos, praticados em conformidade com a lei, mas que não são mais convenientes ou oportunos – ou seja, estão em desacordo com o interesse público que cumpre à Administração defender”.

Como observado, a revogação do ato administrativo somente ocorre por motivo de inconveniência ou inoportunidade do ato, portanto, não retroagindo, operando *ex nunc*.

³⁹⁴ Revogação do Ato Administrativo, p. 42.

Quanto ao sujeito ativo, cabe à Administração, por meio da autoridade no exercício da função administrativa pronunciar a revogação do ato administrativo.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, presente na súmula 473, que assim disciplina a matéria:

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.

Daniele Coutinho Talaminho³⁹⁵ aponta como fundamento jurídico da invalidação e da revogação o seguinte:

A invalidação, por envolver ilicitude, não pode escapar ao crivo do Poder Judiciário, já que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito escapa de seu controle (art. 5, XXXV, da Constituição Federal). Por outro lado, à Administração cabe agir dentro da legalidade, razão pela qual pode- e deve- ela mesma suprimir a ilegalidade porventura existente. Já a revogação importa exercício de atividade discricionária, atribuída somente à Administração Pública, que é órgão estatal competente para dizer qual o interesse público que merece ser protegido.

Por fim, não se deve olvidar que a revogação deve sempre ser executada observando os limites legais.

5. Convalidação

Evidentemente, ou talvez infelizmente, a Administração Pública, ao produzir atos administrativos, nem sempre os gera pautados na legalidade que lhe é obrigatória. Pois bem, justamente neste cenário surge o dever de

³⁹⁵ *Revogação do Ato Administrativo*, p. 43.

restauração desta legalidade maculada, seja através da convalidação, seja através da invalidação que será estudada no próximo tópico³⁹⁶.

A convalidação significa novo ato reproduzido pela própria Administração Pública, sem vícios de qualquer natureza, a fim de preservar e validar os efeitos a partir da convalidação. Ou seja, é a introdução no mundo jurídico de ato administrativo específico que objetiva conservar o ato inválido e seus efeitos³⁹⁷. O motivo do ato administrativo convalidador é o ato eivado de vício³⁹⁸.

Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁹⁹ assim conceitua o instituto: “convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”.

Vale ressaltar que a convalidação é uma declaração jurídica produzida no exercício de função administrativa, logo quando a convalidação decorrer exclusivamente de ato de particular será considerada manifestação⁴⁰⁰.

Mas como proceder quando a convalidação de um ato apresentar algum vício e quando proceder a invalidação deste mesmo ato?

Com efeito, em virtude dos princípios constitucionais que alicerçam o direito administrativo, nem sempre a invalidação deve ser o caminho a ser

³⁹⁶ Carlos Ari Sundfeld (*Ato Administrativo Inválido*, p. 59) compara a convalidação com salvação. Para o autor a convalidação objetiva reconhecer a invalidade de um ato administrativo e por conseguinte herdar os efeitos que este produzira, salvando-o da eliminação. Tal comparação é bastante interessante e oportuna para definir convalidação, pois o objetivo primordial daquela é justamente livrar do “limbo”, da invalidez determinado ato que em razão do vício apresentado pode ser repetido sem o vício que o caracterizou e retroagindo para preservar os efeitos decorrentes daquele ato portador de vício sanável.

³⁹⁷ O objeto da convalidação e da invalidação obviamente é o ato administrativo inválido mas a manutenção ou não daquele ato poderá incidir tanto sobre o próprio ato como sobre os efeitos jurídicos inválidos veiculados por aquele ato.

³⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 442), com a destreza que lhe é peculiar, observa que obviamente a convalidação somente ocorrerá quando “o ato possa ser produzido validamente no presente”, ou seja, o ato convalidador somente será válido no ordenamento jurídico desde que “legitimamente produzido”.

³⁹⁹ *Direito Administrativo*, p. 252.

⁴⁰⁰ Weida Zancaner (*Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 72-73) distingue o ato particular como hipótese de saneamento.

escolhido, já que referido ato invalidador supre de maneira integral os efeitos produzidos até então. Perante ato considerado viciado, inicialmente deve-se procurar convalidar o ato, de maneira a restaurar a legalidade sem interferir nos efeitos já produzidos e, conseqüentemente, assegurar a essencial segurança jurídica. Somente mediante a impossibilidade da convalidação deverá a Administração Pública proceder a invalidação do ato considerado viciado⁴⁰¹.

Tal é a lição de Weida Zancaner⁴⁰² sobre o tema:

Aliás, parece mais consentâneo com a restauração da legalidade, ao menos quando nos deparamos com atos que podem ser repelidos sem vícios, instaurá-la, no presente, pela correção do ato do que por sua fulminação. Assim o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica restaurada.

E por fim arremata⁴⁰³: “A Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la”.

Com efeito, a convalidação é a opção que traz conseqüências jurídicas menos drásticas, já que são preservados os efeitos produzidos por aquele ato viciado, ademais, como advertido por Weida Zancaner⁴⁰⁴:

É mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação do que desconstituí-los, mesmo porque a invalidação pode levar à responsabilização estatal no que pertine aos lesados de boa-fé.

A Lei 9784/1999⁴⁰⁵, que trata do processo administrativo no âmbito federal, dispõe expressamente sobre a convalidação, em seu artigo 55⁴⁰⁶ “em

⁴⁰¹ Interessante notar que o instituto da convalidação possui relevância prática, já que a observância do caso concreto e dos efeitos jurídicos serão salutar para a incidência deste instituto.

⁴⁰² *Da Convalidação e da invalidação do Ato Administrativo*, p.56.

⁴⁰³ Op. Cit., p. 57.

⁴⁰⁴ Op. Cit., p. 59.

decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanatórios poderão ser convalidados pela própria Administração”.

De fato, ato convalidável é aquele que pode ser repetido sem o vício que o contaminou e sem prejuízo de sua essência, pois quando foi emitido já existiam os elementos e pressupostos que lhe davam guarida⁴⁰⁷.

A exceção à regra mencionada seria, como ensinado por Weida Zancaner⁴⁰⁸, “caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente”. Somente nesta hipótese singular poderia a Administração Pública utilizar critérios subjetivos para escolher entre a invalidação ou a convalidação. As justificativas da autora para tal afirmação são magníficas, vejamos:

Se alguém pratica em lugar de outrem um dado ato discricionário e esse alguém não era titular do poder para expedi-lo, não se poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a repraticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada. Se o sujeito competente não tomaria a decisão em causa, por que deveria tomá-la ante o fato de que outrem, sem qualificação para isto, veio a agir em lugar dele? Por outro lado também não se poderá pretender que deva invalidá-lo, ao invés de convalidá-lo, pois é possível que a medida em questão seja a mesma que ele – o titulado – teria adotado. Então, abrem-se novamente duas hipóteses: ou o agente considera adequado ao interesse público o ato que fora expedido por agente incompetente e, neste caso, o convalida, ou o reputa inadequado e, dado o vício de incompetência, o invalida. Há, pois, nessa hipótese, opção discricionária, mas é única hipótese em que há lugar para discricção.

⁴⁰⁵ Com certeza tal lei foi importantíssima ao inovar e tratar da convalidação, além de colocá-la como divisor de águas das invalidades dos atos administrativos, encerrando, inclusive divergência doutrinária sobre a convalidação dos atos administrativos.

⁴⁰⁶ Houve inequívoco acolhimento de que, ocorrendo vícios sanáveis, poderá a Administração, sem ofensa à legalidade, promover à convalidação desde que preenchidos 2 condições: inexistência de lesão ao interesse público e inexistência de prejuízos a terceiros.

⁴⁰⁷ No mesmo sentido Carlos Ari Sundfeld (*Ato Administrativo Inválido*, p. 65) ensina que “é óbvio que, para se poder convalidar, o ato deve poder ser praticado sem vício hoje, porque já o poderia na época em que irregularmente surgiu”.

⁴⁰⁸ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p.57.

No caso da convalidação, entendemos que tal qual a invalidação não existe discricionariedade alguma da Administração. Mediante atos viciados, devido ao princípio da legalidade, da segurança jurídica e da autoexecutoriedade, a Administração Pública possui o dever e não a faculdade de convalidá-los.

Em regra, a competência para convalidar é da Administração Pública, não sendo possível que o órgão jurisdicional proceda a convalidação, a não ser que sejam seus próprios atos viciados.

Como anotado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁹, a convalidação pode ser denominada de três espécies. Será denominada ratificação quando a convalidação originar da mesma autoridade que emanou o ato viciado. Será designada confirmação quando provir de outra autoridade, e será classificada como saneamento quando resultar de um ato particular afetado.

É necessário ainda ressaltar que, em virtude de fatores impeditivos, em determinados casos a convalidação não poderá ser realizada, mesmo diante de vícios passíveis para tal.

Weida Zancaner⁴¹⁰ chamou atenção justamente para esses fatores, denominando-os de limites à convalidação e indicando como barreiras a impugnação do interessado (ressalvando os atos obrigatoriamente sanáveis) e o decurso do tempo⁴¹¹. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹² identifica uma exceção que consistiria na:

motivação de ato vinculado expedida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o

⁴⁰⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 443.

⁴¹⁰ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p.60.

⁴¹¹ Em posição contrária: Mônica Martins Toscano (*O processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*, p.146) defende a possibilidade de se produzir, a qualquer tempo o ato de convalidação. Sérgio Ferraz (*Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*. RDA 231/63) entende que a "impugnação, judicial ou administrativa do ato inválido não impede a sua convalidação.

⁴¹² *Curso de Direito Administrativo*, p. 442

ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação.⁴¹³

Com efeito, a impugnação do interessado representa real barreira à convalidação, pois se houvesse tal possibilidade seria simplesmente “inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica”⁴¹⁴.

Todavia, quanto ao decurso do tempo, registramos nossa discordância, haja vista que se a Administração identificar vícios sanáveis e não constatando a incidência dos fatores impeditivos arrolados no artigo 55 da Lei 9784/99 - lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros -, o ato viciado poderá ser convalidado a qualquer tempo.

Após essas breves considerações, questiona-se, afinal, quais os vícios que possibilitam a convalidação dos atos administrativos. A lei 9784/99 que tratou da convalidação apenas mencionou que seriam os atos que apresentem defeitos sanáveis, sem, contudo, indicar quais seriam esses vícios⁴¹⁵.

Weida Zancaner⁴¹⁶, ao tratar do tema, indica que são convalidáveis os atos portadores dos vícios de competência, formalidade e procedimento.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹⁷ exemplifica os seguintes vícios passíveis de convalidação: “os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade”.

⁴¹³ No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari, *Ato Administrativo Inválido*, p. 73; CÂMARA, Jacintho de Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Estudo de direito administrativo em homenagem ao prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. Tatiana Mendes Cunha (coord). São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 61.

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 442.

⁴¹⁵ José dos Santos Carvalho Filho (*Processo Administrativo Federal*, p. 284) ressalta que “sanáveis são os vícios de menor gravidade que, por isso mesmo, não obrigam à anulação direta do ato e, ao contrário, permitem, em determinadas hipóteses, sua confirmação e o aproveitamento dos efeitos pretéritos”.

⁴¹⁶ *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p.68.

⁴¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 446.

Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴¹⁸ afirma que os vícios de incompetência e de formalidade podem ser convalidados. Já os atos viciados quanto ao pressuposto de fato podem ser convalidados por um fato, mas não por um ato do órgão estatal. Por seu turno, os atos que apresentem vício de conteúdo não podem ser convalidados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹⁹ entende que são passíveis de convalidação os atos que portem vício de incompetência, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, nem que haja incompetência em razão da matéria e forma.

Por fim, é necessário destacar que a convalidação é uma declaração jurídica produzida no exercício de função administrativa

6. Invalidação

A invalidação dos atos viciados seria a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, em virtude de terem sido produzidos em desconformidade com a legalidade existente.

Frise-se que a Invalidação é um ato jurídico que tanto pode configurar-se em uma declaração administrativa, submetendo-se a todas exigências do regime jurídico-administrativo, como pode ser declaração estatal.

Como anteriormente estudado, à Administração possui o dever de restaurar a legalidade mediante a existência de vícios do ato administrativo. Primeiramente, a Administração deve verificar a possibilidade de convalidar o ato administrativo, pois, como vimos alhures, importa o dever de proteger a segurança jurídica e a legalidade. Por ser medida mais extrema e conseqüentemente com efeitos mais complexos, somente perante a

⁴¹⁸ *Extinção do ato administrativo*, p. 73

⁴¹⁹ *Direito Administrativo*, p. 254.

impossibilidade de convalidação deve à Administração invalidar o ato administrativo.

Note-se que o dever de invalidação também advém do princípio da legalidade, no sentido da necessidade de restauração tanto da validade dos atos administrativos como da segurança jurídica. De acordo com a prescrição dos artigos 5, II, 37, caput e 84 IV da Constituição Federal, bem como do enunciados das Súmulas 346 e 473 do STF⁴²⁰, cabe à Administração perfilar seu trilhar e seus atos na estrita obediência aos comandos legais. No momento em que houver qualquer destrilhamento, imediatamente deve ser realizado o reparo para que seu agir esteja em estrita obediência aos princípios gerais do direito.

Ou seja, se determinado ato administrativo tiver sido editado em desconformidade com as normas legais, caberá ao órgão administrativo ou até mesmo ao Poder Judiciário invalidar aquele ato, fulminando seus efeitos, justamente para garantir o princípio da legalidade e da segurança jurídica⁴²¹.

Weida Zancaner⁴²² indica como os vícios passíveis de invalidação os seguintes: motivo; conteúdo; de procedimento, quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado; de causa e de finalidade.

A ilustre autora também traz alguns limites à invalidação, ressaltando que referidos limites⁴²³ “surgem do próprio sistema jurídico-positivo”, identificado em seguida as seguintes barreiras à invalidação: decurso do

⁴²⁰ Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

⁴²¹ A invalidação visa fulminar o ato viciado e seus efeitos desde o início, ou seja, a anulação opera *ex tunc*, suprimindo seu objeto retroativamente. Contudo, a Lei Federal 9784/99 ao tratar da anulação, revogação e convalidação 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.

⁴²² *Da Convalidação e da invalidação do ato administrativo*, p. 73.

⁴²³ *Op. Cit.*, p.60.

tempo, os casos ampliativos de direito e os princípios gerais de direito (segurança jurídica e boa-fé)⁴²⁴.

A invalidação normalmente ocorre *ex tunc*, ou seja, anulando todos os efeitos do ato. Contudo, é possível que opere *ex nunc*, quando se comprovar a boa-fé e o enriquecimento sem causa.

A invalidação de ato viciado tanto pode ocorrer no exercício da função administrativa, quanto no da função jurisdicional. Ademais, o ato de invalidação possui caráter constitutivo negativo, pois retira do ordenamento jurídico o ato inválido e seus efeitos jurídicos, conforme o caso concreto.

Após as breves considerações, cabe-nos fazer assertivas sobre vícios de motivo que ensejam a sua invalidação.

7. Vício de Motivo

O motivo do ato administrativo é o acontecimento que ocorre no mundo empírico, que autoriza ou exige a prática do ato. É o pressuposto fático que torna possível a emissão de determinado ato pela Administração.

A ausência de motivo que dê ensejo ao ato administrativo será determinante para sua invalidação, haja vista que a inocorrência de fato do mundo empírico por si só não autoriza a produção de qualquer ato administrativo. Se há previsão da produção de um ato administrativo, a partir

⁴²⁴ Nesse sentido, apropriado trazer as seguintes lições de Weida Zancaner (*Da Convalidação e Invalidação dos atos administrativos*, p. 62): “as barreiras ou limites ao dever de invalidar ou resultam do mero decurso do tempo (a chamada prescrição) ou, nos casos em que o ato invalidado 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 beneficiário”.

Importante ressaltar que de maneira salutar a lei federal 9784/1999, através de seu artigo 54 assinalou o prazo decadencial para invalidação dos atos ampliativos de direito em cinco anos, reconhecendo assim o decurso do tempo como limite à invalidação.

da ocorrência de um determinado fato no mundo fenomênico, perante a não existência dele, exteriormente, inexistirá o evento autorizador da produção do ato administrativo.

Ou seja, se determinado ato apresenta vício quanto ao motivo, a invalidação é medida que se faz necessária, pois impossível restaurar eventual legalidade se o pressuposto fático previsto em lei para a prática do ato simplesmente não restou configurado.

Cabe trazer os ensinamentos de Weida Zancaner⁴²⁵ que sintetizam o pensamento acima: “a ausência de motivo de fato impossibilita a convalidação do ato, posto que não há como fazê-lo retroagir a data de sua emissão, já que o suporte fático continuaria a inexistir”.

Portanto, ou o motivo pré-existia quando o ato foi produzido, sendo válido ou o pressuposto de fato simplesmente nunca existiu, sendo a invalidação a única saída para eliminar o vício, haja vista que a produção de motivo perante ato convalidador configura novo motivo e, conseqüentemente, novo ato administrativo.

Sobre o tema, o entendimento proferido pelo TRF da 1ª Região é o seguinte:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA RURAL. AUSÊNCIA DE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SÚMULA 160/TFR. BENEFÍCIO CONCEDIDO MEDIANTE DECLARAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 106, IV, DA LEI 8.213/91, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 7.º, IV, DA CF/88 E SÚMULA 201/STJ). 1. O ato de concessão de benefício previdenciário, como ato administrativo que é, possui presunção de legitimidade e de veracidade; logo, sua suspensão ou invalidação, nos termos do entendimento

⁴²⁵ Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos, p.74.

consagrado na Súmula 160 do extinto TFR, não pode ser feita de plano, mas depende da instauração de prévio procedimento administrativo, no qual fique demonstrada a suposta ilegalidade, garantindo-se ao segurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, em respeito ao devido processo legal, conforme disposto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. (Cf. STJ, RESP 210.464/SP, Quinta Turma, Min. Edson Vidigal, DJ 18/10/1999; RESP 172.869/SP, Quinta Turma, Min. Jorge Scartezzini, DJ 20/08/2001, e RESP 279.369/SP, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, DJ 29/04/2002.) 2. Não pode o INSS, como ocorreu na hipótese vertente, cancelar benefício previdenciário, ainda que sujeito a recurso administrativo, baseando-se apenas em impressões pessoais de funcionário, colhidas em entrevista com o segurado, apontando como motivo a ocorrência de "causas diversas", quanto mais se o benefício foi deferido mediante declaração do Ministério Público, de acordo com o art. 106, IV, da Lei 8.213/91, na sua redação original. (Cf. TRF1, AC 94.01.12213-0/MG, Segunda Turma, Juiz convocado Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ 15/02/2001, e AC 94.01.37605-0/MG, Primeira Turma, Juiz convocado Itelmar Raydan Evangelista, DJ 14/06/2002.) 3. Os honorários advocatícios não podem ser fixados em número de salários mínimos, em virtude de o disposto no art. 7.º, IV, da Constituição Federal vedar tal vinculação para qualquer fim. (Cf. STJ, Súmula 201.) 4. Apelação parcialmente provida. Grifo nosso⁴²⁶.

8. Vício de Motivação

A motivação do ato administrativo representa a exposição dos fundamentos de fato e de direito balizadores da prática de determinado ato administrativo, bem como todos os elementos e pressupostos que ascendem aquele ato administrativo. Propicia a identificação de eventuais vícios 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”⁴²⁷, de modo a permitir o controle do ato administrativo.

⁴²⁶ TRF 1ª Região AC 95.23853-9/MG, Rel. Juiz(conv) João Carlos Mayer Soares, 1ª Turma Suplmentar, jul. 22/10/2002; publ. 12/12/2002.

⁴²⁷ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p. 149.

Viera de Andrade⁴²⁸ oportunamente adverte:

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.

Como anteriormente estudado, a motivação deve preencher os requisitos preconizados na Lei 9.784/1999, como suficiência, clareza, congruência e explicitude, 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).

E o que seriam considerados vícios de motivação?

Podemos distinguir como vícios de motivação: a) ausência de motivação; b) quando a motivação deixou de observar qualquer um de seus requisitos: suficiência, clareza e congruência; c) quando a motivação ocorre após a edição do ato.

Quando determinado ato administrativo é expedido sem que seus motivos de fato e de direito sejam expostos ou com inexistência dos fundamentos que deram ensejo à sua edição estar-se-á perante ausência de motivação⁴²⁹.

Por outro lado, quando o ato administrativo foi devidamente motivado, entretanto a motivação não se mostra claramente, com traços de obscuridade, sem a mínima consistência, ou não consegue de maneira coerente adequar

⁴²⁸ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 226.

⁴²⁹ A motivação sucinta é válida desde que preencha os requisitos analisados, não se equiparando à sua ausência ou insuficiência.

os motivos apontados ao ato praticado também se configura o vício de motivação⁴³⁰.

De outra sorte, quando a motivação ocorre após a prática do ato, obviamente prejudicará sua função, já que não propiciará ao administrado o conhecimento dos fundamentos justificadores daquele ato, impedindo, conseqüentemente, a própria oposição ao ato emitido, ou seja, a ampla defesa.

Em nosso ordenamento jurídico, inexistente qualquer disposição específica sobre a consequência para a violação do dever legal de motivação dos atos administrativos⁴³¹. Dessa forma, questiona-se: os atos administrativos que contêm qualquer um dos vícios de motivação deverão ser fulminados como inválidos ou há possibilidade de convalidação dos mesmos?

Antes de responder-se ao questionamento, é importante notar que o agir administrativo deve ser pautado nos princípios gerais de direito, e dentre eles vale destacar os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da legalidade.

Como destacado no capítulo referente à fundamentação da motivação, o princípio da razoabilidade representa a necessidade da Administração regular sua atuação conforme a razão e o direito, de modo a não cometer excessos ou atitudes insensatas e em desacordo com as regras legais que margeiam a Administração Pública.

⁴³⁰ Germana Oliveira (*Obrigatoriedade de Motivação explícita, clara, congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos*. Revista Interesse Público n.º 1, 2000, p. 5) ensina que “o vício da motivação obscura ocorre quando não são inteligíveis os fatos narrados nem os fundamentos jurídicos indicados nos quais a decisão se apóia ou, ainda, quando não é possível compreender a justificação do processo decisório. [...] a congruência do discurso se refere à relação entre a fundamentação e o conteúdo do ato, devendo este ser uma consequência lógica daquela”.

⁴³¹ A Lei Federal 9.784/1999 não disciplina o vício de motivação, mas, interpretando-se analogicamente, possibilita seu saneamento diante de vícios (defeitos) de irregularidade, admitindo a convalidação do ato administrativo desde que não tenha acarretado lesão ao interesse público, nem prejuízos a terceiros (art.55).

Pelo princípio da segurança jurídica se procura albergar a confiança, o sentimento de garantia quanto à probidade da conduta do Estado, a credibilidade, vedando surpresas sem a legalidade necessária.

Almiro do Couto e Silva⁴³² adverte que o princípio da segurança jurídica deve ser entendido como um conceito com duas ramificações, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. Aquela abarca questões relativas ao limite de retroatividade dos atos estatais, ou seja, protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A faceta referente à natureza subjetiva concerne “à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.

Pelo princípio da legalidade, entende-se que a atuação da Administração Pública deve ser margeada sempre sobre a batuta da lei, só sendo permitido fazer aquilo devidamente previsto na legislação.

Como destacado até o momento, o dever de motivação dos atos administrativos deve ser entendido como regra geral, comportando raras exceções. Logo, perante vício de motivação, poderá ser declarada sua invalidade seja através do controle da própria Administração⁴³³ ou do Poder Judiciário.

Todavia, invalidar todo e qualquer ato administrativo que padeça de vício de motivação não parece ser a medida que melhor reflete a função Administrativa. E isso se dá porque, muitas vezes, o ato administrativo portador do vício de motivação gerou efeitos na esfera do administrado e fulminá-lo por inválido não seria a melhor solução.

⁴³² O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da união (Lei n.º 9784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado n.º 2, abril/maio/junho de 2005. Salvador: www.direitodoestado.com.br, acesso em 07/05/2007.

⁴³³ Súmula 473 – STF.

Ora, não seria crível fulminar de nulidade um ato administrativo quando restar dúvidas sobre seu aproveitamento, o que se dá não só em virtude 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.

É justamente aí que identifica-se a importância do princípio da razoabilidade e da segurança jurídica, já que em alguns casos a preservação dos efeitos ou a convalidação do ato administrativo que apresente vício de motivação espelhará a verdadeira supremacia do interesse público do que a invalidação genérica.

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”⁴³⁴. A convalidação é a cura de um ato por intermédio da eliminação da causa do vício que o maculava, o que, inclusive, parece ser bastante saudável⁴³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³⁶ entende que, em se tratando de atos vinculados, “o que importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório”, podendo ser sanado o vício posteriormente, se for possível demonstrar ulteriormente que o motivo exigente do ato preexistia.

Para o autor, quando se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, o ato deverá ser invalidado. “Nos casos em que a lei não exija motivação”, exceção ocorrerá quando restar demonstrado: “(a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para

⁴³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 300-301.

⁴³⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 300-301.

⁴³⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p.375.

justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato”⁴³⁷.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari⁴³⁸, com perspicácia, indicam 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 inexistente.

A lei 9784/99 previu, em seu artigo 55, a possibilidade de convalidação pela própria Administração daqueles atos que apresentarem defeitos sanáveis, impondo duas condições: a inexistência de lesão ao interesse público e a inexistência de prejuízos a terceiros.

Evolui-se, assim, para a necessidade de verificar o caso concreto e a real consequência na esfera jurídica dos administrados. Mas para isso deve pelo menos existir o motivo que autorizou a prática daquele ato.

Não se cogita a defesa de que o motivo do ato é mais importante do que a motivação. O que se quer é configurar o motivo como o balizador da possibilidade de convalidação do ato administrativo que apresenta vício de motivação.

O motivo é pressuposto de validade do ato administrativo, assim, inexistindo o acontecimento externo e precedente que irá exigir a prática do ato, a invalidação é a única opção. Em contraposição, determinado ato, apesar de praticado com autorização de motivo, poderá vir à tona no mundo jurídico sem a motivação ou com déficits motivacionais.

⁴³⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 375.

⁴³⁸ *Processo Administrativo*, p.256.

A convalidação somente será considerada válida se restar comprovado que o motivo que deu ensejo ao ato administrativo pré-existia. Tal exigência se justifica para evitar a formulação de motivos posteriores, falsos ou inexistentes, sob pena de invalidação se não restar configurada tal existência precedente.

Vieira de Andrade⁴³⁹ ensina que:

apesar da importância repetidamente sublinhada da obrigatoriedade de fundamentação, não parece que o seu incumprimento [...] seja de considerar uma ofensa da ordem jurídica de tal modo grave que deva determinar sempre uma improdutividade total do acto. Constituindo um vício formal, o incumprimento do dever de fundamentação não exclui a possibilidade de o acto ter um conteúdo legítimo e de ter sido praticado em vista do fim legal, não devendo, pois considerar-se, por regra, inadmissível a produção dos efeitos, mesmo que condicionada.

Como anteriormente ressaltado, Celso Antônio 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*⁴⁴⁰.

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 nas hipóteses excepcionais, supra-aludidas.

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,

⁴³⁹ O Dever da Fundamentação expressa de Actos Administrativo, p.290-291

⁴⁴⁰ Curso de direito administrativo, p. 375.

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 a eventual supressão do vício a posteriori não significa qualquer inovação, mas eliminação de um vício primitivo, ou ainda, em certas hipóteses, quando o ato contenha vícios de motivação não sanados posteriormente e seja possível aproveitar seus efeitos.

Por fim, deve-se registrar que a convalidação terá como barreiras a impugnação do interessado, a inexistência de lesão a interesse público e a ausência de prejuízos a terceiros, conforme explorado no item 5 deste capítulo.

O entendimento de nossos tribunais sobre o tema é o seguinte:

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.⁴⁴¹. (Grifo nosso).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RAZÕES DO INDEFERIMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Resta violado o devido processo legal quando a Administração, em suas razões de indeferimento de recurso administrativo, limita-se a afirmar que não estão presentes os

⁴⁴¹ STF, Tribunal Pleno, MS. 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 16.09.1999, publ. 12.05.2000.

requisitos legais para a providência pleiteada ou a elencar dispositivos de lei pertinente, vez que tal medida dificulta o direito de defesa do administrado. A Administração deve pormenorizar as razões do indeferimento de requerimento administrativo, sob pena de dificultar o direito de defesa do administrado e ensejar a nulidade do respectivo procedimento. Na espécie, o Instituto Nacional do Seguro Social tornou sem efeito averbação de tempo de serviço da demandante como rurícola e, conseqüentemente, negou a concessão de aposentadoria por tempo de serviço sob a alegação de que não estavam presentes os requisitos legais, sem, no entanto, demonstrar o porquê da desconsideração do período a ser averbado. Sentença mantida. (Grifo nosso)⁴⁴².

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CONCISA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTO AFASTADA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO POR EX-GESTOR. INSCRIÇÃO DO ENTE POLÍTICO MUNICIPAL NO CADASTRO DE INADIMPLENTE DO SIAFI. SUSPENSÃO DO BLOQUEIO DO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS. AÇÕES SOCIAIS.1. Afastada a alegação de nulidade do ato decisório de primeiro grau, uma vez que, embora esteja ele fundamentado de forma concisa, contém motivação suficiente para respaldar sua conclusão. 2. Mostra-se juridicamente apropriado suspender os efeitos da inscrição de município no cadastro de inadimplentes do SIAFI no tocante ao repasse de verbas públicas destinadas a uma diversidade de ações indispensáveis ao seu desenvolvimento social, de modo a evitar que, em virtude da ausência de prestação de contas a cargo do seu ex-administrador, toda a população local seja penalizada. 3. Agravo regimental da UNIÃO parcialmente provido para que a suspensão dos efeitos da inscrição do Município no SIAFI se limite a afastar o óbice quanto ao recebimento de recursos federais destinados a "ações sociais e ações em faixa de fronteira" e "ações de educação, saúde e assistência social", devendo-se compreender no termo "ações sociais" também aquelas voltadas ao saneamento, à urbanização e às melhorias em geral das condições de vida da comunidade local.⁴⁴³ (Grifo nosso)

Por fim, cabe questionar: há que se falar em dever de Motivar, com a indicação das razões de fato e de Direito que ensejam a Invalidação do Ato Administrativo?

⁴⁴² TRF 1ª Região, MS 2007.01.00.015278-9 DF; Rel. Des. Olindo Menezes, julg. 30/08/2007, publ. 28/09/2007.

⁴⁴³ TRF 1ª Região 2007.01.00.000408-0 DF, Rel. Des. Fagundes de Deus, 5ª Turma, julg. 24/08/2007; publ. 04/06/2007.

Como fartamente demonstrado, o dever de motivar é regra geral tanto para os atos administrativos como para eventual convalidação ou invalidação, sendo da essência da atividade administrativa. Representa verdadeira garantia para os administrados, assegurando o cristalino conhecimento de todas as razões de fato e de direito que ensejaram a emissão do ato administrativo.

Nesse sentido, o legislador foi muito perspicaz ao prever explicitamente o dever de motivar aqueles atos que “importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação do ato administrativo” (art. 50, VIII da Lei 9784/1999).

Deve-se ter em mente que a motivação da decisão convalidadora ou invalidadora do ato administrativo é importante, pois irá comprovar os reais motivos que ensejaram a decisão administrativa, porque:

demonstrará ter levado em conta todos os fatores, inclusive as razões dos interessados possivelmente prejudicados, além de apontar o seu embasamento jurídico, o que possibilita, dessa forma, mais uma vez, o controle e a fiscalização dos atos administrativos⁴⁴⁴.

Por fim, devemos ainda ressaltar que as conseqüências do vício de motivação poderão ir além da eventual invalidade, acarretando ainda a responsabilidade do administrador.

Algumas vezes, a ausência de motivação ocorre por déficits plenamente aceitáveis, que configuram uma ausência de habilidade ou o mesmo agir de boa-fé do administrador⁴⁴⁵. Dessa forma, uma motivação obscura, por exemplo, pode decorrer do mau uso de expressões de determinado agente público.

⁴⁴⁴ CUNHA, Elke Mendes, *O princípio da motivação e a Lei 9784/99*, p.54.

⁴⁴⁵ Jesús Gonzalez Perez (*El principio general de la buena fé en e derecho administrativo*, p.60) ressalta que a aplicação do princípio da boa-fé “comportará la confianza de la Administración en que el administrado que com ella se relaciona va adoptar um comportamiento leal em la fase de constitución de las relaciones, em el ejercicio de sus derechos y em el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados”.

Todavia, esse mesmo agente público poderá utilizar expressões vagas para dificultar o entendimento do ato administrativo expedido, vindo a causar prejuízo ao erário.

Nesse caso, quando restar comprovada que a ausência ou irregularidade da motivação possui como real pano de fundo uma evasão para proteger atos de improbidade praticados pelos agentes públicos, além da invalidação do ato, também haverá a promoção da responsabilidade do administrador.

Como advertido por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴⁴⁶, é tênue a linha que separa a Probidade da Moralidade. Ressalta a autora que:

quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

A lei n.º 8429/93 que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, prevê em seu artigo 9º os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, em seu artigo 10 os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e no artigo 11 aqueles atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nesses casos, devidamente previstos na lei específica, além da invalidade do ato administrativo que apresente vício de motivação, o agente público também estará sujeito as penas impostas pelo artigo 12 da lei n.º 8429/92.

⁴⁴⁶ *Direito Administrativo*, p. 765

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, que teve por objeto o estudo da motivação dos atos administrativos e as conseqüências legais de sua inobservância, procurar-se-á sintetizar as principais idéias abordadas e conclusões colhidas ao longo do exame da temática proposta.

1. A motivação dos atos administrativos possui especial relevo para o efetivo e pleno exercício do Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º de nossa Constituição Federal, pois assegura ao cidadão o conhecimento de todas as razões do agir Administrativo.

2. Um agente estatal, ao emitir um ato administrativo devidamente motivado ou não, estará no exercício direto de uma função administrativa, devendo a mesma ser entendida como a atividade obrigatória e subordinada do Estado, ou de quem lhe faça às vezes, no exato cumprimento das finalidades prescritas no ordenamento jurídico, mediante atos jurídicos ou materiais complementares à lei ou a preceitos constitucionais, submetidos ao controle pelo Poder Judiciário.

3. Não obstante a discrepância doutrinária acerca da sistematização do ato administrativo, pode-se estudar o ato administrativo por meio de seus elementos e pressupostos. De acordo com a classificação adotada, elementos do ato administrativo são aquelas realidades intrínsecas do ato, componentes dele, quais sejam: conteúdo e forma. Sem esses elementos, o ato simplesmente não existirá. Por outro lado, os pressupostos do ato podem ser divididos em pressupostos de existência (objeto e pertinência do ato) e pressupostos de validade (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa, formalização).

4. Dentre os pressupostos de validade, destacam-se o motivo e a formalização.

5. Motivo é o pressuposto de fato, ou seja, o acontecimento que autoriza ou exige a prática do ato. É, portanto, externo e anterior ao ato, ocorrendo no mundo empírico, razão pela qual não integra o ato e não é elemento seu.

6. A forma não deve ser confundida com a formalização. Aquela significa o revestimento externo do ato, sua exteriorização. Já a formalização representa determinada solenização requerida.

7. O ato administrativo deve ainda ser analisado sob a ótica da perfeição, validade e eficácia. Perfeito é o ato administrativo que concluiu todas as etapas de formação do ato, cumprindo os requisitos de existência suficientes para ingressar no ordenamento jurídico. Ato válido é aquele expedido em observância a todas as exigências do ordenamento jurídico, não contendo qualquer espécie de vício. O ato é eficaz quando se encontra apto à produção dos efeitos que lhe são próprios, quando nada impede a produção de seus efeitos.

8. Uma vez cumprido o ato administrativo, os planos de perfeição, a validade e a eficácia, o ato poderá adquirir seus atributos, quais sejam: imperatividade, exigibilidade, executoriedade e presunção de legitimidade.

9. Em relação aos atos de competência vinculada e aos de competência discricionária, podemos distinguir aqueles como a única conduta possível do Administrador, perante a existência de situação de fato previamente determinada em lei. Por sua vez, o ato administrativo será de competência discricionária quando a própria lei possibilita ao Administrador eleger, dentre as várias soluções possíveis, a melhor para a solução do caso concreto.

10. Enfatizamos que a motivação representa a moldura da liberdade existente na discricionariedade do administrador, uma vez que irá tornar possível o conhecimento das razões que levaram o agente administrativo a

optar por essa ou aquela decisão, bem como o controle dos próprios atos administrativos, representando genuína garantia dos cidadãos

11. Nessa esteira, tem-se que a administração possui um dever-poder de atuação pautado no interesse público e na finalidade legal.

12. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ou não propiciar a discricionariedade. Tais conceitos são portadores de algum conteúdo, inserido-se a discricionariedade justamente entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa.

13. A motivação não se confunde com o motivo, incumbindo àquela a exteriorização deste. O motivo do ato também não pode ser confundido com motivo legal, que é o pressuposto descrito na norma. O motivo do ato representa a constatação de um fato do mundo fenomênico que irá possibilitar a prática do ato.

14. Móvel do agente é a intenção do agente, o conjunto de fatores psíquicos que contribui para o agir do agente administrativo.

15. A motivação – também podendo ser entendida como fundamentação ou justificação – representa o externar dos pressupostos de fato (motivo) e de direito (motivo legal) autorizadores da prática de determinado ato administrativo, além de expressar todos os seus aspectos gerais inerentes.

16. Alguns doutrinadores tentam conceituar a motivação em sentido estrito enquanto que outros a conceituam em sentido amplo. A posição doutrinária que concebe a motivação em sentido amplo nos parece a mais acertada, uma vez que a motivação consiste na explícita justificação de todos os elementos e pressupostos que traduzem a decisão emanada pela Administração Pública.

17. 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.

18. Com o devido respeito aos doutrinadores, opta-se em considerar a motivação como formalização do ato administrativo, afinal, apesar da formulação da motivação ocorrer antes da expedição do ato, ela somente é exteriorizada junto com aquele ato.

19. Os requisitos da motivação são: suficiência, clareza, congruência e explicitiez.

20. A motivação pode ser considerada suficiente quando legitimar a prática do ato administrativo abarcando todos os requisitos necessários e convenientes para sua validade.

21. Motivação clara significa aquela que expõe de maneira inteligível, sem artifícios ocultos ou que se prestem a diferentes interpretações os motivos do ato praticado.

22. Motivação congruente é aquela que demonstra a pertinência lógica entre os motivos indicados e o ato praticado. Caso tal demonstração não seja possível, estaria estabelecida verdadeira contradição entre aqueles, gerando incertezas e insegurança e afetando a própria validade do ato.

23. Explícita é a motivação que ocorre com precisão e rigor, não tendo contornos restritivos ou reservas de qualquer espécie.

24. Entende-se ainda que o momento da motivação do ato administrativo também pode ser considerado requisito. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato, coibindo, assim, que o

Administrador somente aponte as razões da fundamentação após a prática do ato.

25. A Teoria dos Motivos Determinantes preconiza que os motivos que influenciaram o agir do agente Administrativo irão determinar a validade do ato administrativo. Se a Administração enuncia os motivos dos atos, estes imediatamente passam a integrar a validade do ato, mesmo quando não haja qualquer lei que expressamente imponha essa exposição.

26. O dever de motivar é regra geral, aplicada a todos os atos indistintamente, fim a ser sempre perseguido pela Administração Pública.

27. Motivação contextual é aquela que está inserida no mesmo documento do ato motivado. Inversamente, a Motivação aliunde é aquela que ocorre em documento diverso do ato motivado, não devendo ser confundida com dispensa de motivação nem com motivação sucessiva.

28. A Constituição Federal de 1988 não incluiu expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública relacionados no art. 37, contudo o dever de motivação dos atos administrativos encontram previsão legal em outros dispositivos constitucionais como, por exemplo, na idéia de República, Estado Democrático de Direito, cidadania, artigo 5º, XXXV, LV, art. 93 X e IX da Constituição Federal.

29. A motivação dos atos administrativos encontra interação ainda com os princípios da legalidade, razoabilidade, publicidade, moralidade e no próprio princípio da motivação.

30. A Lei Federal 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito Federal, deu nova roupagem para o dever de motivação e, por via de consequência, no regime de invalidação, ao contemplar, em seu capítulo XII, as circunstâncias em que a motivação faz-se necessária, com a devida indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, nos atos administrativos que

neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

31. A referida lei em seu artigo 50, §1º, §2º, §3º admitiu ainda a remissão da motivação para outras decisões quando em seu § 1º dispôs 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, nesse caso, serão parte integrante do ato. Previu ainda que na solução de vários assuntos da mesma natureza seja utilizado meio mecânico, que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique o direito ou a garantia dos interessados (§2º). Por fim, estabeleceu em seu § 3º que a motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

32. A convalidação significa novo ato reproduzido pela própria Administração Pública, sem vícios de qualquer natureza, a fim de preservar e validar os efeitos a partir da convalidação.

33. A invalidação dos atos viciados seria a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, em virtude de terem sido produzidos em desconformidade com a legalidade existente.

34. A ausência de motivo que dê ensejo ao ato administrativo será determinante para sua invalidação, haja vista que a inocorrência de fato do mundo empírico por si só não autoriza a produção de qualquer ato administrativo.

35. Podemos distinguir como vícios de motivação: a) ausência de motivação; b) quando a motivação deixou de observar qualquer um de seus requisitos: suficiência, clareza e congruência; c) quando a motivação ocorre após a edição do ato.

36. A invalidação dos atos administrativos que contenha vício de motivação não reflete a real função Administrativa, isso porque o referido ato poderá ter gerado efeitos na esfera do administrado e fulminá-lo por inválido não seria a melhor solução.

37. De fato, em certas situações, a preservação dos efeitos ou a convalidação do ato administrativo que apresente vício de motivação irá condizer com a verdadeira supremacia do interesse público.

38. A lei 9784/99 previu em seu artigo 55 a possibilidade de convalidação pela própria Administração daqueles atos que apresentarem defeitos sanáveis, impondo duas condições: a inexistência de lesão ao interesse público e a inexistência de prejuízos a terceiros.

39. A convalidação somente será considerada válida se restar comprovado que o motivo que deu ensejo ao ato administrativo pré-existia. E mais, não pode restar configurada: a impugnação do interessado; a incidência de lesão a interesse público, nem prejuízos a terceiros (barreiras à convalidação).

40. As consequências do vício de motivação poderão ir além da eventual invalidade, acarretando ainda a responsabilidade do administrador.

Espera-se que o agir administrativo, seja por meio de seus atos, decisões ou até mesmo de singelo comportamento, seja sempre emoldurado de maneira automática pela motivação, visto que nada mais será do que ápice do Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. t.I. Barcelona: Bosch, 1970.
- . *Principi di diritto amministrativo*. 3ª. ed. v. I. Milano: Giuffrè, 1974.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978.
- . *Conceito e elementos do ato administrativo*. Revista de Direito Público n.32. São Paulo, p. 36-42.
- . *Validade e invalidade do ato administrativo*. Revista Diálogo Jurídico n.8. Salvador, www.direitopublico.com.br. Acesso em 06/07/2007.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ªed., 3ªtiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- . *O concurso público e o processo administrativo*. In: MOTTA, Fabrício. *Concurso público e constituição*. 1ªed., 2ªtiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Anulação de ato administrativo: devido processo legal e motivação*. Revista Trimestral de Direito Público n. 45, São Paulo, p.20-30.

- _____. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista Trimestral de Direito Público n.15, São Paulo, 1993.
- _____. *Controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Público n. 65, São Paulo, 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 v.31, São Paulo, 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*. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª. ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Legalidade-discricionariedade – seus limites e controle*. Revista de Direito Público n.86, São Paulo, p. 42-59, abr./jun., 1988.
- _____. *Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo*. Revista de Direito Público n.90, São Paulo, p. 57-60, abr./jun., 1989.
- _____. *“Poder” discricionário*. Revista de Direito Público n. 76, São Paulo, p. 99-109.out./dez., 1985.
- _____. *Relatividade da competência discricionária*. Revista Trimestral de Direito Publico n.25, São Paulo, p.13-19, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *A personalidade do Estado*. Revista de Direito Público n. 7, São Paulo, p. 21-34, jan./mar., 1969.

BARNES VASQUEZ, Javier. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BENOIT, Francis – Paul. *Lê droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma defesa das Regras do Jogo*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria do estado*. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. In *Estudos de direito administrativo em homenagem ao prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. CUNHA, Tatiana Mendes (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1996.

CAMMAROSANO, Márcio. *Decaimento e extinção dos atos administrativos*. Revista de Direito Público n.53-54, p. 161-172, jan./jun., 1980.

_____. *O Princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Taiane Lobato de. *Princípios constitucionais estruturantes da administração pública*. Revista de Direito Constitucional e internacional n. 60., São Paulo, p. 259-280, jul./set., 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Processo Administrativo Federal*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª. ed. T.II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

_____. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.].

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Directo Constitucional Tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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.

COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei n.º9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado n. 2, Salvador, abr., maio./jun., 1995, www.direitodoestado.com.br. Acesso em 07/05/2007.

CRETELLA JUNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Curso de direito administrativo*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense

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.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ªed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

———. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

———. *Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista*. Revista Trimestral de Direito Público n.13, São Paulo, p. 74-82, 1996.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Bibliográficas Editores Libreros, 1965.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9ª. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FERNANDO PABLO, Marcos M. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A relação meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo*. Revista de Direito Público n.61, São Paulo, p. 27-33, jan./mar., 1982.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

———. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. *Devido processo legal e fundamentação das decisões*. Revista de Direito Tributário n.63, São Paulo, p. 211-216, 1994.

———. *Estado de direito e devido processo legal*. Revista de Direito Administrativo n. 209, Rio de Janeiro, p. 7-18, jul./set.1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

———. *Probidade Administrativa*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORINI, Bartolomé. *Derecho administrativo*. 2ª. ed. t.I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

———. *La discrecionalidad en la administración pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952.

FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*. Napoli: Eugenio Jovene, 1964.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

———. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª. 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, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. 12ª. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. I.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. 2^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2^a. ed. Madrid: Civitas, 1983.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. 3. Parte general. 6^a. ed Buenos Aires: FDA, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Devido processo legal e o procedimento administrativo*. Boletim de Direito Administrativo, v. 15, n. 1, São Paulo, p. 25-36, jan. 1999.

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.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUTCHINSON, Tomás. *La actividad administrativa, la maquina y el derecho administrativo*. Revista de Direito Público n. 55-56. São Paulo, p. 37-45, jul./dez, 1980

JUSO, Raffaele. *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1963.

LAUBADÈRE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*. t. I. Paris: R. Pichon. 1970.

LEITE, Fábio Barbalho. *Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal dos atos administrativos supostamente viciados*. Revista de Direito Administrativo n. 231. Rio de Janeiro, p. 93-115, jan./mar., 2003.

LIMA, Ruy Cirne. *A relação jurídica no direito administrativo*. Revista de Direito Público n. 85, p. 26-42, jan./mar., 1988.

_____. *Princípios de Direito Administrativo*. 5ªed. São Paulo: RT, 1982.

MACHADO, Hugo de Brito. *Motivação dos atos administrativos e o interesse público*. Interesse Público n.3, Rio Grande do Sul, p. 9-25, 1999.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAYER, Otto. *Droit administratif allemand*. T.I. Paris: V. Giard & Brière, 1903.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 1990.

MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v.1, www.direitopublico.com.br, acesso em 14/09/2007.

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 n.8, Porto Alegre, p. 44-52, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

———. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVELLI, Flávio Bauer. *A Eficácia do ato administrativo*. Revista de Direito Administrativo n. 60, Rio de Janeiro, p. 16-26, abr./jun., 1960.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O pressuposto lógico do ato administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público n.19, São Paulo, p. 81-102, 1997.

———. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

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.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 10ª. ed. V.1. Madrid: Marcial Pons, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Wando. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. <http://www.clad.org.ve/fulltext/0030101.html>. acesso em 11/11/2007

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*. 3ª. ed. V1. Messina: Giuseppe Principato, 1931.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo n.6, Rio de Janeiro, 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 v.15, n.62, São Paulo, p. 5-20, abr./jun. 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público n.25, São Paulo, p.43-55, 1999.

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.

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*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Junia Verna Ferreira de. *Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado*. Revista de Direito Público n.81, São Paulo, p. 151-163, jan./mar., 1987.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito positivo*. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

_____. *O ato administrativo e seus requisitos procedimentais*. Revista Trimestral de Direito Público n. 18. São Paulo, p. 210-232, 1997.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Athènes, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do processo administrativo*. Revista de Direito Público, n.84, São Paulo, p. 64-80, out./dez. 1987.

_____. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4ª. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

- . *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. Revista de Direito Público n. 75, São Paulo, 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)*. 1ªed., 2ªtiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 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, Rio de Janeiro, p. 351-358, out./dez. 1954.
- . *O abuso do poder administrativo no Brasil conceitos e remédios*. Revista de Direito Administrativo n. 56, Rio de Janeiro, p. 1-26, abr./jun., 1959.
- . *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Revista Brasileira de Direito Público n.1, Belo Horizonte, p. 29-42, abr./jun. 2003.
- . *Temas de direito público: estudos e pareceres*. V I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- VAZQUEZ, Javier Barnes. *El procedimiento administrativo em el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- 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*. Reimpressão. Almedina: Coimbra, 2003.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1972

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação do ato administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público n. 2, São Paulo, 1993.