

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

**O DEVER DE MOTIVAR OS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO  
PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti

Dissertação apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, para concorrer ao Título de Mestre, pelo curso de Pós – Graduação em Direito. Área de concentração: Dogmática Jurídica em Direito Público. Linha de pesquisa: Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos

**Recife**

**2004**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

**O DEVER DE MOTIVAR OS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO  
PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti

Dissertação apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, para concorrer ao Título de Mestre, pelo curso de Pós – Graduação em Direito. Área de concentração: Dogmática Jurídica em Direito Público. Linha de pesquisa: Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

**Recife**

**2004**

Data da Defesa: 06 / 05 / 2004

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. ANA LUISA CELINO COUTINHO

Julgamento:

Aprovada com distinção \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM

Julgamento:

Aprovada com distinção \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Julgamento:

Aprovada com distinção \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

A Roberto, companheiro de todos os momentos.

A Sofia e Tiago, meus queridos filhos, que a cada dia renovam a minha esperança de um mundo melhor.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, princípio e fim, que sempre guia os meus passos, fortalecendo-me nos momentos de maior tribulação.

Aos meus pais Orivaldo e Giza, pelo exemplo de que na vida temos que ser perseverantes, manter a ética e sobretudo amar ao próximo. A eles, devo a minha formação e a certeza de que como sempre diz minha mãe, na educação dos nossos filhos “as palavras convencem, mas o exemplo arrasta”.

Ao meu irmão Danilo, à minha cunhada Sandra e aos meus sobrinhos Gabriel e Letícia pela alegria da nossa convivência.

Ao meu orientador, Professor Francisco Queiroz, que apesar da pouca disponibilidade de tempo, revelou-se um verdadeiro amigo sempre com uma palavra de incentivo e com valiosos ensinamentos jurídicos.

À minha amiga-irmã Mônica Regina, as minhas tias Lena e Teca, que tiveram a paciência de ouvir as minhas angústias e incertezas durante o período de elaboração desse trabalho.

A Luciana Brayner, pela inestimável colaboração nas pesquisas bibliográficas.

Ao meu primo Geraldo Antônio pelo auxílio na elaboração do *abstract*.

A José Mariano, pela ajuda na impressão da presente dissertação.

A Josina Sá Leitão, servidora pública das mais dedicadas que conheço, pela sua amizade e disponibilidade em ajudar a todos os alunos da pós-graduação.

“Combati o bom combate, terminei a minha corrida, conservei a fé.”

(2 Tm, cap. 4, v. 7).

“Percebo que não há nada melhor para o homem do que alegrar-se com suas obras, porque essa é a porção que lhe cabe. De fato, ninguém lhe fará ver o que acontecerá depois dele”.

(Ecl, cap. 3, v. 22)

## SUMÁRIO

Introdução.....	11
1. Motivação dos atos administrativos.....	16
1.1. Distinção entre motivo e motivação dos atos administrativos.....	16
1.2. Motivação material e motivação formal dos atos administrativos.....	22
1.3. Obrigatoriedade de motivação de todos os atos administrativos.....	28
1.4. Vício decorrente da ausência de motivação e suas conseqüências.....	33
2. A teoria do discurso e a motivação racional dos atos administrativos.....	39
2. 1. A motivação como discurso jurídico.....	39
2. 2. A motivação racional sob a perspectiva habermesiana.....	46
2.3. As regras de discussão racional propostas por Alexy e sua utilização na motivação dos atos.....	52
2.4. A teoria de Aarnio do racional como razoável como base para uma motivação racional dos atos administrativos.....	57
2.5. Para se chegar a um ato administrativo racionalmente motivado.....	62
3. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos face à Constituição Federal de 1988 .....	66
3.1. A constitucionalização da Administração Pública.....	66
3.2. A motivação dos atos administrativos como princípio jurídico constitucionalmente implícito .....	70
3.2.1. A identificação de um princípio constitucional implícito.....	70

3.2.2. O princípio da motivação como decorrência do Estado Democrático de Direito.....	76
3.3. A motivação como instrumento para verificar a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública contidos no art. 37 da Constituição Federal.....	85
4. A importância da motivação no processo administrativo.....	95
4.1. O exercício da atividade administrativa pela via processual como forma de legitimar as decisões da Administração Pública e assegurar a participação dos administrados.....	95
4.2. A concretização do devido processo legal com a motivação dos atos administrativos: possibilidade de ampla defesa e do contraditório.....	104
4.3. O processo administrativo no direito comparado e a motivação dos atos administrativos enquanto previsão legal.....	112
4.4. A Lei Federal n ° 9.784/99 que regula o processo administrativo e a exigência de motivação para os atos elencados no seu art. 50: rol meramente exemplificativo.....	116
5. Motivação e controle dos atos administrativos.....	121
5.1. O controle dos atos administrativos como forma de assegurar a boa administração da coisa pública.....	122
5.2. A motivação dos atos administrativos como instrumento facilitador do seu controle.....	125

5.3. O papel da motivação no controle judicial dos atos administrativos discricionários.....	126
Conclusões.....	141
Referências Bibliográficas.....	144

## RESUMO

A presente dissertação tem por escopo estudar a motivação do ato administrativo enquanto princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Motivo e motivação dos atos administrativos não se confundem. A motivação pode ser material ou formal. Interessa-nos a motivação formal que deve ser clara, suficiente e congruente. Como a motivação é obrigatória para todos os atos administrativos, a sua ausência ou inadequação poderá causar a nulidade do ato administrativo. Ao motivar um ato administrativo a Administração elabora um discurso jurídico considerado racional quando razoável, na perspectiva de Aarnio, com a influência dos ensinamentos de Habermas e Alexy. Contemporaneamente, a Constituição tem sido uma das principais fontes do Direito Administrativo ao expressar princípios e valores que norteiam a atividade administrativa em consequência do processo de constitucionalização da Administração Pública. O dever de motivar, encontra-se implícito na Carta Magna e decorre do princípio do Estado Democrático de Direito insculpido no art. 1º da Constituição Federal. Com a motivação é possível verificar se os demais princípios que regem a Administração Pública estão sendo observados. A obediência ao princípio da motivação no processo administrativo concretiza a cláusula do devido processo legal ao viabilizar a ampla defesa e o contraditório. Como a motivação é um princípio constitucional, o rol constante na Lei Federal nº 9.784/99 é meramente exemplificativo. A motivação também desempenha importante papel no controle dos atos administrativos ao possibilitar que o órgão controlador tenha acesso aos motivos de fato e de direito que levaram à edição do ato administrativo, para então verificar a sua adequação ao ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Motivação - ato administrativo – discurso jurídico- princípio constitucional implícito – processo administrativo – controle.

## ABSTRACT

This dissertation has the scope to study the motivation of the administrative act as an implicit principle of the Federal Constitution of 1988. Motive and motivation of the administrative act should not be misunderstood, once motivation can be material or formal; our interest however is the formal motivation, which must be enough clear and congruent. Due to the obligation of the motivation for all administrative acts, its absence or its inadequation can cause invalidity to such administrative acts. When administration motivates one of the administrative acts it creates a legal discourse which is considered rational if reasonable, according to Aarnio under the influence of the doctrine of Habermas and Alexy. Contemporary federal constitution has been one of the main sources of administrative law when expressing principles and values which orientate the administrative activity as a consequence of the constitutionalization process into the public administration. The duty to motivate can be implicitly found in the Federal Constitution and it results from the bases of the democratic national state of right established in the Federal Constitution, Art. 1°. Through motivation it is possible to verify if remaining principles which govern public administration are being observed. The submission to the principle of the motivation in the administrative process makes concrete the rule of due process of law in order to make possible a wide defense as well as the contradictory. Once the motivation is a constitutional principle the list contained in the federal act n° 9.784/99 is merely exemplification. Motivation also has an important role in the control of administrative acts when it makes possible that the controlling institution have access to the legal and factual motives which have justified the issue of the administrative acts, in order to verify its adequation to the legal order.

Key-words: motivation – administrative act– legal discourse – implicit constitutional principle – administrative process – control.

## **Introdução**

O Direito Administrativo no século XIX apresenta como um dos seus elementos fundamentais o ato administrativo. O agente administrativo, em decorrência de preceitos que passaram a regular a sua atuação, tinha que respeitar o direito dos particulares, bem como obedecer ao disposto em lei, evitando o arbítrio da Administração e pautando a atividade administrativa no princípio da legalidade. Tal fato representou um grande avanço para os moldes do Estado Absoluto existente na época e para Teoria dos Atos Administrativos. A partir do século XX, a processualidade passou a ser o foco do Direito Administrativo, ficando mais evidente a necessidade de garantir a defesa dos administrados mediante a realização do processo para se chegar à decisão final.

Mesmo com a impossibilidade de atitudes com características absolutistas, ainda hoje se verifica na prática, que a Administração Pública tem uma enorme resistência em motivar os seus atos, em deixar transparecer as razões de fato e de direito que levaram à prática do ato e, quando o fazem, muitas vezes não observa os requisitos de clareza, congruência e suficiência na sua exposição. São muito comuns, na atividade administrativa, decisões que, por exemplo, mencionam apenas “indefiro o pleito por não atender os requisitos legais”, sem sequer fazer menção a quais seriam esses requisitos.

O administrado tem o direito de ter acesso aos motivos que ensejaram a prática do ato, não só porque a motivação é uma obrigação constitucional e conseqüentemente dever da Administração Pública, mas também porque é por meio dela que será possível considerar a decisão como racional, gerando a sua aceitabilidade pelos interessados e também pela opinião pública; verificar se na sua atuação a Administração Pública observou as regras e princípios contidos no ordenamento jurídico; concretizar o devido processo legal na medida em que facilita o contraditório e a ampla defesa e, nos casos de irregularidade possibilitar o controle

pela própria Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Como se vê, a motivação do ato administrativo tem uma função instrumental.

O assunto sempre foi polêmico no âmbito do Direito Administrativo, pois a doutrina não apresentava uniformidade e se dividia nas seguintes opiniões: a) é obrigatória a motivação apenas quando a lei a imponha; b) é sempre obrigatória a motivação e c) depende da natureza do ato (discricionário ou vinculado), quer a lei a tenha exigido ou não.

A doutrina brasileira tem se inclinado no sentido de que todos os atos administrativos devem ser motivados e que a motivação se inclui entre os princípios norteadores da atividade administrativa. No entanto, nos manuais não há tratamento aprofundado sobre a matéria<sup>1</sup>, o fundamento normalmente é o art. 93, X da Constituição Federal que trata de decisões administrativas do Poder Judiciário<sup>2</sup>, o que nos parece frágil. Consoante restará demonstrado, a bibliografia exclusivamente acerca do tema é escassa<sup>3</sup>, bem como existem poucas teses e dissertações sobre o assunto proposto<sup>4</sup>.

A ausência de motivação, ou a motivação inadequada, é muito comum nos processos administrativos, mesmo naqueles em que a legislação infraconstitucional exige a motivação, como é o caso dos processos licitatórios, em especial quando se trata de habilitação de licitantes, o que leva boa parte das licitações a serem questionadas judicialmente pela via do mandado de segurança. A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e

---

<sup>1</sup> Isso ocorre até mesmo nos melhores manuais, como por exemplo, no de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 204).

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.51. No mesmo sentido: FREITAS, Juarez Freitas. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 140-141. Em sentido contrário Celso Antônio indica como fundamento do dever de motivar o art. 1º, II e art. 5º, XXXV da Constituição Federal (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 83).

<sup>3</sup> Encontramos no Brasil as obras de Florivaldo Dutra de Araújo (*Motivação e Controle do Ato Administrativo* (Belo Horizonte: Del Rey, 1992) e de Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979), essa última anterior a nossa atual Constituição Federal.

<sup>4</sup> Em pesquisa no site da capes ([www.capes.gov.br](http://www.capes.gov.br)), aonde encontramos a relação de teses e dissertações de universidades brasileiras. Verificamos que, de 1987 a 2002, existem cadastradas duas dissertações de mestrado com essa temática, como o título “Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados”, de Karina Houat Harb e “O dever de motivação expressa do ato administrativo discricionário”, de Larissa Solek Teixeira.

Contratos), dá significativa importância à motivação, ao exigir de forma reiterada que as decisões sejam acompanhadas de exposição de motivos que as justifiquem, como por exemplo os arts. 5º, *caput*, 8º, parágrafo único, 17, *caput*, 20, *caput*, 22, § 7º, 26 *caput* e parágrafo único, 31, § 5º, 38, IX, 44, § 1º, 46, § 3º, 49, *caput*, 51, § 3º, 57, § 1º e 2º, 73, I, a e b e § 1º, 78, parágrafo único e 79, § 1º. As comissões de licitações, muitas vezes não observam nem os próprios dispositivos expressos na lei que regula o procedimento licitatório, muito menos o princípio da motivação implícito na Constituição Federal, podendo levar o Judiciário a anular os atos praticados <sup>5</sup>.

O princípio da motivação não se encontra explícito na Carta Magna, mas deve ser observado pela Administração Pública em todas as esferas sem ser necessária a edição de lei para fazer valer o princípio. Por essa razão, o rol constante no art. 50 da Lei Federal nº 9.784/99 deve ser considerado tão somente exemplificativo e mesmo para as demais esferas da Administração Pública que não possuem legislação similar à federal existe a obrigatoriedade de enunciar os motivos de fato e de direito que levaram à prática do ato.

Essa dissertação tem por objeto o estudo da motivação dos atos administrativos e pretende demonstrar que a motivação é um princípio instrumental implícito na Constituição Federal, aplicável à atuação administrativa e por consequência obrigatória para todos os atos praticados pela Administração Pública nessa qualidade, independentemente de previsão legal, caracterizando-se como um dever da Administração Pública e um direito dos administrados, podendo sua inobservância levar à invalidade do ato administrativo.

---

<sup>5</sup> “Não é esse, entretanto, o entendimento que tem prevalecido no Direito Brasileiro, onde a ausência de motivação é tida em certas situações, como algo irrelevante. É o que ocorre, por exemplo, com o processo expropriatório. Dificilmente haverá ato mais violento da Administração Pública do que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. Tudo que é suscetível de apropriação é desapropriável. No universo infinito de bens existentes no território nacional, num determinado momento, a Administração Pública opta por apropriar-se de um deles – escolha, essa que normalmente é feita sem qualquer motivação. Pode-se mesmo conjecturar que, possivelmente essa dicotomia a respeito da motivação (de um lado sua efetiva importância; de outro lado, a pouca consideração que tem merecido) tenha sido a razão pela qual a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784, de 29.1.1999) dedicou um específico capítulo para a disciplina desse assunto.” (FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 60).

O estudo da motivação como princípio do Direito Administrativo implícito na Constituição Federal e a sua obrigatoriedade para todos os atos administrativos configurando dever da Administração Pública e direito dos administrados, pressupõe uma base conceitual que irá exigir estudos no âmbito da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Em razão da escolha do tema, nossa metodologia de investigação reduzir-se-á à pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No tocante à forma, optamos pela utilização de aspas para citar *ipsis literis*, negrito para os títulos, do formato em *itálico* para palavras estrangeiras, títulos de obras referidas no texto e referências a termos específicos. Nas notas de rodapé, utilizaremos o sistema completo.

Para a perfeita compreensão do que vem a ser motivação na esfera do Direito Administrativos, inicialmente, far-se-á a distinção entre motivo e motivação dos atos administrativos, bem como entre motivação material e formal, que deve ser clara, congruente e suficiente.

Em seguida, analisaremos a motivação à luz da teoria do discurso a fim de demonstrar que ela configura um discurso jurídico no qual o administrador demonstra tanto a correção jurídica da decisão como a sua racionalidade, ou seja, a motivação traduz um discurso racional que busca a aceitabilidade dos administrados e, para entender essa racionalidade que deve permear a motivação, utilizaremos os ensinamentos de Jürgen Habermas, Robert Alexy e Aulis Aarnio.

Em seguida, distinguiremos regras e princípios com o auxílio das teorias de Robert Alexy e de Ronald Dworkin a fim de esclarecer como podemos encontrar um princípio implícito na Constituição Federal, para só então verificarmos que, do princípio do Estado Democrático de Direito, esculpido no art. 1º da nossa Magna Carta, decorre o dever de

motivar os atos administrativos, especialmente em razão da democracia administrativa. Mas, a obrigatoriedade de motivação do ato administrativo é um princípio instrumental que serve à verificação da observância dos demais princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa.

Considerando que a legislação infraconstitucional, especificamente a lei que regula o processo administrativo federal (Lei 9.784/99), menciona expressamente a motivação dos atos no seu artigo 50, será estudada a necessidade do devido processo legal e da motivação como meio de viabilizar o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, bem como a imposição da motivação não apenas para os atos elencados no mencionado artigo, mas para todo e qualquer ato administrativo.

E por fim, também será objeto do presente estudo a relevância da motivação no exercício do controle dos atos administrativos, seja pela própria Administração Pública, seja pelo Judiciário, especialmente quando o ato controlado é discricionário.

## 1. Motivação dos atos administrativos

### 1.1. Distinção entre motivo e motivação dos atos administrativos

Com o mesmo sentido de motivação<sup>6</sup>, pode ocorrer a utilização do termo fundamentação do ato administrativo. Os que optam por essa terminologia justificam que esta teria uma maior amplitude, pois englobaria os motivos propriamente ditos (realidade empírica) e os fundamentos jurídicos para a prática do ato, enquanto o termo motivação reduziria o objeto que designa, gerando confusão entre os motivos do ato e a sua exposição. Porém, não se deve confundir motivo com a motivação dos atos administrativos.

O motivo é a situação real empírica que foi levada em consideração para a concretização do ato administrativo (requisito do ato administrativo).

Tratando da distinção entre motivo e motivação Florivaldo Dutra de Araújo faz a seguinte colocação:

Em geral, usa-se o termo motivação apartado da idéia de motivo (no sentido de pressuposto fático que embasa a produção do ato, também chamado causa). Ou seja, o termo motivação é usado para designar não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade, oportunidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre motivo deste e seu conteúdo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Adotaremos na presente dissertação o termo motivação, já consagrado na doutrina brasileira. No entanto, é importante frisar que autores portugueses como José Carlos Vieira de Andrade (*O Dever de Fundamentação Expressa dos atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992), Marcelo Caetano (*Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v.1), José Osvaldo Gomes (*Fundamentação do Acto Administrativo*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981) utilizam a nomenclatura fundamentação. No Direito Brasileiro, Carlos Ari Sundfeld (*Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118-127, pp. 119, jul/set, 1985) advoga a adoção do termo fundamentação ou justificação argumentando que “a rigor, a expressão motivação é inconveniente, reduzindo o objeto que designa, fornecem noção mais técnica e evitam a confusão entre os motivos do ato e a sua exposição, freqüente sobretudo na jurisprudência. Inobstante, trata-se de terminologia consagrada e seria inútil propor seu abandono”.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 93.

A motivação é a exposição, por parte da autoridade administrativa, das razões que ensejaram a prática do ato, tornando explícitas as circunstâncias de fato (motivo) que, inseridas nas hipóteses normativas, justificam a prática do ato.

O motivo ou causa<sup>8</sup> é a situação de direito ou de fato que precede e provoca a edição do ato administrativo, apresenta-se como requisito do ato administrativo, pode vir previsto, expressamente, na lei ou ser deixado ao critério da autoridade administrativa. A invocação de motivo falso ou inexistente leva à invalidação do ato administrativo, pois o motivo, bem como a finalidade constituem condições intrínsecas da legalidade do ato<sup>9</sup>.

O motivo legal e o motivo de fato, quando da edição do ato administrativo, devem se confundir, pois qualquer motivo que seja invocado para prática do ato deve ser legal e como registra Celso Antônio “ para validade do ato, impende que haja perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito, vale dizer, cumpre que a situação do mundo fático, tomada como base do ato, corresponda com exatidão ao motivo legal”<sup>10</sup>. Interessante também é a posição do autor ao ressaltar que não se pode confundir o motivo de fato com o móvel que significa a intenção interna do agente quando da prática do ato administrativo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Na presente dissertação optamos por tratar motivo e causa como sinônimos. Porém, há autores que distinguem motivo e causa, é o que se observa na obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.1, pp. 438) ao definir as causas do ato como sendo os “ os princípios que influem positivamente na sua formação e são sua razão de existir” e Celso Antônio Bandeira de Mello que citando André Gonçalves Pereira entende que “causa é a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato (motivo) e o conteúdo do ato.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade – Discricionariedade – seus Limites e Controle*. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp. 42-59, pp. 52, abril/junho, 1988).

<sup>9</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (*Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp.163-172, pp. 166, março de 1992), destaca, com muita propriedade, que “não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções inter-relacionadas. É que o esquema legal supõe realizado certo interesse apenas, quando, ocorridas certas circunstâncias, pratica-se um ato que satisfaz um escopo pré-indicado. Ausentes as condições de fato previstas na regra, não terá ocorrido aquilo que a lei qualificou como razão justificadora do ato e, diante disto, obviamente, terá havido desencontro com a finalidade legal.”

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp.163-172, pp. 166, março de 1992.

<sup>11</sup> Essa intenção interna do agente (móvel) nem sempre será passível de controle, a menos que na prática do ato administrativo fique caracterizado o desvio de poder, como por exemplo no ato de remoção de servidor público que tenha sido praticado não em virtude do interesse da Administração, mas por razões políticas, razões pessoais ou razões sancionadoras.

O motivo se apresenta no mundo fático, e tem relevância para o mundo jurídico no momento em que coincide com a hipótese prevista em lei, de forma abstrata<sup>12</sup>, ou seja, o motivo do ato é o antecedente que o provoca e um ato administrativo se integra com tal elemento quando existe prévia e realmente uma situação legal ou de fato, quando essa situação é a legalmente prevista para provocar a atuação administrativa e quando o ato particular que se realiza é aquele que a lei determina.

Existe um princípio racional segundo o qual todo ato deve ter um motivo, a jurisprudência fez desse princípio racional um princípio geral do direito. Em razão disso, o autor do ato ao declarar o motivo deve fazer menção àquele que realmente inspirou sua ação e caso seja invocado um motivo errôneo é como se o ato não tivesse motivo e, portanto faltaria-lhe um dos seus requisitos<sup>13</sup>.

A doutrina brasileira elevou o motivo a requisito do ato administrativo, como forma de evitar condutas arbitrárias dos administradores, pois no momento em que ele ocorre no mundo fático, o administrador deve lançar mão da competência que a norma legal lhe outorga para praticar o ato correspondente, sempre em busca de atender a finalidade também legalmente prevista que em última análise deve ser o interesse público<sup>14</sup>. No momento em que os administrados procedem à verificação dos motivos que levaram à prática do ato administrativo, constatam se houve ou não observância do princípio da legalidade e dos demais princípios que regem a Administração Pública<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 73/74.

<sup>13</sup> LAUBEDERÉ, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, pp. 398-399.

<sup>14</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Conceitos e Elementos do Ato Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47/48, pp. 15-27, pp. 24, jul-dez, 1978.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Motivo no Ato Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 21, pp. 53/65, pp. 54, 1985.

Motivo e motivação não se confundem jamais. A motivação é o instrumento por meio do qual “o motivo ganha expressão, dando sentido de unidade ao ato das causas às conseqüências”<sup>16</sup>.

No exercício do Direito, é essencial a existência dos motivos que levem a uma determinada conduta e esses motivos devem estar previstos em lei, mas caso o motivo ensejador do ato administrativo não esteja claramente evidenciado em lei, cabe ao agente público, utilizando-se da discricionariedade que lhe é legalmente facultada, escolher o motivo que determinou a prática do ato.

Ao ser tratada a discricionariedade, surge um dos aspectos relevantes do ato administrativo, qual seja, o seu mérito que, apesar de não poder ser tido como requisito à formação do ato em si, a sua presença é assinalada quando a Administração Pública tem que valorar, antes de sua prática, as conseqüências, bem como as vantagens do ato<sup>17</sup>. Assim, o mérito administrativo consiste “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”<sup>18</sup>.

Motivo é a situação de fato ou de direito que fundamenta a prática do ato administrativo, ou seja, é a circunstância fática que condiciona e impulsiona a autoridade administrativa a praticar o ato de acordo com o disposto em lei. Por isso, tanto o motivo de fato, quanto o motivo legal devem estar presentes para a prática do ato. Assim, entendemos que o motivo, enquanto requisito do ato administrativo tem que consubstanciar as duas

---

<sup>16</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Motivação dos Atos Administrativos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 270, nº 922/924, pp. 57/60, pp.60, abr/jun, 1980.

<sup>17</sup> “Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões, de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com êste ou aquêle objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários”. (FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 23, pp. 1-16, pp.16, 1951).

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2002, pp. 150/151.

realidades: de fato e de direito. Ao surgir no mundo fático o motivo, o agente deve praticar o correspondente ato administrativo, numa relação de causa e efeito.

No momento em que surge o pressuposto fático para a emanção do ato administrativo, o administrador deve se valer da sua competência outorgada por lei para praticá-lo. A norma jurídica faz a previsão explícita ou implícita, precisa ou imprecisa do motivo, que ao se concretizar dará lugar à edição do ato administrativo <sup>19</sup>.

A motivação dos atos administrativos pode ser definida como sendo a exposição das condições de fato e de direito que ensejaram a prática do ato administrativo, ou seja, por meio da motivação são colocados em evidência os motivos que levaram à prática de determinado ato administrativo e, por essa razão, a obrigatoriedade de motivação tem sido uma tendência nos Estados Democráticos de Direito.

Ao se falar em motivação do ato administrativo, tem que se ter em mente que ela consistirá em:

Uma declaração que reúne todas as (quaisquer) razões que o autor assuma como determinantes da decisão, sejam da decisão, sejam as que expressem uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem explicar o conteúdo escolhido a partir dessa adesão ao fim, manifestando a composição dos interesses considerados para adoptar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso<sup>20</sup>.

Motivar um ato administrativo é demonstrar que a decisão tomada está de acordo com uma regra jurídica autorizativa da mesma. Para se concretizar a motivação, é necessário determinar em quais fatos se baseia, incluindo-os na hipótese normativa, de maneira a ser possível determinar como a norma jurídica impôs a conduta adotada. “Nela se compreende a

---

<sup>19</sup> “*Un fait matériel n’est jamais, au point de vue de la technique juridique, que la condition d’application à un individu d’un statut légal ou la condition d’exercice d’un pouvoir légal. Jamais, un fait, un agissement matériel ne crée une situation juridique quelquone. La situation juridique générale ne peut être créée que par une manifestation de volonté appelée loi ou règlement; la situation juridique individuelle ne peut être créée que par une manifestation unilatérale ou bilatérale de volonté. En d’autres termes, il faut toujours un acte juridique, une manifestation de volonté en exercice d’un pouvoir légal.*” (JÉZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925, pp. 65).

<sup>20</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 22.

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 diretivas encampadas pelo sistema jurídico”<sup>21</sup>.

Em sede administrativa, a motivação do ato traduz as razões de fato e de direito que levaram a sua prática, facilitando a correta interpretação de seu sentido e alcance e deve estar presente em todos os atos administrativos<sup>22</sup>. Assim, um ato administrativo estará legalmente motivado quando se comprova a existência objetiva dos antecedentes previstos em lei e eles são suficientes para provocar o ato realizado<sup>23</sup>.

Além dos atos tácitos, Florivaldo Dutra de Araújo<sup>24</sup> afirma que constituem “temperamentos à regra da motivação obrigatória” os atos de razões secretas e os atos não escritos.

Entendemos que o Direito Brasileiro não contempla essas exceções. Em relação aos atos tácitos, esses surgem como consequência legal do silêncio administrativo e não há previsão na nossa legislação nesse sentido. O mesmo se diga em relação aos atos não escritos, pois mesmo se tratando de atos orais esses devem ser motivados e reduzidos a termo<sup>25</sup>. Quanto aos atos administrativos de razões secretas, esses não são acatados no nosso ordenamento jurídico por força do princípio da publicidade escupido no art. 37 da Constituição Federal, que sofre apenas a exceção prevista no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal no caso de informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

---

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp.163-172, pp. 169, março, 1992.

<sup>22</sup> DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987, pp. 133/134.

<sup>23</sup> FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1955, pp. 180.

<sup>24</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 117-119.

<sup>25</sup> A Lei 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo) no seu art. 50, § 3º determina que “a motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará na respectiva ata ou de termo escrito.”

Por meio da motivação expressa, “o ato aparece por completo sem risco de eventuais dúvidas”, observa-se a veracidade dos motivos invocados e a legitimidade das finalidades perseguidas com a prática do ato, “creditando à Administração lisura no procedimento, exação na prática executória administrativa”<sup>26</sup>.

## **1.2. Motivação formal dos atos administrativos: requisitos e tempestividade**

Para uma melhor delimitação da tese de que a motivação constitui princípio implícito na Constituição Federal e por essa razão de observância obrigatória em todos os atos administrativos, independentemente de previsão legal, faz-se mister a distinção entre a motivação material e a motivação formal dos atos administrativos.

Motivação em sentido material é a existência de pressuposto que autorize ou obrigue o administrador público a realizar o ato. Assim, em sentido substancial, não se poder aceitar que inexista motivação, pois toda declaração de vontade da Administração Pública tem de manter uma relação de interdependência com os motivos que influíram em sua determinação.

Motivação formal pode ser traduzida como sendo a demonstração que o administrador público terá de fazer da existência da motivação material ou substancial, ou seja, é a exposição capaz de demonstrar as razões que levaram à prática do ato, a relação entre os motivos e o conteúdo do ato e que tenha sido praticado por autoridade competente, visando o fim legal<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Motivação dos Atos Administrativos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 270, nº 922/924, pp. 57/60, pp.59, abr/jun de 1980.

<sup>27</sup> “Logo na linguagem comum, ‘fundamentação’ pode ser entendida como uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou então como a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique: no primeiro sentido, privilegia-se o aspecto formal da operação, associando-se à transparência da perspectiva decisória; no segundo, dá-se relevo à idoneidade substancial do acto praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre bases de legitimidade”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 11).

É a motivação formal que será abordada na presente dissertação e em relação a ela é importante serem delimitados os requisitos a serem observados para se ter uma motivação adequada e o momento em que o administrador deve explicitar as razões que o levaram a prática do ato administrativo.

Os requisitos da motivação podem ser divididos em formais e substanciais. Os formais são aqueles previstos em lei, indicando qual deverá ser a forma a ser seguida pelo administrador ao motivar os seus atos<sup>28</sup>. Caso não haja previsão legal nesse sentido, poder-se-á adotar a forma usada nas decisões judiciais: a) relatório; b) fundamentação; c) decisão ou conclusão; d) data e assinatura<sup>29</sup>.

Na parte denominada fundamentação, está o cerne da motivação, ou seja, a exteriorização das razões de fato e de direito que levaram à edição do ato administrativo. Porém, a Administração, ao motivar os seus atos, deve demonstrar todo o caminho percorrido até a decisão final que será consubstanciada no ato administrativo a ser editado. Por essa razão discordamos de José Osvaldo Gomes quanto à possibilidade de omissão do relatório. Entendemos que o relatório deve estar presente mesmo que seja de forma breve para contextualizar o ato praticado. A sua dispensa poderia ocorrer excepcionalmente quando a motivação da prática do ato fizesse menção a outro ato administrativo que lhe serviria de referência ou de base<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> A Lei Federal sobre Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) não faz menção aos requisitos formais apenas diz no art. 50, § 1º que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso serão parte integrante do ato”.

<sup>29</sup> GOMES, José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 113.

<sup>30</sup> Exemplo dessa forma de motivação é o disposto no *caput* do art. 168, da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União), que trata do julgamento de processo disciplinar contra o servidor público federal, ao dispor que “o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário as provas dos atos”, observe-se que o parágrafo único do mesmo artigo ao dispor que “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, **motivadamente**, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade” (grifos nossos), ressalta que no caso do *caput* as razões da punição estão descritas no relatório da comissão e na hipótese do parágrafo único elas deverão ser exteriorizadas pela autoridade julgadora no momento da decisão. Essa forma de motivação é admitida também pelo art. 50, § 1º, da

Quanto aos requisitos substanciais, a doutrina tem indicado que são a clareza, a congruência e a suficiência<sup>31</sup> que devem estar presentes na motivação formal.

A motivação deve se dar de forma clara, possibilitando ao administrado, a quem se destina o ato, compreender o processo lógico e jurídico que levou à decisão tomada pela Administração. Por essa razão, a Administração, ao motivar os seus atos deve evitar a utilização de expressões vagas e genéricas<sup>32</sup>, bem como de linguagem demasiadamente rebuscada que dificulte a compreensão ou gere ambigüidades. Além disso, no momento da motivação, havendo termos que reflitam conceitos jurídicos indeterminados, esses devem ser preenchidos pelo administrador demonstrando que a opção realizada no caso concreto foi a mais adequada.

A motivação é congruente quando, a partir dos motivos alegados, chega-se de forma lógica à decisão adotada, não podendo existir contradição entre a motivação e a decisão. Havendo incongruência está não poderá deixar de influir na validade do ato

---

Lei nº 9.784/99, transcrito na nota de rodapé n. 28 e pela jurisprudência, a exemplo da decisão do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrita:

Acórdão MS 7279 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0129761-9 Fonte DJ DATA:18/06/2001 PG:00111REPDJ DATA:25/06/2001 PG:00098 REPDJ DATA:13/08/2001 PG:00048 JBCC VOL.:00192 PG:00377 Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) **Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. MOTIVAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. Ainda que a Comissão Processante tenha sugerido a aplicação da pena de advertência à impetrante, **a autoridade ministerial coatora, ao demiti-la, encampou o parecer da Consultoria Jurídica, devidamente fundamentado e motivado (art. 168 da Lei nº 8.112/90)** (original sem grifos). Não há que se falar, in casu, de ausência de proporção entre a transgressão e a penalidade aplicada. Ordem denegada. Data da Decisão 09/05/2001 Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Os Srs. Ministros FELIX FISCHER, GILSON DIPP, HAMILTON CARVALHIDO, JORGE SCARTEZZINI, PAULO GALLOTTI, EDSON VIDIGAL e FONTES DE ALENCAR votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. VICENTE LEAL.

<sup>31</sup> Nesse sentido José Osvaldo Gomes (*Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 121); José Carlos Vieira de Andrade (*O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 232); Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp.127/128).

<sup>32</sup> “Assim, o uso de expressões vagas ou demasiado genéricas que servem para tudo – v. g. , melhor serviço, altos fins, imperativo categórico, conveniência geral, interesses do povo, ideais democráticos – não passam de mera fraseologia indiciadora de obscura fundamentação” (José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 121).

administrativo<sup>33</sup>. Portanto, ao ser motivado um ato administrativo, demonstra-se a existência de um discurso racional que justifique a sua prática, tema a ser abordado no próximo capítulo da presente dissertação<sup>34</sup>. A congruência exigida na motivação dos atos administrativos pode se manifestar de três formas: a) entre as premissas de direito entre si; c) entre as premissas de direito e as de fato; e d) entre as premissas de fato e as de direito e o conteúdo do ato<sup>35</sup>.

A verificação da suficiência da motivação deverá ser feita de acordo com o caso concreto. Na prática, equivocadamente, alguns administradores ao motivarem os seus atos confundem suficiência com extensão, porém a motivação pode não ser extensa e ser suficiente e também pode ocorrer o contrário, a motivação ser extensa e não ser suficiente.

A suficiência da motivação pode ser verificada de algumas maneiras. Inicialmente, cumpre esclarecer que, mesmo sucinta, a motivação deve demonstrar o *iter* percorrido pelo administrador para chegar à prática do ato<sup>36</sup>, demonstrando a correlação entre as premissas de fato e de direito que embasaram o ato administrativo e como se chegou à decisão adotada, justificando-a. A motivação para ser suficiente deve ser precisa, portanto devem ser consideradas as peculiaridades, bem como as circunstâncias do caso em análise e não lançar mão de expressões genéricas e vagas<sup>37</sup>, como por exemplo, indefiro o recurso por não preencher os requisitos legais.

---

<sup>33</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1, pp. 480.

<sup>34</sup> “ Note-se que a congruência se refere especialmente à relação entre a fundamentação e o conteúdo do acto, devendo este ser uma conseqüência lógica daquela, e não tanto à coerência dos diversos fundamentos entre si: uma eventual contradição entre os fundamentos invocados implica antes a falta de clareza ou a incompreensibilidade da fundamentação apresentada.” (José Carlos Vieira de Andrade. *O Dever de Fundamentação Expressa dos atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992 , pp. 234).

<sup>35</sup> HARGER, Marcelo. A Motivação do Ato Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*: São Paulo: NDJ, pp. 233/238, pp. 237, abril, 1999.

<sup>36</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.174

<sup>37</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp.128.

Alguns autores acrescentam a exatidão como requisito<sup>38</sup> da motivação, ao defenderem que devem ser demonstradas que as razões de direito ensejadoras da prática do ato correspondem aos dispositivos legais invocados e que as razões de fato, efetivamente existem, e são verdadeiras.

Todavia, a exatidão é atendida na medida em que na motivação estejam presentes os requisitos da congruência e da suficiência e, por essa razão, nos posicionamos ao lado daqueles que não a consideram requisito substancial da motivação formal dos atos administrativos.

Outro aspecto importante em relação à motivação formal se relaciona ao momento em que ela deve ser elaborada.

Na motivação contextual, os motivos são expostos no próprio instrumento que formaliza o ato administrativo e na aliunde<sup>39</sup> ela se encontra em separado, tendo sido formulada anteriormente<sup>40</sup>, porém, em ambos os casos, deve ser prévia<sup>41</sup> ou contemporânea a expedição do ato administrativo e publicada utilizando os mesmos meios que deram publicidade ao ato, para não ter como resultado o comprometimento da sua principal função

---

<sup>38</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 121 CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1, pp. 480. RAMON REAL, Alberto. Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Derecho Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, pp. 5-20, pp.15, abr/jun, 1982.

<sup>39</sup> O exemplo contido na nota de rodapé n. 30 constitui exemplo de motivação *aliunde ou per relationem* e como esclarece Florivaldo Dutra de Araújo, fazendo menção aos ensinamentos de Juso: “a motivação contextual é a regra, e a aliunde, simples exceção. Esta deve ser adotada apenas em certos casos, nos quais a complexidade dos motivos torne oportuna a pura e simples remissão a atos anteriores, nos quais ditos motivos sejam especificamente analisados.”( *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 119-120).

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118-127, pp. 125, jul/set, 1985.

<sup>41</sup> Alberto Ramon Real defende a motivação prévia argumentando que “*Esta deve ser previa al acto y no reconstituída o fabricada a posteriori, ante el hecho de la contienda. Es desleal ocultar motivos que pudieron haber convencido o haber convencido o haber sido refutados oportunamente en la via administrativa y exhibirlos o inventarlos (como suele ocurrir) recién ante la necesidad de justicar lo actuado, frente a la Justicia.*”( Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Derecho Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, pp. 5-20, pp. 15, abr/jun, 1982.).

que é a de possibilitar a reação dos administrados contra a decisão adotada<sup>42</sup>, tanto pela própria via administrativa, por meio de recurso, como também por provocação ao Judiciário para que se pronuncie sobre a legalidade do ato.

Excepcionalmente, poder-se-ia admitir a motivação posterior ou sucessiva ao ato, como forma de sanar a falta de motivação, consubstanciando uma verdadeira convalidação do ato administrativo, o que será abordado de forma mais detalhada no item 1.4. da presente dissertação. Todavia, a motivação ulterior não pode ser vista como uma maneira alternativa de cumprir a obrigação de motivar os atos administrativos prévia ou contemporaneamente à expedição do ato<sup>43</sup> que é a regra; pode sim, ser utilizada excepcionalmente como forma de evitar a nulidade do ato administrativo por ausência ou por se encontrar a motivação obscura, incongruente e insuficiente, permitindo que o ato produza todos os seus efeitos<sup>44</sup>.

Nesse caso, é preciso que a motivação não afete o direito de ampla defesa do interessado, uma vez que “a motivação posterior, quando já o ato está sendo questionado, não atende a sua efetiva finalidade, que é a de propiciar o controle jurisdicional da atividade da Administração Pública”<sup>45</sup>, ou seja, se o interessado se insurgiu contra o ato administrativo,

---

<sup>42</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, v. 2, n. 8, pp. 44/52, pp. 48, out/dez, 2000.

<sup>43</sup> “*También debe la motivación ser ‘concomitante’ al acto, pero por excepción puede admitirse la motivación ‘previa’ se ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados o comunicados. En ausencia de ambas, el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio puede excepcionalmente ser suplido por una motivación ‘ulterior’, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada*” (DROMI, José Roberto. *El Acto Administrativo*. Madri: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1985, pp. 69).

<sup>44</sup> “No que toca aos vícios formais de fundamentação, a sanação por fundamentação posterior é objecto de posições diversas. Enquanto na Alemanha ela é expressamente admitida por lei até a interposição do recurso, em França, suscita muita dúvida e, em Portugal, quando parecia ser excluída liminarmente pela jurisprudência, é afinal admitida, desde que seja dentro do prazo do recurso contencioso ou até a interposição deste.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 301-302). No Brasil a Lei 8.784/99, no seu art. 55 faz a previsão de que os atos administrativos que apresentem defeitos sanáveis, desde que não haja lesão ao interesse público, nem a terceiros devem ser convalidados.

<sup>45</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Motivação dos Atos Administrativos e o Interesse Público. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, v. 1, n. 3, pp. 9-25, pp.19, jul/set, 1999.

impugnando-o administrativa ou judicialmente, não mais será possível à Administração Pública utilizar a motivação ulterior como meio de sanar o vício existente.

### **1.3. Obrigatoriedade de motivação de todos os atos administrativos**

A obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos é tratada de forma distinta pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Em uma análise precisa da legislação de alguns países, Marcello Caetano expõe que o tratamento legislativo acerca da obrigatoriedade de motivação varia de país para país. Em alguns países como a Áustria e os Estados Unidos as decisões tomadas pela Administração de forma definitiva devem ser sempre fundamentadas, salvo algumas exceções. Em países como a Polônia basta motivar o ato no qual conste o indeferimento de um pedido, uma resolução de um litígio, a imposição de uma obrigação ou a decisão de um recurso. Já na Espanha, o ato deve ser motivado quando configurar a imposição de limites a direitos subjetivos, a decisão de um recurso ou adote um entendimento distinto do constante nos precedentes estabelecidos<sup>46</sup>.

No Direito Brasileiro, a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), aplicável à Administração Pública Federal, no seu art. 50 elenca os atos administrativos que devem ser motivados. Porém, conforme restará demonstrado no Capítulo 3, a motivação é um princípio implícito na Constituição Federal e, por essa razão, deve ser observado pela Administração Pública em todas as esferas, além do rol contido no art. 50 ser meramente exemplificativo.

A discussão da doutrina acerca da motivação dos atos administrativos sempre girou em torno da discussão da necessidade de motivação dos atos vinculados e dos atos discricionários. De um lado havia quem defendesse a motivação apenas dos atos vinculados,

enquanto outros se posicionavam no sentido de motivar somente os discricionários. E também que a motivação apenas seria obrigatória havendo previsão legal era o princípio do Direito Francês “*pas de motivation sans texte*”<sup>47</sup>. Atualmente, a doutrina é pacífica na defesa de que tanto os atos vinculados quanto os discricionários devem ser motivados. No entanto se observa na prática que a Administração Pública Brasileira em todas as esferas resiste em observar esse princípio constitucional e quando não motiva, motiva mal <sup>48</sup>.

No que tange aos atos administrativos discricionários, especial importância, durante longos anos, foi dada à Teoria dos Motivos Determinantes <sup>49</sup>.

Por essa teoria, integram a validade do ato administrativo os motivos determinantes da sua edição e, mesmo nos atos discricionários, uma vez enunciados os motivos fundamentadores do ato, esse só será válido se os motivos realmente ocorreram, ou seja, na hipótese de a prática do ato ser motivada, passa a existir uma vinculação entre os motivos expostos e o ato em si mesmo. Deve haver uma conformidade entre os motivos

---

<sup>46</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1, pp. 477/478.

<sup>47</sup> Salienta Jaqueline Morand – Deviller que “*Hormis les cas, assez nombreux au demeurant, où un texte impose la motivation, ‘en principe’, selon la formule du Conseil d’État, ‘les décisions administrative n’ont pas à être motivées’. Ce principe est maintenu mais la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l’amélioration des relations entre l’administration et le public lui apporte des dérogations d’importance.*” (*Cours de Droit Administrative*, 2. ed. Paris: Montchrestien, 1991, pp. 285).

<sup>48</sup> Sobre o assunto Bartolomé A . Fiorini afirma que “*as administraciones públicas reacias a la motivación de sus actos, por más que invoquen la razón del pueblo, reniegan la esencia de la democracia*” (*Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, t. 1, pp. 423). Ainda sobre o mesmo tema, no Brasil, Anselmo Jerônimo de Oliveira registra que “tanto o Ministério Público, quanto à Magistratura tem sido fervorosos combatentes da falta de motivação dos atos da Administração Pública, notadamente dos Poderes Executivos e Legislativo. Contudo, a mesma regra constitucional que vale para os demais poderes parece não valer para os entes que possuem a obrigação legal de guardar as leis e primar pelo respeito ao princípio da legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade. Inexplicavelmente, estas valorosas Instituições, como se guardassem uma autêntica **caixa preta**, resistem a praticar atos com total publicidade e o que é mais importante, com a necessária fundamentação, notadamente, quando se trata de tortuosa remoção ou promoção **por merecimento**.” (Obrigatoriedade de Motivação dos Atos administrativos, *Revista Atuação Jurídica*. São Paulo, v. 3, n.4, dez. 2000, pp-39-53, pp. 39 ).

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2002, pp. 150/151, 192.

determinantes e a realidade existente e a invocação de motivos falsos, inexistentes ou qualificados de forma incorreta viciam o ato administrativo<sup>50</sup>.

Essa teoria foi amplamente aplicada na defesa de que os atos discricionários não precisariam ser motivados, mas se o fossem o agente vincular-se-ia aos motivos invocados para a sua prática. Como atualmente a doutrina se inclina no sentido de que tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários devem ser motivados, a referida teoria perde um pouco do seu brilho e importância.

Com intuito de demonstrar o quanto é importante a motivação tanto de atos discricionários quanto de vinculados, temos que lembrar que os atos administrativos vinculados são aqueles nos quais a lei impõe em todos os seus termos a conduta a ser adota

---

<sup>50</sup> A jurisprudência brasileira aplica a Teoria dos Motivos Determinantes de forma pacífica, como se pode verificar da leitura do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão ROMS 10165 / DF ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
1998/0065086-5. Fonte DJ DATA:04/03/2002 PG:00294  
LEXSTJ VOL.:00152 PG:00038 Relator Min. VICENTE LEAL (1103) Ementa: 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.

- As decisões proferidas na instância administrativa e na esfera jurisdicional conferiram ao art. 204, I, da Lei Complementar nº75/93 uma interpretação literal, no sentido de que concedido o primeiro período de afastamento ao membro do parquet, o segundo período deverá exatamente ser igual ao primeiro. Se o primeiro foi de seis meses, o segundo será também de seis meses; se for um período de um ano e meio, outro também será de um ano e meio. Mas se for o primeiro período de 2 anos, o último poderá ser também de 2 anos. O Direito, na lição dos doutores, é uma ciência, e como tal deve se conformar com seu caráter plural. Nessa perspectiva, deve produzir respostas plurais, interpretações plurais, de modo a alcançar os seus elevados fins, atuando sempre de maneira teleológica, na busca do bem comum. Daí porque não tem sentido conferir ao citado preceito da LC nº75/93 uma interpretação dissociada do elemento axiológico, com resultado gravoso para ambas as partes. E este prejuízo plural evidencia-se em razão das conseqüências decorrentes da denegação do pedido formulado pela recorrente. **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 legítima 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 nº 75/93.- Segurança concedida. (original sem grifos)  
Data da Decisão 29/06/1999 Orgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

pelo administrador, existindo apenas um comportamento possível diante da subsunção do fato à norma.

Nos atos discricionários, a própria lei permite uma dose de liberdade na atuação do agente<sup>51</sup>, concedendo-lhe um certo grau de subjetivismo, na medida em que é dada a possibilidade de escolha de determinados aspectos do ato a ser praticado. Nesse caso, o administrador terá que editar o ato dentro da moldura traçada pela lei, não podendo agir de forma arbitrária, ou seja, além dos limites legais e tem que demonstrar que dentro do seu juízo de conveniência e oportunidade exerceu a melhor opção dentre as possíveis.

Na motivação dos atos administrativos vinculados, basta a demonstração clara dos motivos fáticos e do direito aplicável ao caso, demonstrando a conformidade com a lei. Quanto aos discricionários, além desses aspectos, ao motivar o seu ato, o administrador tem que demonstrar que realizou a escolha mais adequada dentre as opções legalmente oferecidas<sup>52</sup>, possibilitando o controle pelo próprio Poder Público e pelo Judiciário da opção realizada. Isso ocorre porque mesmo no caso dos atos discricionários, na verdade, o administrador “jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde– eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita”, ao contrário dos atos vinculados<sup>53</sup>.

No caso dos atos vinculados que representem a aplicação quase que automática da lei, encontrando-se a motivação implícita, para alguns autores poder-se-ia dispensar a motivação expressa, porém essa posição não é uniforme na doutrina, pois mesmos nesses

---

<sup>51</sup> Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello “Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência pelo menos.” (*Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.383).

<sup>52</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. *A motivação dos atos administrativos*. Jurídica: Administração Municipal, São Paulo, v. 7, nº 12, dez. 2002, pp.4/20, pp. 14.

<sup>53</sup> FREITAS, Juarez Freitas . *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 138.

casos a motivação se encontraria expressa no ato e não implícita<sup>54</sup>. Como nessa hipótese o ato seria de prática obrigatória e em regra os fatos envolvidos não possuem qualquer complexidade<sup>55</sup>, a simples menção ao dispositivo legal configuraria a motivação expressa do ato.

Em relação à motivação dos atos vinculados e discricionários, Rafael Bielsa sustenta que, em ambos os casos, os atos administrativos devem ser motivados, pois tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário estão abrangidos pela órbita legal e a diferença se baseia no fato de o ato vinculado ou regrado dever seguir a norma expressa e no ato discricionário serem observados os princípios que regem a Administração Pública<sup>56</sup>.

Todos os atos administrativos devem ser motivados, independentemente de regra expressa e a motivação deve ser contemporânea ou mesmo anterior à prática do ato, permitindo-se a motivação a posteriori apenas em situação excepcionalíssima, quando for possível a convalidação do ato, demonstrando-se que os motivos para a sua prática existiam quando da sua expedição.

A Administração não tem outra atuação senão a estritamente legal, de modo que não pode haver para ela motivos impulsivos de sua atuação à margem do Direito. Cabe ao administrador público exercer sua função estatal como gestor da coisa pública e ao motivar os seus atos justifica a finalidade pública do ato, imposta pela lei e não por sua vontade<sup>57</sup>, torna evidentes os motivos de fato e de direito que determinaram a realização do ato e possibilita

---

<sup>54</sup> Este é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118-127, pp. 125, jul/set, 1985) com o qual Florivaldo Dutra de Araújo discorda nos seguintes termos: “Embora o argumento de SUNDFELD seja percutiente, não se pode nem mesmo dizer que a motivação nesse caso seja implícita. Ela é explícita: apenas não surge em espaço à parte do ato em si.” (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 114).

<sup>55</sup> Por exemplo o ato de aposentadoria compulsória do servidor público aos 70 anos de idade, nos termos do artigo 40, II da Constituição Federal.

<sup>56</sup> BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. 94.

<sup>57</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118-127, pp. 119, jul/set, 1985.

aos administrados, bem como à própria Administração Pública, no seu poder de autotutela, aferir se a sua atuação ocorreu dentro dos princípios que regem a Administração Pública<sup>58</sup>.

Cabe, ao final desse capítulo, analisarmos quais são as conseqüências advindas da ausência de motivação ou da motivação sem observância dos requisitos de clareza, congruência e suficiência.

#### **1. 4. Vício decorrente da ausência de motivação e suas conseqüências.**

A questão que se põe, é se a motivação faz parte da essência do ato administrativo e quando ausente ou obscura implica a sua nulidade, configurando um vício de fundo, não puramente formal ou se a sua falta constitui um vício de forma e como conseqüência caracterizar-se-ia o ato administrativo como anulável.

Antes de uma reflexão mais aprofundada sobre a questão posta, cumpre fazermos alguns esclarecimentos, para facilitar a melhor compreensão do que será exposto: 1) quando nos deparamos com uma motivação obscura, incongruente ou insuficiente, na verdade é como se não tivesse existido motivação, “tudo se passa como se ela faltasse”<sup>59</sup>. Por essa razão utilizaremos o termo ausência para englobar todas essas hipóteses; 2) necessário lembrarmos que no âmbito do Direito Administrativo “o ato nulo, já se afirmou, é aquele que a lei assim expressamente definiu, ou que, uma vez inquinado de vício, não possa ser reproduzido sem reincidência na nulidade”, já “o ato anulável é aquele que assim a lei definiu e o que pode ser

---

<sup>58</sup> Explicando os objetivos da motivação Georges Vedel e Pierre Delvolvé registram que “*le problème de la motivation est précisément de savoir se l’auteur de la décision doit exprimer les motifs Qui l’ont amené à la prendre. La motivation est favorable aux administrés, qui connaissent, dès l’adoption de la décision, les raisons que l’ont provoquée et peuvent plus facilement les contester; elle facilite la tâche du juge Qui n’a pas à provoquer la communication des motifs de l’administration (t. 2, III, partie); elle n’est pas inutile à l’administration que, en formulant ses motifs, est amenée à préciser sa propre position.*” (*Droit Administratif*. 12 . ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1992, t. 1, pp. 291).

<sup>59</sup> GOMES, José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2 . ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 157.

convalidado”<sup>60</sup> ; 3) quando se fala em vício de forma, a expressão forma pode ser entendida como “o conjunto de todas as formalidades ligadas à formação e à expressão da vontade constituinte de um acto administrativo” (sentido amplo) ou como sendo “o modo de exteriorização do acto” (sentido restrito)<sup>61</sup>.

Existem dois problemas a serem solucionados o primeiro diz respeito em que tipo de vício poderemos enquadrar a ausência de motivação e o segundo diz respeito a apontar quais as conseqüências advindas desse vício.

Para solução do primeiro problema temos que nos socorrer da doutrina, que é muito divergente a esse respeito. Uns entendem como sendo um vício de forma, no sentido estrito, pois a motivação se faz evidente quando da exteriorização do ato<sup>62</sup>. Para outros, a motivação está ligada ao próprio conteúdo do ato administrativo e a sua ausência gera a nulidade do ato<sup>63</sup>.

Mesmo defendendo veementemente a obrigatoriedade de motivação de qualquer ato administrativo, em decorrência de cumprimento de princípio implícito na Constituição Federal, parece-nos mais adequado nos filiar aos que entendem a ausência de motivação como sendo um vício de forma que nem sempre irá resultar na nulidade do ato. Obviamente que essa postura é mais adequada quando estamos diante de atos vinculados, cuja convalidação é facilitada por não haver necessidade de justificar a valoração que foi dada em relação à conveniência e à oportunidade (mérito) quando da prática do ato, peculiar dos atos

---

<sup>60</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 127.

<sup>61</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 284.

<sup>62</sup> Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 291; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 127; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso De Direito Administrativo*. 13 . ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 84.

<sup>63</sup> Comungam desse ponto de vista: RAMON REAL, Alberto. Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, pp. 5-20, pp. 15, abr/jun, 1982; SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118-127, pp. 124-125, jul/set, 1985. CINTRA,

discricionários. Deverá ser analisada, caso a caso, a necessidade de anular o ato desprovido de motivação, pois nem sempre a gravidade existente é capaz de fulminar o ato por vício de forma.

Como a consequência do descumprimento da motivação, enquanto vício de forma, está muito ligada ao disposto na ordem jurídica vigem, necessário analisarmos a questão tendo por base o ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Não há dispositivo legal no Direito Brasileiro que aponte expressamente quais os efeitos da falta de motivação dos atos administrativos.

A lei que regula a ação popular (Lei nº 4.717/65) no seu art. 2º, dispõe sobre a nulidade de atos administrativo lesivos ao patrimônio das entidades elencadas no art. 1º, nos casos incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade. Observe-se que não há menção à motivação; poder-se-ia interpretar que, como a sua ausência constitui um vício de forma, estaria contemplado pelo artigo. Todavia, a lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) no art. 55 dispõe que tratando-se de vício sanável e não havendo lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, o ato poderá ser convalidado pela Administração.

A Emenda Constitucional nº 19/98 acresceu ao art. 37 da Constituição Federal como princípio a ser observado pela Administração Pública o princípio da eficiência e, em obediência a esse princípio, podemos afirmar que o ato viciado, quando possível, deve ser praticado novamente sem o vício de origem que o maculou. É o que chamamos de convalidação ou saneamento. O princípio da eficiência também justifica o aproveitamento do ato, mesmo viciado.

Para ocorrer a convalidação do ato é necessário que seja eliminado o vício, “sobretudo no que respeita à garantia da ponderação do autor”; e que não sejam inovados os

fundamentos para a prática do ato “no duplo sentido de que não podem ser posteriores nem estranhos à prática do acto originários”<sup>64</sup> .

O termo aproveitamento é utilizado por José Carlos Vieira de Andrade<sup>65</sup>, quando trata da possibilidade de o juiz se recusar a anular o ato administrativo aproveitando-o, mesmo viciado. Obviamente que essa postura apenas poderá ser adotada quando o vício na motivação não se apresente de tamanha gravidade a ponto de ser necessário suprimir os efeitos do ato. A situação descrita nos parece muito semelhante à que Maria Sylvia Zanella Di Pietro <sup>66</sup>, seguindo Gordillo e Cassagne, denomina confirmação, presente quando a Administração mantém o ato da mesma forma que foi praticado, por não causar prejuízo a terceiros ou, no caso de prescrição do direito, de anulá-lo<sup>67</sup> .

Para análise se o vício existente é relevante ou não para determinar a anulação do ato ou o seu aproveitamento, surgem três critérios: o antiformalista, o funcionalista ou finalista e o substancialista <sup>68</sup>.

Para os que adotam o critério antiformalista, se o conteúdo do ato for legítimo, se foi atingido o resultado pretendido, se o juiz tem como verificar que a Administração atuou nos termos da lei, já que a presunção de ilegalidade em decorrência do vício de forma é *juris tantum* admitindo prova em contrário ou exerceu uma das opções fornecidas por ela, a ausência de motivação não deverá ter como consequência a anulação do ato.

---

pp.152.

<sup>64</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 302.

<sup>65</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 309.

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 . ed. São Paulo: Editora Atlas, pp.238.

<sup>67</sup> Essa possibilidade é legalmente reconhecida no art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99).

<sup>68</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 315-323.

Os funcionalistas ou finalistas verificam se o objetivo visado com a motivação foi atingido. Em caso afirmativo, não caberia a anulação. Essa verificação é difícil, pois seria necessário concluir de forma segura, mesmo não tendo sido expressas as razões que levaram à prática do ato, que o administrador fez as ponderações necessárias e adequadas ao caso.

Para os substancialistas, se a obrigatoriedade de motivação não foi atendida, mas essa desobediência não influenciou no conteúdo da decisão, ou seja, mesmo havendo motivação o conteúdo do ato não iria variar, não se justifica a anulação do ato.

Parecem mais adequados, aplicados em conjunto, os critérios antiformalistas e finalistas e desde que ocorra o preenchimento dos requisitos delineados nos dois critérios que, no caso dos atos vinculados, será de mais fácil verificação, sendo possível o aproveitamento<sup>69</sup> do ato, podendo o juiz se recusar a invalidá-lo. Esse aproveitamento também atende à economia na prática de atos públicos e ao princípio da eficiência. Com essa colocação, não se pretende pôr em dúvida o princípio da motivação dos atos administrativos, que deve sempre ser observado pela Administração Pública.

Atualmente, não se tem mais espaço para o absolutismo. A sociedade exige participação ativa nas decisões adotadas pelo Poder Público e à Administração Pública cabe se associar aos administrados para executar seus planos políticos. Nesse contexto, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, tanto dos discricionários quanto dos vinculados<sup>70</sup>, reflete “ a idéia de que o Direito Administrativo deve ser um subsistema não-

---

<sup>69</sup> José Osvaldo Gomes comenta decisão portuguesa nesse sentido: “No acórdão de 9 de Dezembro de 1976 decidiu-se que, verificando-se apenas a ilegalidade de alguns dos fundamentos do acto praticado no exercício do poder vinculado, não fica afectada a validade do mesmo, pois, para a sua validade, é suficiente a legalidade do restante do fundamento. Em abono do seu entendimento, o Supremo Tribunal Administrativo invoca o princípio do aproveitamento dos actos administrativos e a necessidade de garantir a confiança do público na actividade da Administração, bem como a estabilidade das situações jurídicas.” (*Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp.173).

<sup>70</sup> Hoje é pacífico na doutrina que os atos administrativos vinculados e discricionários devem ser motivados, conforme demonstrado da exposição acima, ainda assim algumas decisões judiciais vão de encontro a essa tendência do Estado Democrático de Direito, como se verifica no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: Acórdão ROMS 12312 / RJ RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0075903-1 Fonte DJ DATA:09/12/2002 PG:00390 Relator Min. VICENTE LEAL (1103) Ementa : RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO

autoritário e, concomitantemente, promotor da confiabilidade da íntegra dos princípios regentes das relações democráticas de administração, acima e além dos unilateralismos extremados de outrora”<sup>71</sup>.

---

MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE. - A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade. - Precedente.- Recurso ordinário desprovido. Data da Decisão 12/11/2002 Orgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

<sup>71</sup> FREITAS, Juarez. Deveres de Motivação, de Convalidação e de Anulação: deveres correlacionados e propostas harmonizadora. *Interesse Público*, v. 4, nº16, out/dez. 2002, Sapucaia do Sul: Notadez, 2002, pp. 39-48, pp. 41.

## 2. A teoria do discurso e a motivação racional dos atos administrativos.

Do ponto de vista jurídico motivar é importante para demonstrar que o ato administrativo está baseado no direito, facilitando o seu controle e evitando abuso por parte do agente público no exercício da atividade administrativa. Do ponto de vista político é possível submeter-se o ato à apreciação da opinião pública. Por essa razão, a motivação traduz um discurso racional que busca a aceitabilidade dos administrados, aspecto a ser abordado no presente capítulo.

### 2. 1. A motivação como discurso jurídico

O direito pode ser entendido como discurso, ou seja, como o “resultado de uma definição produzida pelo analista”, no entanto, é necessário traçar a distinção entre o discurso do direito e o discurso jurídico, como propõe Oscar Correias:

Com a expressão “discurso do direito” ou simplesmente, direito, nos referimos aos discursos que podem ser identificados conforme os critérios até aqui estabelecidos: prescrições que ameaçam com a violência, reconhecidas como produzidas por funcionários e autorizadas conforme um sistema normativo eficaz. Com a expressão “discurso jurídico” se fará referência, por outro lado, aos discursos prescritivos ou descritivos que acompanham o direito no próprio texto ou constituem meta-discursos a respeito dele. (...)

Dentro dos discursos jurídicos, podemos distinguir:

#### 1.1. As fundamentações

Em algumas legislações se prescreve que as resoluções dos funcionários devem fundamentar-se por escrito ou, pelo menos, devem produzir-se desta maneira caso assim o solicite algum cidadão ou funcionário. Estas argumentações precedem a uma norma, como no caso do fundamento das sentenças. Mas também falam de outras normas anteriores às quais reconhecem como base nova (...)”<sup>72</sup>.

Quando da elaboração do discurso do direito ou do discurso jurídico, a escolha das palavras usadas resulta da ideologia do seu emissor, pois no direito “as palavras constroem o real” e a partir daí “o discurso do poder, o discurso disciplinador se instila em

---

<sup>72</sup> CORREAS, Oscar. *Crítica da Ideologia Jurídica– Ensaio Sócio-Semiológico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, pp. 32, 114.

vários níveis da sociedade, estabelecendo um ‘jogo’ de confirmações do teor normativo e de transgressões permitidas, enquanto não ferem os parâmetros estabelecidos”<sup>73</sup>.

O aspecto lingüístico é o objeto fundamental da análise do direito, em sua forma mais abstrata ou geral. O direito se expressa necessariamente por meio da linguagem. Porém, o seu estudo não se pode realizar fecundamente apenas por meio desse componente lingüístico. Como os conteúdos materiais são o ponto essencial do direito, o jurista precisa de uma formação cuidadosa para compreender essa problemática material, possuindo conhecimentos acerca das relações sociais reguladas pelo direito e um mínimo de perspectiva histórica sobre a vida em comum. Assim, as tarefas específicas do jurista o obrigam a um uso muito cuidadoso das palavras, pesando com precisão o alcance tanto do dito quanto do não dito, bem como da ambigüidade e da indeterminação. As possíveis antinomias do direito, as lacunas técnicas, a vaga conceitual e a ambigüidade sintática mostram que o corpo das normas jurídicas é ou pode ser, num dado momento, incompleto e aberto a numerosas interpretações<sup>74</sup>.

A linguagem utilizada tanto no discurso do direito quanto no discurso jurídico, em regra, distancia-se da realidade, em decorrência da inexistência de um consenso em relação à solução dos problemas. No discurso, normalmente, são utilizados termos vagos e ambíguos que tornam a linguagem utilizada inacessível à grande maioria das pessoas, moldando-a de forma a adequar o mundo real aos interesses políticos<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> AGUIAR, Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, pp.21, 30.

<sup>74</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de Análisis Jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, pp. 11, 115.

<sup>75</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.41.

Numa crítica pertinente à disputa travada entre formalistas e realistas<sup>76</sup>, Genaro R. Carrió, apresenta uma excelente elaboração do papel da linguagem no direito e suas conseqüências:

*La buena tesis consiste en rechazar por inaceptable el dilema. Esse rechazo halla fundamento seguro en un buen análisis de las características del lenguaje. Hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del derecho. Pero esas normas no determinan toda la conducta pues tienen una textura abierta o presentan **una zona de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descripta como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir. En otros términos, las reglas del sistema controlan los casos claros, pero no los de penumbra.***<sup>77</sup>. (original sem grifos).

A obscuridade presente na linguagem jurídica contida na norma, ou a “zona de penumbra” como prefere Carrió, tem muita importância no âmbito do Direito Administrativo, em especial, no que se refere à motivação dos atos administrativos, pois a norma pode conter, por exemplo, o que a doutrina convencionou chamar conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, situações nas quais há uma incerteza em relação ao conteúdo e à extensão de ditos conceitos.

Nesse tipo de conceito os termos são ambíguos ou imprecisos, necessitando serem completados pela pessoa que os aplique e para esse preenchimento são utilizados dados extraídos da realidade e, consideradas as opções políticas predominantes e havendo ambigüidade, também deverá ser observado o contexto social em que se insere, sem esquecer que “é da participação no jogo de linguagem no qual inserido o termo do conceito, que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento”. Exemplificando: o administrador público para interpretar o que vem a ser interesse público,

---

<sup>76</sup> Formalistas: encaram o direito como um sistema fechado, dotado de plenitude hermética ou finitude lógica, no qual pode ser encontrada a solução para todos os casos e a lei é atualizada de acordo com a evolução dos tempos, reduzindo a tarefa do juiz ou do interprete a descobrir a regra aplicável ao caso concreto. Realistas: chegam a negar que as normas e conceitos gerais desempenham um papel importante na prática do direito, não existindo normas, mas puras decisões individuais.

<sup>77</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguage*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1973, pp. 62.

termo que varia no espaço e no tempo, deve escolher dentre as várias interpretações possíveis a que se mostre mais adequada ao caso em análise<sup>78</sup>.

O administrador, ao aplicar um conceito dito indeterminado, não deve fixar o seu conteúdo fazendo uso apenas de suas convicções, mas sim, orientando-se pelo que é aceito socialmente, em dado tempo e lugar. Como esclarece Leonel Ohweiler:

A construção de um discurso do Direito Administrativo, útil para um controle dos termos indeterminados, onde prevaleça uma prática democrática, exige a mudança de certos paradigmas, como a inserção de novas práticas científicas em que o jurista considere o contexto social e histórico, utilizando outros instrumentais que não os legalismos impostos pelo sentido comum teórico dos juristas. Parece ser urgente que os juristas passem a formular novos juízos para descortinar a sua função social e que deixem simplesmente de ser os guardiães do *status quo*.<sup>79</sup>

Genaro R. Carrió, com base nos ensinamentos de Alf Ross, afirma que, não sendo possível estabelecer se o caso está compreendido ou não no significado da lei, a interpretação dada à lei passa a ser um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento<sup>80</sup>. Nessas hipóteses, a motivação racional tem um papel fundamental para demonstrar a racionalidade da decisão administrativa e a sua correção jurídica<sup>81</sup>. Também é por seu intermédio que se constata, diante das circunstâncias existentes<sup>82</sup>, a adequação da interpretação adotada e a sua conformidade com o sistema jurídico vigente, uma vez que na atuação do agente público não há liberdade irrestrita. “A liberdade, negativa ou positivamente considerada, somente pode ser aquela que, por assim dizer, dimana da vontade racionalizável do sistema”<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 201, 217.

<sup>79</sup> OHLWEILLER, Leonel. *Direito Administrativo em Perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp.68.

<sup>80</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Language*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1973, pp. 108.

<sup>81</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 72.

<sup>82</sup> OHLWEILLER, Leonel. *Direito Administrativo em Perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp.77: “Na aplicação dos termos indeterminados, por exemplo, não se pode eleger uma prática discursiva voltada para a manifestação da essência das coisas, sendo imprescindível vislumbrar o entendimento de Warat, para que o discurso não é produtor autônomo de significações, mas depende da prática social do ‘lugar da fala’.”

<sup>83</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.254.

A lei é apenas uma série de palavras escritas para manifestar a vontade do legislador “a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual”. No entanto, “as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas”<sup>84</sup>. Hospers, citado por Gordillo<sup>85</sup>, já afirmava que “as palavras não são mais que rótulos das coisas”.

No âmbito do Direito Administrativo, as colocações acima ficam por demais evidentes, já que por vezes a Administração Pública faz uso emotivo e político da linguagem a fim de legitimar os seus atos e por essa razão devemos contextualizar as palavras utilizadas que no direito se referem a uma idéia, a um conceito, fazem parte de uma determinada visão do mundo, por isso não podem ser interpretadas de forma isolada, já que ditas palavras não necessariamente refletem a realidade social, apesar de ter a intenção de referir-se a ela, podendo gerar uma falsa descrição do real<sup>86</sup>.

O administrador público, quando da prática do ato administrativo, necessariamente terá que interpretar a lei que o fundamenta. No caso de atos vinculados, essa não será uma tarefa difícil, mas em se tratando de atos discricionários, ou de situações onde se depare com conceitos jurídicos indeterminados, demandará um maior esforço do aplicador do direito para demonstrar que adotou a melhor interpretação e isso será evidenciado na motivação. Por meio dela são revelados como se chegou à dita interpretação<sup>87</sup> e quais as

---

<sup>84</sup> FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 2. Ed. Trad. Manuel A . D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado, 1963, pp. 127-128.

<sup>85</sup> GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1, Capítulo I, pp. 14.

<sup>86</sup> Gordillo, baseado nos ensinamentos de Alf Ross, afirma que todas as palavras possuem uma zona central onde o seu significado pode ser considerado mais ou menos certo e uma zona exterior na qual a sua aplicação é menos usual e surge a dúvida de saber se a palavra pode ser aplicada ou não. Isso se resolve buscando o contexto em que a palavra está sendo empregada por quem a utiliza, a expressão em que a palavra aparece e se existem situações nas quais ela tem uma função de conexão.(GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1, Capítulo I, pp. 14).

<sup>87</sup> Para Nelson Saldanha “no caso do Direito (assim como na teologia) a interpretação incide – sobretudo modernamente – sobre formas verbais, formas de linguagem com características peculiares. E daí se dizer, às vezes, que a interpretação arranca ou ‘desentranha’ significados de dentro da lei (...) Os significados, que se acham dentro da regra e que são ‘tirados’ pelo intérprete, são na realidade expressão direta ou indireta de

condições que influenciaram o intérprete, em especial quando se trata de texto legal obscuro, vago ou ambíguo.

A interpretação dada pelo administrador à lei, sofrerá as influências, sociais, culturais e ideológicas vigentes à época, até porque o intérprete é influenciado pelos valores que servem de referência para a fixação da ordem jurídica, e que, mesmo sem perder a sua dimensão técnica, se relaciona com a comunidade, e conseqüentemente “com a opinião que, dentro dela, possa versar difusa mas expressivamente sobre o Direito que ele interpreta”<sup>88</sup>.

A motivação viabiliza a verificação da veracidade dos motivos alegados para a prática do ato, a observância dos princípios norteadores da atividade administrativa, dentre eles o da legalidade e se as finalidades perseguidas são legítimas, uma vez que na sua atuação a Administração deve observar o disposto no direito objetivo e exercer tanto os seus deveres, quanto os seus poderes dentro da moldura legal<sup>89</sup>.

Ao elaborar o discurso jurídico correspondente à motivação do ato administrativo, o agente público utiliza-se da linguagem própria à atuação administrativa, podendo configurar instrumento de dominação política, pois o poder assentado no conhecimento do modo de operar o direito se exerce, em parte, através do desconhecimento generalizado desse modo de

---

valores, sendo ao mesmo tempo uma indicação para o entendimento de como aplicar a regra.” (SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp.263). Numa postura um pouco diferente, Lenio Luiz Streck invoca os ensinamentos de Agostinho Ramalho Marques Neto para afirmar que no processo interpretativo “o jurista ‘não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser ver verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete’.”(STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 90).

<sup>88</sup> SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica : sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 252, 254

<sup>89</sup> A idéia de moldura legal encontra-se descrita por Kelsen no sentido de que “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais por menorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 388.

operar. A preservação desse poder requer a reprodução do efeito do desconhecimento. Requer, enfim, a “opacidade do direito”<sup>90</sup>.

A motivação, enquanto discurso jurídico, deve ser formulada de forma a externar racionalmente as razões fáticas e de direito que levaram à solução adotada. Nos casos dos atos discricionários é preciso também justificar a escolha realizada pelo administrador. Com isso, podemos dizer, com Margarida Camargo que “a motivação das decisões e o confronto de idéias permite uma participação mais ampla da opinião pública e também entre os poderes legislativo e judiciário, que trabalham assim, para um constante aperfeiçoamento das leis e da Justiça”<sup>91</sup>. É certo que para ser aceita, em especial pelo destinatário do ato e pela opinião pública, a motivação<sup>92</sup> deve ser racional. Porém, é inevitável questionar em que consiste uma motivação racional?

A idéia do que vem a ser racional varia de acordo com o enfoque dado pelos doutrinadores. Nos próximos itens, pretendemos demonstrar como motivar racionalmente um ato administrativo à luz da teoria do discurso. Para isso nos valeremos dos ensinamentos de Jürgen Habermas, Robert Alexy e Aulis Aarnio.

---

<sup>90</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Editora Trotta, 1998, pp.164.

<sup>91</sup> CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação : Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002, pp. 245.

<sup>92</sup> Quanto ao dever de fundamentação José Carlos Vieira de Andrade chega a afirmar que “o dever cumpre-se desde que exista uma declaração a exprimir um discurso que pretenda justificar a decisão, independentemente de esse arrazoado ser materialmente correcto, convincente ou inatacável”. (*O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 13).

## 2. 2. A motivação racional sob a perspectiva habermesiana

Na elaboração da teoria da ação comunicativa, Habermas<sup>93</sup> aponta que, ao se utilizar a expressão ‘racional’, supõe-se uma estreita relação entre racionalidade e saber.

O termo racional apenas pode se referir aos sujeitos capazes de linguagem e de ação que fazem uso dos seus conhecimentos por meio de emissões ou manifestações lingüísticas. A racionalidade está muito mais ligada à forma como se exterioriza o conhecimento, por meio de enunciados, do que propriamente ao saber, que o emissor do enunciado possui. Isso é comprovado na medida em que se verifica que nem sempre aquele que detém um maior saber o expõe da melhor forma.

Para melhor explicar a sua teoria o autor considera dois casos: 1) uma afirmação com que A manifesta com intenção comunicativa uma determinada opinião (ação comunicativa); 2) uma intervenção teleológica no mundo com que B trata de lograr um determinado fim (ação teleológica). As duas manifestações são confiáveis, mas podem ser objeto de crítica. O observador pode criticar, no primeiro caso, questionando se a afirmação feita por A é verdadeira e, no segundo caso, pondo em dúvida o êxito da ação executada por B. Na primeira hipótese o emissor deve apresentar a pretensão de verdade do seu enunciado e na segunda a perspectiva de êxito (eficácia). Mas ambos estabelecem com as suas manifestações, pretensões de validade que podem ser criticadas ou defendidas, isto é, que podem ser fundamentadas.

A racionalidade de uma emissão ou de uma manifestação depende da confiabilidade do saber que encarna; as reações internas guardadas pelo conteúdo semântico, as condições de validade e as razões que em caso necessário podem se alegar em favor da

---

<sup>93</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1999, v. I, pp. 24.

validade dessas emissões ou manifestações, em favor da verdade do enunciado ou da eficácia da regra de ação, servem para medir essa racionalidade<sup>94</sup>.

Habermas tenta reduzir a racionalidade de uma emissão ou manifestação a sua suscetibilidade de crítica ou de fundamentação<sup>95</sup>, indicando que o enunciado cumpre os pressupostos de racionalidade quando encarna um saber falível, que possua uma relação com o mundo objetivo, isto é, com os fatos, e seja acessível a um julgamento objetivo, o qual seja válido para todas as manifestações simbólicas que, ao menos implicitamente, estejam vinculadas às pretensões de validade (ou a pretensões que guardem uma relação interna com uma pretensão de validade suscetível de crítica), ou seja, para qualquer observador ou destinatário, a emissão ou manifestação deve ter o mesmo significado que para o sujeito agente.

A verdade ou a eficácia, contidas nos casos analisados por Habermas para explicar a sua teoria, são pretensões desse tipo. As afirmações e as ações teleológicas são tanto mais racionais, quanto melhor possam ser fundamentadas as pretensões de verdade proporcional ou de eficiência vinculados a ela.

A proposta de Habermas de uma razão comunicativa, fornece uma orientação para as pretensões de validade, “mas não dá nenhuma orientação de conteúdo determinado para a solução das tarefas práticas, não é informativa, nem tampouco prática”, aplica-se à confirmação das pretensões de validade em todas as suas formas<sup>96</sup>, “oferece um elo condutor

---

<sup>94</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social* Trad. M. Jiménez . Madrid: Taurus, 1999, v. 1, pp. 25-26.

<sup>95</sup> Como explicamos na nota de rodapé n. 1 da dissertação, optamos pelo termo motivação ao invés de fundamentação, porém Habermas ao expor o seu pensamento se utiliza do termo fundamentação. Entenda-se na presente exposição fundamentação como sinônimo de motivação.

<sup>96</sup> “*Pero a diferencia de los procesos de investigación regitos por argumentos, en la práctica comunicativa cotidiana no se empieza haciendo uso del lenguaje de forma exclusiva o principal en su función expositiva; en la práctica comunicativa cotidiana entran en juego todas las funciones uqe el lenguaje tiene y todas las relaciones que el lenguaje guarda com el mundo, de suerte que el espectro de pretensiones de validez se amplía allende las pretensiones de verdad proposicional. Además, estas pretensiones de validez, entre las que además de la pretensión de verdad proposicional tenemos la pretensión de veracidad subjetiva e la pretensión de rectitud normativa, se entablan en la práctica cotidiana de forma ingenua, es decir, intentione recta, aun cuando implicitamente sigan referidas a la posibilidad de desempeño o resolución discursivos* (HABERMAS, Jürgen.

para a reconstrução da trama de discursos formadores de opinião e preparadores da decisão, em que está inserta o poder democrático exercido em forma de direito”. A pretensão de verdade do proponente é aceita quando, ao ser justificada, apresenta-se capaz de ser defendida com razões face a possíveis objeções e ao fim pode contar com “um acordo racionalmente motivado da comunidade de interpretação em conjunto” (consenso)”. O que o autor denominou de “razão comunicativa se refere a convicções e idéias, ou melhor dizendo, a manifestações suscetíveis de crítica, que por princípio, resultam acessíveis ao esclarecimento argumentativo”<sup>97</sup>.

A expressão racional, como predicado, é aplicável às pessoas das quais cabe esperar, sobretudo em situações difíceis, a justificativa para a sua ação, ou seja, o sujeito ao qual estas se imputam tem de ser capaz de dar razões quando o exigam o caso. Em outras palavras, para que uma manifestação ou emissão possa ser considerada racional é preciso que ela seja suscetível de fundamentação.

Habermas deixa claro que a racionalidade, nos contextos de comunicação, não se restringe àqueles enunciados que tenham como serem defendidos (fundamentados) perante os críticos, mediante boas razões. Também são considerados racionais os que seguem uma norma vigente e, ao serem criticados, têm a ação justificada mediante a interpretação da situação “à luz de expectativas legítimas de comportamento”. Nesses casos, ao invés de mencionar apenas os fatos “o agente estabelece a pretensão de que seu comportamento é correto em relação com um contexto normativo reconhecido como legítimo”<sup>98</sup>.

---

*Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 78).

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 66, 67 e 76.

<sup>98</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social.* Trad. M. Jiménez . Madrid: Taurus, 1999, v.I, pp. 33-34.

A racionalidade estaria ligada à prática comunicativa e, na existência de divergência entre as partes, a prática da argumentação<sup>99</sup> funcionaria como uma forma de prosseguir a ação comunicativa.

As manifestações ou emissões racionais podem sofrer crítica e em decorrência dessa crítica serem identificados os erros que podem ser corrigidos. Com isso fica clara a ligação que existe entre o conceito de fundamentação e o de aprendizagem, sem esquecer que nos processos de aprendizagem cabe à argumentação um papel muito importante<sup>100</sup>, em razão do exame explícito de pretensões de validade controvertidas requererem uma forma mais exigente de comunicação, que satisfaça aos pressupostos próprios da argumentação<sup>101</sup>.

Quando as pretensões de verdade e correção ligadas a cada ato de fala são problematizadas, passa-se da ação comunicativa “para o que Habermas chama de discurso. Isso quer dizer que o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”<sup>102</sup>.

Os discursos, como é o caso do discurso elaborado para motivar um ato administrativo, “servem para submeter ao exame reivindicações problematizadas de opiniões (e normas) que pretendem ser válidas. A única coerção permitida nos discursos é aquela do melhor argumento; o único motivo admitido é aquele da procura cooperativa da verdade”<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Argumentação para Habermas é “o tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas de forma sistemática com la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas.” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. M. Jiménez . Madrid: Taurus, 1999, v..I, pp. 37).

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. M. Jiménez . Madrid: Taurus, 1999, v. I, pp. 37.

<sup>101</sup> HABERMAS aponta como formas de argumentação o discurso teórico, o discurso prático, a crítica estética, a crítica terapêutica e o discurso explicativo, sobre as quais não faremos exposição para não nos afastarmos do tema proposto no presente capítulo (*Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999, v..I, pp. 44).

<sup>102</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 237.

<sup>103</sup> HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, pp. 335.

Em decorrência da segurança jurídica, enquanto garantia de imposição de comportamentos sancionadas pelo Estado e da legitimidade desses comportamentos, por meio de procedimentos racionais de produção e de aplicação do direito, as decisões judiciais<sup>104</sup> e administrativas têm que ser decisões consistentes ante o ordenamento jurídico vigente e racionalmente aceitas. A pretensão de legitimidade do ordenamento jurídico exige decisões que não apenas concordem com o trato que no passado se deu a casos análogos e com o sistema jurídico vigente, mas que devem estar também fundamentadas racionalmente no tocante à própria coisa, a fim de poderem ser aceitas pelos membros da comunidade jurídica e pelos destinatários do ato como decisões racionais<sup>105</sup>.

Isso significa que as decisões judiciais, bem como as administrativas, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos e a motivação dessas decisões deve se emancipar das contingências desse contexto de nascimento. Essa mudança de perspectiva se efetua explicitamente no trânsito desde a justificação interna, que se baseia em premissas previamente dadas, à justificação externa das próprias premissas. Nessa justificação externa, que no nosso estudo corresponderia à motivação do ato, o administrador vai ser influenciado, em se tratando de ato discricionário, pela realidade existente a sua volta, tendo fundamental importância o discurso por ele elaborado como justificativa para o seu ato, possibilitando a análise dos argumentos<sup>106</sup> utilizados e o julgamento objetivo dos participantes da fala.

---

<sup>104</sup> O próprio autor esclarece que considerando que todas as comunicações jurídicas são suscetíveis de questionamento judicial, por uma questão de fixação metodológica, optou por ter como perspectiva de investigação a administração da justiça e conseqüentemente das decisões judiciais, mas que a teoria do direito inclui também o legislador e a Administração Pública. (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 266).

<sup>105</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 267- 268.

<sup>106</sup> “*Los argumentos son razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez enclavada con un acto de habla constativo o un acto de habla regulativo y que mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos*”. (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 297).

A motivação racional do ato administrativo, enquanto discurso do administrador público, conduz ao acordo, no qual reside sempre a possibilidade de poder dizer não, mas com a vantagem de a negativa não ser imposta pelo poder, consistindo numa “estabilização não coativa de expectativas de comportamento”<sup>107</sup> e a correção (retidão) dos juízos normativos é obtida por meio da “aceitabilidade racional, aceitabilidade apoiada em bons argumentos” . Com essa percepção, o autor centra o seu entendimento de que a decisão racional se concretiza mediante “fundamentação ou justificação efetuadas argumentativamente”, onde devem estar presentes todas as informações e as razões que levaram à decisão, em especial as “boas razões” que são identificadas no “jogo argumentativo” e levam ao “acordo racionalmente motivado”<sup>108</sup>.

Transpondo os ensinamentos de Habermas relativos as decisões judiciais para a esfera administrativa, em especial para o Direito Administrativo Brasileiro, podemos afirmar que o discurso jurídico em que se decidem normativamente os fatos, apenas será compreendido enquanto a Administração expuser e fundamentar a sua decisão ante os interessados e ante a opinião pública<sup>109</sup>.

A idéia do que vem a ser uma justificação ou, como utilizaremos na presente dissertação, uma motivação racional pode variar de autor para autor<sup>110</sup>, de acordo com a perspectiva de cada um. No entanto, há um consenso: as decisões administrativas ou judiciais devem ser motivadas (justificadas) racionalmente.

---

<sup>107</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp.83.

<sup>108</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp.298.

<sup>109</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 308.

<sup>110</sup> O próprio Habermas em sua exposição faz uma rápida menção a tese defendida por Aulis Aarnio em relação à racionalidade do discurso jurídico e de maneira mais detalhada critica a proposta de Robert Alexy para se chega a essa racionalidade ( HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 301).

### **2.3 As regras de discussão racional propostas por Alexy e sua utilização na motivação dos atos.**

A teoria da argumentação jurídica construída por Alexy sofre uma grande influência da teoria do discurso de Habermas. “A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”<sup>111</sup>.

Ao analisar os ensinamentos de Karl Larenz e K. English, que reconhecem na aplicação da lei não apenas a subsunção, mas também valorações do aplicador do direito (juizes e funcionários da administração), Alexy coloca a seguinte questão: onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação destas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações<sup>112</sup>.

As propostas inicialmente discutidas para a objetivação do problema das valorações são: 1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, bem como em normas não jurídicas, faticamente vigentes ou seguidas; 2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores) ; 3) recorrer a princípios suprapositivos e 4) apelar a conhecimentos empíricos. Alexy busca outros caminhos para responder a indagação proposta e propõe a argumentação jurídica como atividade lingüística e de correção dos enunciados normativos, designando-a de “discurso prático”, ou seja, o discurso jurídico é considerado como um caso especial de discurso prático geral, já que se baseia na pretensão de correção de enunciados normativos,

---

<sup>111</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 234.

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Trad. M. Atienza e I. Espeja. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.28.

mas com uma peculiaridade: a argumentação jurídica sofre uma série de condições limitadoras, como a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, a adequação à dogmática elaborada pela ciência jurídica organizada institucionalmente, bem como as limitações através das regras de ordenamento processual, mesmo essa última limitação não se referindo ao discurso científico-jurídico. A questão que se põe é: o que significa racionalmente fundamentar um enunciado jurídico levando em conta essas condições limitadoras? <sup>113</sup>

O discurso racional prático, proposto por Alexy, pode ser entendido como um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. O conjunto de regras a serem utilizadas no discurso confere a sua racionalidade garantindo o direito de cada ser humano de participar do discurso, apresentando e criticando qualquer argumento<sup>114</sup>.

Para fundamentar as regras do discurso, Alexy indica que são possíveis quatro caminhos: 1) considerá-las regras técnicas, ou seja, meios para se chegar a determinados fins; 2) a fundamentação empírica, demonstrando que algumas regras vigoram de fato e os resultados obtidos com a aplicação dessas regras refletem as “convicções normativas realmente existentes”; 3) a “fundamentação definidora que consiste em analisar as regras que definem um jogo de linguagem – uma certa práxis – e aceitá-las como critério”; 4) o “pragmático-transcendental” ou “pragmático-universal” para demonstrar que a comunicação lingüística depende da aplicação de determinadas regras. Partindo desses caminhos, Alexy propõe as seguintes regras: regras fundamentais; regras da razão; regras sobre a carga da

---

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Trad. M. Atienza e I. Espeja. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.33-36.

<sup>114</sup> ALEXY, Robert. *Derecho e Razón Práctica*. 2. ed. México: Distribuições Fontamara, 1998, pp. 32.

argumentação; regras sobre as formas de argumento; regras de fundamentação; regras de transição<sup>115</sup>.

A peça nuclear da teoria do discurso, proposta por Alexy, é um sistema de regras do discurso e de princípios do discurso, cuja observância garante a racionalidade da argumentação e seus resultados<sup>116</sup>. Esse sistema de regras pretende formular algo como se fosse um código da razão prática, não apenas complementando as regras específicas do discurso jurídico, mas constituindo também a base para sua justificação e crítica<sup>117</sup>.

Para se chegar a uma única resposta correta<sup>118</sup>, por meio dessas regras, seria preciso: 1) tempo ilimitado; 2) informações ilimitadas; 3) clareza lingüística conceitual

<sup>115</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 240-243.

<sup>116</sup> As regras propostas por Alexy para se chegar à racionalidade são as seguintes: “**1. Regras Fundamentais:** 1.1. Nenhum falante pode se contradizer, 1.2. Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio crê, 1.3. Todo falante que aplique um predicado F a um objeto deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a, em todos os aspectos relevantes, 1.4. Todo falante só pode afirmar aqueles juízos de valor e dever que afirmaria também em todas as situações iguais, em todos os aspectos relevantes, 1.5. Falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes; **2. Regras da razão:** 2.1. todo falante deve quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser quando puder dar razões que justifiquem a recusa de uma fundamentação; 2.2. a) Todos podem problematizar qualquer asserção do discurso, b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso, c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; 2.3. A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 2.1. e 2.2.; **3. Regras sobre a carga da argumentação:** 3.1. Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar isso, 3.2. Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso, 3.3. Quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos, 3.4. Quem introduz, no discurso, uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma anterior manifestação, tem, se isso lhe é pedido, de fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação; **4. Regras de formulação dos argumentos:** 4.1. Argumento 1: caso concreto – regra – enunciado normativo, 4.2. Argumento 2: consequência – regra – enunciado normativo, 4.3. Argumento 3 (referente ao argumento 1): caso concreto – marco teórico – regra – enunciado normativo, 4.4. Argumento 4 (referente ao argumento 2): nova regra – condição fática – regra – consequências – enunciado normativo; **5. Regras de fundamentação** (concepções a partir do falante): 5.1. A pessoa que afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências dessa regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas, 5.2. As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos, 5.3. Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral; **6. As regras de transição:** 6.1. Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar para um discurso teórico (empírico), 6.2. Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise de linguagem, 6.3. Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de teoria do discurso.” (ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Trad. M. Atienza e I. Espeja. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.185-201).

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. *Derecho e Razón Práctica*. 2. ed. México: Distribuições Fontamara, 1998, pp. 17-20.

<sup>118</sup> Atienza registra que Alexy considera um equívoco o raciocínio de Dworkin no sentido de haver uma única resposta correta para os casos difíceis, “pois, para ele seria preciso sustentar também uma teoria forte dos princípios que contivesse, além de todos os princípios do sistema jurídico em questão, todas as relações de

ilimitada; 4) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de regras e 5) carência de prejuízos ilimitadas. Na prática é impossível se cumprir todos esses requisitos, que podem ser atendidos apenas de forma aproximada.

No entanto, como registra Atienza, Alexy não pretende que se chegue a uma única resposta correta. Esse entendimento deve apenas funcionar como um critério orientador para os participantes do discurso, pois a idéia da única resposta correta não significa que exista, “para cada caso uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta.” A pretensão de Alexy é que se atinja o maior grau de racionalidade prática<sup>119</sup>.

Habermas faz uma série de objeções à pretensão de Alexy, de atingir a racionalidade por meio da aplicação de “regras de racionalidade” ou “regras de razão” e de tratar o discurso jurídico como um caso especial do discurso moral. Nesse sentido o autor arrola o seguinte: a) as restrições específicas que existem em relação às partes perante o tribunal, não parecem permitir que o curso do processo possa ser medido por critérios de um discurso racional, pois todos os implicados no processo fazem contribuição a um discurso que partindo da perspectiva do juiz servem para obtenção de um juízo imparcial e apenas essa perspectiva é considerada essencial para a fundamentação da decisão; b) as condições procedimentais das argumentações, em regra, não são suficientemente seletivas para assegurar a cada caso uma única decisão correta; c) não se pode pressupor uma consonância entre moral e direito, como pretende Alexy, e considerando os ensinamentos de Dworkin, deve haver uma reconstrução racional do direito vigente e a decisão jurídica do caso particular apenas

---

prioridade abstratas e concretas entre eles, e por isso determinasse univocamente a decisão em cada um dos casos.” (ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 265).

<sup>119</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 269.

poderá ser correta caso se ajuste a um sistema jurídico coerente; d) A dimensão de validade das normas jurídicas, muito complexa, não permite assimilar a retidão das decisões jurídicas à validade dos juízos morais e, portanto, considerar o discurso jurídico como caso especial de discursos morais de aplicação<sup>120</sup>.

A crítica mais relevante lançada por Atienza a Alexy, foi no sentido de que com as suas regras ele não desenvolveu “algo como uma teoria da razoabilidade, que fornecesse algum critério para escolher, entre as diversas soluções racionais, a mais razoável”. Os critérios de racionalidade prática, são critérios mínimos que permitem afastar determinadas decisões irracionais, mas nos casos difíceis, onde seja possível mais de uma solução aprovada no teste de racionalidade, não seria possível fixar com base nesses critérios qual a decisão correta ou a mais correta. A partir desse entendimento, o autor propõe uma ampliação da noção de racionalidade prática para que ela envolva:

uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade que oferecesse algum tipo de critério para lidar nos casos difíceis, por mais que tais critérios possam ser discutíveis e não tenham a solidez dos outros. Uma tal teoria, por outro lado não poderia ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política e moral<sup>121</sup>.

Na teoria da argumentação de Alexy a racionalidade estaria contida numa “fórmula mágica”, bastando aplicá-la, ou seja, a “necessária implicação da racionalidade as regras justificadoras, como se a racionalidade fosse o resultado necessário da soma de tais e tais ingredientes.” Não se pode traduzir a racionalidade pretendida apenas por meio de fórmulas, de maneira que não se considera contemplado aquilo que não se adequa a elas, pois

---

<sup>120</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso* Trad. Manuel Jiménez Redondo . Madrid: Trotta, 1998, pp. 301-305.

<sup>121</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 330 e 331.

a racionalidade vai muito além disso. A racionalidade jurídica deverá ser determinada pela “própria estrutura estatal, aliada a elementos da sociedade”<sup>122</sup>.

Com todas as objeções lançadas contra a proposta de Alexy, a teoria de Aulis Aarnio, a seguir exposta, com os seus ensinamentos de apontar o racional como razoável, parece-nos mais adequada quando se fala em motivação racional do ato administrativo.

#### **2.4. A teoria de Aarnio do racional como razoável como base para uma motivação racional dos atos administrativos.**

O ponto de partida da teoria proposta por Aarnio é a existência de decisões rotineiras que são mecânicas e de decisões que envolvem discricionariedade entre alternativas, as quais o autor denominou de discricionárias. Nesse último tipo, incluem-se aqueles casos em que mais de uma norma jurídica pode ser aplicada ao mesmo conjunto de fatos ou a mesma norma jurídica permite mais de uma interpretação<sup>123</sup> e aqui irá surgir para aquele que decide um dilema entre qual a norma que deve ser aplicada ou qual a interpretação que deve ser dada. Isto, obviamente, supondo que o órgão julgador não toma decisões impulsivas, nem imprevisíveis, mas sim prima pela observância do princípio da certeza jurídica, que não apenas se refere à eliminação da arbitrariedade, mas também ao fato de a decisão ser elaborada em consonância com o Direito e com outras normas sociais não jurídicas<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> DA MAIA, Alexandre. A Argumentação Jurídica em Robert Alexy como uma Teoria da Identificação: Bases Teóricas para a Multiplicidade da Dogmática. *Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura do Recife*. Recife, n. 9, pp.61-75, jan/jun-2002.

<sup>123</sup> A lei pode apresentar, por exemplo, termos técnicos que podem provocar dúvidas de interpretação, isso porque o termo pode ser vago, ambíguo, valorativamente aberto, pode haver uma lacuna na lei ou uma regulação excessiva sobre o assunto (vários textos legais tratando do mesmo tema). (AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158-161).

<sup>124</sup> A certeza jurídica pode ser entendida no sentido estrito, significando que todo cidadão tem direito de esperar proteção jurídica, ou seja, o tribunal ou outro órgão julgador tem a obrigação jurídica de dar uma resposta ao

O juiz<sup>125</sup> tem a responsabilidade de buscar a realização da certeza jurídica, de justificar as suas decisões, já que a “apresentação da justificação é sempre também um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência da certeza jurídica na sociedade”. Nos casos de decisões discricionárias<sup>126</sup>, a justificação assume um papel ainda mais relevante, pois viabiliza o recurso, por meio do qual a decisão pode ser revista, além de gerar a credibilidade dos cidadãos, pois ‘também a parte perdedora aceitará o resultado se a decisão estiver baseada em razões adequadas’. Esse entendimento reflete a importância que é dada ao que Aarnio denominou de “teoria da justificação da decisão jurídica interpretativa”<sup>127</sup>.

A tese central de Aarnio é que a decisão jurídica cria sempre um equilíbrio entre a letra da lei e outros fatores que influenciam no assunto. Trata-se de saber como aplicar a lei de tal forma que conte com a aceitação geral, pois a base para o uso do poder por parte do julgador reside na aceitabilidade das suas decisões e não na posição formal do poder que pode ter. Nesse sentido a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão e um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência da certeza jurídica na sociedade. A teoria proposta por Aarnio, surge como forma de satisfazer as condições de racionalidade e de aceitabilidade das decisões que são as pedras angulares da ideologia atual da certeza jurídica <sup>128</sup>.

---

cidadão que pede proteção jurídica e no sentido amplo correspondendo à exigência de que se evite a arbitrariedade e que a decisão seja correta. (AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 24-27).

<sup>125</sup> Os ensinamentos de Aarnio podem ser usados também no que diz respeito ao administrador público.

<sup>126</sup> No item 2.1. falamos do importante papel da linguagem no direito e como as regras são expressas aos cidadãos por meio de linguagem pode possuir expressões que deixem lugar à discricionariedade do aplicador do direito, configurando um ato volitivo que deve ser justificado ou motivado racionalmente, como preferimos. Na hipótese da lei ser linguisticamente exata e sem dúvidas na sua aplicação, como ocorre com os atos administrativos vinculados, não há necessidade de justificação quanto a interpretação que foi dada ao conteúdo do próprio texto. Isso não significa dizer que os atos vinculados não necessitem de motivação, mas que sua motivação será bem mais simples, já que o administrador não tem que demonstrar que realizou a melhor opção dentre as possíveis para o caso (vide Capítulo 1).

<sup>127</sup> AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 28-29.

<sup>128</sup> AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 29-35, 58-59.

A interpretação possui uma importância fundamental no processo de motivação (justificação) racional, pois tem uma grande significação na relação entre aquele que dita o texto (o legislador) e quem o interpreta (o juiz ou o funcionário da administração), além de ser necessário levar em consideração a relação do intérprete com outros membros da “audiência interpretativa”<sup>129</sup> ou da comunidade jurídica, ou seja, todos aqueles que têm interesse de participar do discurso sobre as possíveis alternativas de interpretação. Ao determinar o sentido de qualquer elemento de um texto jurídico, o intérprete não deve satisfazer a ele próprio, mas sim buscar um resultado que tenha um nível de aceitação geral. Trata-se de um processo de comunicação entre diversos atores (legislador – intérprete – audiência de interpretação)<sup>130</sup>.

A “interpretação obtém sua legalidade só (e especificamente) porque está vinculada às fontes do direito dotadas de autoridade” e para o procedimento de justificação, no qual se concentra a questão do discurso jurídico, podem ser considerados: a) ‘*travaux préparatoires*’, por trás do qual está o princípio da denominada interpretação subjetiva; b) interpretação sistemática, c) as decisões dos tribunais como razões, d) a opinião doutrinária, e) razões práticas, quando a interpretação é sopesada à luz de certos fatores que pertence a realidade social, em especial as conseqüências. Quando houver dúvida quanto ao melhor argumento a ser utilizado, a escolha pode se dar pela argumentação finalista, considerando que deve ser dada prioridade à alternativa que tem a melhor ou relativamente a melhor conseqüência <sup>131</sup>.

A interpretação sempre vai ser usada nos casos difíceis, nos quais o intérprete terá que escolher entre pelo menos duas alternativas, escolha essa que tem que ser justificada e

---

<sup>129</sup> “La audiencia puede ser definida como un grupo que acepta las condiciones generales de racionalidad y donde ha sido aceptado el sistema de valores que constituye la base de la posición interpretativa.” (AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 280).

<sup>130</sup> AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social – Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés . México: Fontamara, 1995, pp.28.

<sup>131</sup>AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 170-184.

como a justificação é um procedimento do discurso prático racional, a justificação de um ponto de vista interpretativo corresponderá a esse procedimento.

O problema que se coloca é de como justificar juridicamente o resultado de uma interpretação. Que justificação jurídica é um procedimento discursivo, isso ficou bem claro no item 2.1. que deve seguir os princípios do discurso racional. Mas, o que deve ser considerado racional?

A racionalidade jurídica será obtida quando a justificação jurídica seguir certas pautas de interpretação e estiver embasada em certas fontes do direito. O produto final do procedimento de justificação jurídica é a aceitabilidade racional e por essa razão se relaciona com o ponto de vista interpretativo. A interpretação jurídica é um diálogo. Nesse sentido, uma forma de comunicação humana e, seguindo os ensinamentos de Jürgen Habermas, pode se chamar esse tipo de racionalidade de racionalidade comunicativa, que está vinculada com a argumentação e com o convencimento. Portanto, a racionalidade comunicativa é a base da compreensão humana e ademais a base da aceitabilidade. Por outro lado, a aceitabilidade está conectada com a conclusão a que chega o aplicador da lei, quer dizer, com o conteúdo material da interpretação e com a forma de argumentação ou com as propriedades do próprio procedimento justificatório. O processo de argumentação é considerado razoável ou aceitável quando o resultado da interpretação o é, e isso é obtido por meio de uma interpretação aceitável, pois o seu resultado tem que corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica. O ponto de vista interpretativo é o resultado do argumento racional (discurso racional) e é aceitável (razoável)<sup>132</sup>.

Aarnio, ao defender que os valores e as normas vêm a formar parte da discussão social, resultando desta discussão o próprio processo democrático de tomada de decisões,

---

<sup>132</sup> AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 241-249.

reconhece a influência de Habermas e de Alexy na sua teoria procedimental do discurso político ou jurídico, pois, de acordo com a idéia desses autores, as relações sociais são interativas, quer dizer, são comunicações<sup>133</sup>.

O funcionamento da democracia não pode ser avaliado se a maquinaria de decisões não se encontra aberta a um discurso a partir de várias perspectivas, o qual também diz respeito à racionalidade. Aqui está o ponto de convergência entre a democracia, a política, a moral e a argumentação jurídica, seguindo um determinado modelo de racionalidade. Uma democracia formal que funcione bem é uma condição prévia para o discurso racional na sociedade, pois apenas será possível realizar a verdadeira democracia se os discursos político, moral e jurídico satisfizerem um critério mínimo de racionalidade<sup>134</sup>.

As decisões administrativas ou judiciais devem estar de acordo com as normas legais, com outras normas sociais e com a moralidade vigente em determinada sociedade. A motivação racional demonstra essa concordância, evitando a imprevisibilidade e a arbitrariedade, de forma a propiciar, em certa medida, a certeza jurídica aos cidadãos e a conseqüente aceitabilidade das referidas decisões.

Ditas decisões são uma forma de exercer o poder. Assim, os procedimentos por meio dos quais se chega a estas têm que estar aberto aos cidadãos e aqui surge o discurso racional como peça fundamental para a concretização da democracia e como meio de justificação da decisão tomada.

A exigência de racionalidade<sup>135</sup> não significa outra coisa senão a exigência de argumentar as decisões, já que a argumentação configura um pré-requisito para o controle da

---

<sup>133</sup> AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social – Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1995, pp. 71.

<sup>134</sup> AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social – Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1995, pp. 79.

<sup>135</sup> Assim como Alexy, Aarnio de uma forma mais simplificada propõe alguns princípios e regras básicas de racionalidade: “1. Regras de consistência; 2. Regras de eficiência; 3. Regras de sinceridade; 4. Regras de generalização (universalidade); 5. Regras de apoio (coerência). (AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*

decisão tomada e decisões bem fundamentadas ou motivadas possibilitam ao interessado entender por que algo foi decidido de tal maneira.

A expectativa de certeza jurídica, ponto de partida da exposição de Aarnio, estará plenamente satisfeita se: a) a decisão ou interpretação se enquadrarem num marco legal, b) o discurso for elaborado de forma racional, c) a decisão satisfaça o código de valores dominantes. Assim, a aceitabilidade racional não é apenas um ideal abstrato, mas um princípio válido e efetivo que funciona na prática cotidiana, consubstanciando um guia para o julgador e para o jurista, que lhe permite encontrar a interpretação mais adequada <sup>136</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao motivar os seus atos, o administrador público está oferecendo boas razões para a sua prática, demonstrando a adequação da interpretação escolhida e o quanto essa interpretação é racional e aceitável.

## **2. 5. Para se chegar a um ato administrativo racionalmente motivado**

Ao motivar o ato administrativo, cabe ao agente público externar a interpretação que está fazendo da lei; esclarecer em que sentido a norma está sendo aplicada; demonstrar a existência das circunstâncias de fato condicionantes da aplicação da lei e que os fatos estão submetidos à qualificação jurídica apropriada. Na elaboração da motivação, que é um discurso jurídico, o administrador público não pode fazer uso apenas de sua visão de mundo, mas sim adequar a sua interpretação à realidade social existente e demonstrar essa adequação, tanto de fato quanto de direito.

---

– *un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 254-262).

<sup>136</sup> AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 288.

Para se verificar a referida adequação, deve a motivação estar presente em todos os atos administrativos e ser feita de forma clara, congruente e suficiente, permitindo que os destinatários do ato administrativo compreendam as razões de fato e de direito que ensejaram a sua edição.

De acordo com a perspectiva habermesiana a razão comunicativa se refere a convicções e idéias, ou seja, a manifestações suscetíveis de crítica, que em princípio resultam suscetíveis de esclarecimentos argumentativos. Por esse motivo defende Habermas que as afirmações e as ações teleológicas pode se dizer que são tanto mais racionais quanto melhor podem fundamentar-se às pretensões de verdade ou de eficiência vinculados a ela. A expressão racional é utilizada como predicado aplicável às pessoas que elaboram manifestações ou emissões, em relação as quais são capazes de fundamentar e dar razões quando o caso o exija.

A teoria de Habermas parte da força de integração social que possuem os processos de entendimento racionalmente motivados os quais sobre a base da manutenção de uma comunidade de convicções permitem conservar distâncias e respeitar diferenças reconhecidas como tais. O discurso racional é fundado num processo participativo, pois o discurso jurídico não pode se encontrar no universo hermeticamente fechado do direito vigente, mas sim se manter aberto a outros argumentos, em especial as razões pragmáticas, éticas e morais. Toda a construção feita pelo autor está embasada na argumentação e nos argumentos utilizados no discurso jurídico, considerados bons e racionais na medida em que são aceitos.

Para Alexy, com a utilização da argumentação jurídica que traduz o discurso jurídico, o qual é vinculado à lei, aos precedentes e à dogmática e no caso do processo, às leis procedimentais, é possível chegar a uma decisão racionalmente fundamentada e, para isso, ele propõe uma série de regras a serem seguidas, ou seja, formas de argumentos que podem ser

tomadas como referências diante das limitações existentes. A adoção dessas regras serão suficientes para que o resultado fundamentado no argumento possa refletir a pretensão de correção.

O discurso elaborado para motivar os atos administrativos, não necessariamente deve seguir as regras propostas por Alexy, mas deve ser formulado de forma a justificar de modo racional a prática do ato, como garantia da segurança jurídica e da justiça no caso concreto. Esse intento é conseguido a partir da capacidade discursiva, ou seja, os argumentos utilizados devem satisfazer o destinatário do ato, bem como a opinião pública, demonstrando a validade do ato perante o ordenamento jurídico e facilitando o seu controle.

A motivação se compõe de um resumo das considerações em que se baseia a decisão, tanto nos aspectos de fato como de direito e esse resultado pode voltar a ser apreciado pela própria Administração, por meio de recursos administrativos, ou pelo Judiciário, concretizando o controle judicial dos atos administrativos, previsto na nossa Constituição Federal no art. 5º, XXXV ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse entendimento institucionalizado do direito, serve a duas finalidades: 1) garantir a justiça no caso particular, já que com a revisão da decisão, por meio de um recurso, visa primeiramente obter para o interessado a decisão correta e portanto justa, 2) manter a unidade na aplicação do direito. Assim, a simples possibilidade de revisão da decisão obriga a Administração Pública a uma motivação cuidadosa e racional.

Diante disso, parece-nos mais interessante, em relação ao tema estudado, a abordagem do argumento racional feito por Aarnio, com a influência que teve dos ensinamentos de Habermas e Alexy, no sentido de racionalidade como razoabilidade. Observe-se que os três autores não se contrapõem, mas se complementam. Seguindo o proposto por Aarnio, o administrador, ao motivar o ato administrativo, deve justificar a

interpretação dada à norma jurídica, apresentar boas razões para a prática do ato, a sua conformidade com as leis vigentes, que justifica a presunção de legalidade presente em todos os atos administrativos e por fim a sua adequação à moralidade socialmente em vigor, refletindo a sua razoabilidade.

### **3. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos face à Constituição de 1988**

#### **3.1. A constitucionalização da Administração Pública**

No Estado contemporâneo, ao examinarmos os ordenamentos jurídicos, verificamos o que se tem denominado de “Estado Constitucional”. Nesse tipo de Estado, a lei deve se submeter a uma relação de adequação e portanto de subordinação a um nível mais alto do direito fixado pela Constituição. Essa necessidade surge a partir do momento em que passa a existir uma heterogeneidade dos valores e conteúdos expressados na lei, ou seja, o pluralismo das forças políticas e sociais, além do que, os diversos interesses em jogo, quando da elaboração de uma lei, pode levar à edição de lei que nem sempre reflita a vontade do povo. A heterogeneidade e ocasionalidade das pressões sociais interferem na produção do Direito e nesse contexto, a Constituição passa a ter uma função unificadora ao fazer a previsão de um Direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador, contendo-o e orientando-o no desenvolvimento da atividade legislativa, pois sobre os princípios e valores expressos na Constituição “existe um consenso social suficientemente amplo”. Durante muito tempo, a lei foi a medida exclusiva para todas as coisas no campo do Direito; agora, ela cede lugar à Constituição e se converte ela mesma em objeto de verificação de adequação às normas constitucionais.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional. *El Derecho Ductil. Ley, Derecho, Justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, pp.21-45, pp. 37-40.

No século XX presenciamos a transformação da Constituição<sup>138</sup> numa das principais fontes do Direito Administrativo, como consequência da constitucionalização da Administração Pública<sup>139</sup>, ou seja, uma verdadeira cristalização, em direito positivo constitucional, de normas relativas à atividade administrativa. A Constituição italiana de 1947, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978 tratam da Administração Pública de maneira explícita, reservando-lhe dispositivos específicos, refletindo a necessidade de se estender os princípios que regem a democracia também para a função administrativa, como já ocorria com a função legislativa e jurisdicional<sup>140</sup>.

No Direito Brasileiro essa tendência foi consolidada na Constituição Federal de 1988 que trouxe o seu capítulo VII todo dedicado a disciplinar a atuação da Administração Pública e como destaca Patrícia Baptista:

A despeito de tudo, é irrecusável que a Constituição de 1988, seja no texto original, seja no emendado, representou um significativo avanço no sentido da democratização e da despolitização da Administração Pública no Brasil. Se ainda não foi possível efetivar tudo quanto disposto pelo constituinte ou afastar de vez as práticas corporativas e clientelistas da tradição administrativa brasileira, é certo que a disciplina constitucional tem sido eficaz, ao menos, para constringer o administrador público. O caminho da democratização da Administração Pública,

---

<sup>138</sup> “ *Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del Siglo XVIII (sus grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que suceden tras la Revolución Francesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Esos supuestos radican en su origen popular o comunitario, en lo que claramente se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho; su contenido lo indica con toda precisión el famoso art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: ‘Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución’.*” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Constituição como norma. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, pp. 5-17, pp.6, abr/jun, 1986).

<sup>139</sup> “Como as Constituições tradicionais eram omissas ou lacônicas quanto aos balisamentos da atuação administrativa do Estado para resgatar as duas antigas aspirações do Estado Liberal, por tanto tempo contidas, a *impessoalidade* e a *eficiência*, o ponto crucial da atual mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, situa-se no processo de constitucionalização da Administração Pública. Essa busca de uma Constituição administrativa duplamente valiosa, liberal e democrática, em que se assegure o primado do indivíduo e o da sociedade sobre o Estado, deverá consolidar o conceito, segundo o mais preciso dos seus expositores, Umberto Allegretti, em recente mas já clássica monografia dedicada ao tema, de ‘*que a administração deve atuar a serviço dos cidadãos, com o fim de promover as condições de exercício de seus direitos*’.”(grifos no original) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, pp.16).

<sup>140</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 163-164.

como se vê, foi aberto, e a Constituição representa um importante instrumento na sua pavimentação<sup>141</sup>.

O tratamento dispensado à Administração Pública pela nossa Carta Magna, também alarga de certa forma o controle judicial dos atos administrativos, pois possibilita ao Poder Judiciário verificar se a atividade administrativa foi exercida em consonância com os princípios constitucionais que a regem<sup>142</sup>.

No processo de constitucionalização da Administração Pública, os princípios que norteiam a atividade administrativa, encontrados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, ocupam uma posição de destaque. Os valores expressados por esses princípios “constituem os pontos de referência centrais para o ‘sistema interno’ do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta por valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente”<sup>143</sup>.

No tocante às funções dos princípios, Paulo Bonavides, com base nos ensinamentos de F.Castro, Trabucchi e Bobbio registra que os princípios podem desempenhar três funções distintas, mas todas de reconhecida importância: a função de fundamentar toda a ordem jurídica; a função de orientar o intérprete no seu labor e por fim a função de se recorrer aos princípios nos casos de lacuna da lei<sup>144</sup>.

É inegável a importância dada aos princípios jurídico-administrativos pelo constitucionalismo contemporâneo, os quais passam a ser utilizados como parâmetro para a decisão a ser adotada pela Administração na solução de casos concretos e não apenas no preenchimento de lacunas<sup>145</sup>. Portanto, há “o reconhecimento de uma dimensão juridicamente

---

<sup>141</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 79.

<sup>142</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 19-20, 69-71.

<sup>143</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbknian, 1997, pp. 686.

<sup>144</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 281-282.

<sup>145</sup> A função dos princípios passa a ser muito mais ampla do que a função meramente integrativa prevista no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

actuante que transcende a disciplina particular dos comportamentos e que actua com base numa premissa valorativa que forma o núcleo gerador de sua normatividade”<sup>146</sup>.

Os princípios administrativos, elevados á categoria de princípios constitucionais, têm também importância na legitimidade<sup>147</sup> da atuação da Administração Pública, pois, no Estado de Direito, sobre o qual falaremos no item 3.2.2, as decisões da Administração Pública além de se revestir da forma de Direito, têm que ser legítimas e quando para emitir sua decisão o administrador público recorre aos princípios constitucionais, essa decisão torna-se legítima, porquanto a Constituição representa o Direito legitimamente estabelecido. A outra forma de legitimação apontada por Habermas seria a legitimação pela via procedimental, ou seja, com base no princípio da soberania popular, no sentido de que todo poder emana do povo. A participação do cidadão no processo de decisão seria uma forma de legitimá-la <sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 270-271. A importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema também é reconhecida por Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 674).

<sup>147</sup> Quanto à distinção de legalidade e legitimidade, podemos dizer que a primeira tem relação com a ordem ético-jurídica e a segunda com a ético-política. Com apoio em Max Weber a ordem legítima seria um consenso geral sobre sua própria validade, a ser garantida de forma subjetiva (fundamentos emocionais, racionais ou religiosos) ou objetiva com base na lei. Portanto “a legalidade seria uma legitimidade objetivamente garantida”. A legitimidade está ligada ao conjunto de valores aceitos pela sociedade. “Essa axiologia permeia, portanto, todo o sistema juspolítico; subjetivada na sua expressão de legitimidade e objetivada na de legalidade, ela age como sua coluna vertebral, dando-lhes coerência e estabilidade em meio a forças sociais simultaneamente coesivas e dissociativas, conservadoras e revolucionárias, internas e externas que sobre ela atuam”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.5-9).

<sup>148</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 202, 237-238.

## **3.2. A motivação do ato administrativo como princípio jurídico constitucionalmente implícito**

### **3.2.1. A identificação de um princípio constitucional implícito**

Para demonstrarmos que o princípio da motivação do ato administrativo pode ser encontrado de forma implícita na nossa Constituição Federal, é preciso analisarmos os princípios e regras que regem a nossa Magna Carta e a partir dessa análise descobriremos qual o fundamento constitucional da motivação dos atos administrativos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – 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. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra<sup>149</sup>.

Os princípios exercem um papel bastante importante no Direito Administrativo Brasileiro, pois como nós não temos codificação nesse ramo do Direito, os princípios que regem a Administração Pública direcionam o administrador na sua atividade e o juiz na execução da função jurisdicional, no julgamento de causas que envolvam a Administração Pública, em especial nos casos de lacuna da lei.

---

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.28.

A normatividade é reconhecida tanto aos princípios que estão de forma explícita presentes no ordenamento jurídico como aqueles que decorrem do sistema<sup>150</sup> e são reconhecidos pela doutrina e concretizados quando da aplicação da norma ao caso concreto<sup>151</sup>.

Os princípios não – expressos como observa Bobbio “são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama espírito do sistema”<sup>152</sup>.

Os princípios implícitos têm tanta importância quando os explícitos, todavia é necessário que eles sejam descobertos no próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido é o ensinamento de Francesco Ferrara:

Todo o edifício jurídico se alicerça em princípios supremos que formam as suas idéias directivas e o seu próprio espírito, e não estão expressos, mas são pressupostos pela ordem jurídica. Estes princípios obtêm-se por indução, remontando de princípios particulares a conceitos mais gerais, e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes do sistema jurídico. E é claro quanto mais alto se eleva esta indução, tanto mais amplo é o horizonte que abrange<sup>153</sup>.

Eros Roberto Grau não utiliza a terminologia explícitos e implícitos para os princípios, mas propõe uma distinção entre os princípios positivos de direito e os princípios gerais do direito, mesmo considerando que ambos integram o direito positivo. Para o autor, os princípios positivos de direito seriam aqueles positivados pelo que ele denomina de “direito posto” (direito positivo), enquanto os princípios gerais de direito estariam em “estado de latência”, sob o ordenamento jurídico positivo, no “direito pressuposto” e precisariam ser

---

<sup>150</sup> Juarez Freitas define sistema como: “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.54).

<sup>151</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 55.

<sup>152</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pp. 159.

<sup>153</sup> FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, Traduzido por Manuel A . D. de Andrade, 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963, pp. 160.

descobertos. No nosso entender, estes últimos corresponderiam ao que a doutrina tem denominado de princípios implícitos<sup>154</sup>.

Mas, para fazermos a descoberta de um princípio implícito na Constituição, é preciso termos de forma clara a distinção entre princípios e regras, que para Robert Alexy, são espécies do gênero norma jurídica<sup>155</sup>, expressando um dever ser, formulado com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.

A distinção entre princípios e regras é tida por Robert Alexy como sendo um dos pontos mais importantes no estudo da teoria dos direitos fundamentais, enquanto base para solução dos problemas que envolvem ditos direitos e os critérios tradicionalmente utilizados para fixar essa distinção são o da generalidade, segundo o qual os princípios possuem um grau de generalidade alto, ao contrário das regras com um nível relativamente baixo; o da determinabilidade dos casos de aplicação<sup>156</sup>, e por fim o do fundamento, segundo sejam fundamentos das regras ou as próprias regras, ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 102-116.

<sup>155</sup> A discussão se os princípios são normas jurídicas está superada pela doutrina, isso é observado nos ensinamentos de Bobbio: “ Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos nem caso de lacuna? Para regular um comportamento não – regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pp. 158-159).

<sup>156</sup> Canotilho esclarece que o grau de determinabilidade na aplicação aos casos concretos está ligado ao fato “dos princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 166).

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81-84.

A partir desses critérios Alexy apresenta três possíveis teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira, com um certo grau de descrença, entende que nenhum daqueles critérios isolados pode servir para dividir as normas em duas classes, as das regras e as dos princípios, em especial, pela pluralidade existente de normas. A segunda é defendida por aqueles que consideram que as normas podem ser divididas em regras e princípios, sendo a distinção feita de acordo com o grau de generalidade. A terceira tese, com a qual concorda o autor, admite a divisão das normas em regras e princípios, mas prega que a diferença não é apenas gradual, mas também qualitativa. O critério proposto por Alexy não se encontra contido nessas teses apresentadas e é formulado da seguinte maneira:

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica e jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*<sup>158</sup>

Alexy registra que a distinção por ele proposta fica mais clara, quando se trata das colisões de princípios e dos conflitos de regras, que têm em comum o fato de duas normas, aplicadas independentemente, conduzir a resultados entre si incompatíveis, quer dizer, a de dois juízos concretos e contraditórios de dever ser. No caso do conflito de regras, esse se resolve no âmbito da validade, introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que eliminaria o conflito ou declarando inválida uma das regras. Quanto à colisão de princípios, a solução se dá por meio de ponderação, onde um dos princípios cede ao outro,

---

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 85-87.

pois os princípios teriam um peso diferente nos casos concretos e aquele que tiver o maior peso deve preponderar <sup>159</sup>.

A teoria de Ronald Dworkin, para realizar a distinção entre princípios e regras, considera que, ao ocorrerem os fatos fixados pela regra, ela é válida e a sua aplicação se dará à maneira do tudo ou nada<sup>160</sup>, o que não é compatível com os princípios que pela sua natureza têm uma dimensão de valor (peso ou importância) e por isso a escolha ou a hierarquia dos princípios está ligada à sua relevância. No entanto, registra o autor, as regras podem conter termos como “razoável, negligente, injusto e significativo”, fazendo com que se assemelhe ao princípio, já que sua aplicação dependerá “até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a (própria) regra”. Porém, isso não transformará a regra em princípio. Para Dworkin, os princípios apresentam toda a sua força na resolução das questões judiciais difíceis, quando levando em conta todos os princípios envolvidos o juiz elege um deles, mas isso não tem relação com a sua validade como ocorre com as regras<sup>161</sup>.

Os princípios que regem o ordenamento jurídico – administrativo, contidos na Constituição Federal de forma explícita ou implícita, refletem uma série de valores aceitos pela Nação e permitem que da Carta Magna sejam extraídas as “idéias-força” que a tornaram a ordenação sistemática e racional de um povo. Com a observância desses princípios é possível se entregar aos administrados um direito efetivo e eficaz, quanto às liberdades e garantias fundamentais<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 87/98.

<sup>160</sup> Para Alexy aqui reside a simplicidade do modelo de Dworkin ao considerar que as regras, quando válidas, são aplicáveis de uma maneira de tudo ou nada, enquanto os princípios apenas contêm uma razão que indica a direção, mas que não tem necessariamente como consequência uma determinada decisão. O modelo diferenciado, proposto por Alexy, resulta no fato de ser possível introduzir nas regras uma cláusula de exceção. (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 99).

<sup>161</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 35-45.

<sup>162</sup> DELGADO, José Augusto. Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 701, pp. 34-44, pp. 37, março, 1994.

Os princípios que foram elevados à categoria de princípios constitucionais, passam a nortear todo o sistema, guiando e fundamentando as demais normas existentes na ordem jurídica, tornando-se sede da legitimidade do poder, por ser a Constituição a instância mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade<sup>163</sup>. A Constituição é “um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”<sup>164</sup>.

Por essa razão o intérprete sempre deve ter como ponto de partida para sua análise os princípios constitucionais, iniciando pela identificação do princípio de maior relevância para o caso analisado, trilhando o caminho do princípio com maior generalidade para chegar ao que se apresenta com maior especificidade e daí descobrir a regra concreta que será aplicável à hipótese.

Quanto ao papel prático que os princípios podem desempenhar, podemos dividir em três campos: primeiramente, servir como fundamento para as decisões políticas adotadas pelo constituinte, já que representam valores supremos de dada sociedade e que por essa razão devem guiar toda a criação e organização do Estado; em segundo lugar, dão unidade ao sistema normativo, pois se irradiam por todo ele, permitindo que haja harmonia entre as diversas normas jurídicas e por último os princípios devem ser observados pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), de forma a condicionar a sua atuação, tanto no momento de interpretação, quanto no de aplicação das normas jurídicas em vigor<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 292-293.

<sup>164</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 34.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 149 e 154.

### 3.2.2. O princípio da motivação como decorrência do Estado Democrático de Direito.

Considerando que a Constituição possui princípios e regras, de diferentes tipos e características, bem como de diferentes graus de concretização, Canotilho compreende a Constituição como um sistema interno de regras e princípios, baseado em princípios a que ele denominou de estruturantes, subprincípios e regras. Os princípios estruturantes são aqueles sobre os quais estão alicerçada as idéias norteadoras de toda a ordem constitucional: o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o republicano; os subprincípios e as regras constitucionais concretizam o disposto nos princípios estruturantes<sup>166</sup>.

Transpondo esses ensinamentos para a ordem constitucional brasileira teríamos como estruturantes os princípios do Estado de Direito (art.1º); princípio democrático (preâmbulo e arts. 1º, parágrafo único e 14); princípio republicano (arts. 1º, 12 e 13); princípio federativo (arts. 1º, 18, 25, *caput*, 29, *caput* e 32, *caput*)<sup>167</sup>.

No caso do Poder Judiciário, o princípio da motivação é explícito no art. 93, X da nossa Constituição, mas esse artigo não pode ser a base para a defesa da motivação também das decisões administrativas<sup>168</sup>. A motivação dos atos administrativos tem um fundamento muito mais amplo: ela constitui uma das garantias dos administrados no Estado Democrático

<sup>166</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 180.

<sup>167</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 229.

<sup>168</sup> Para Lúcia Valle Figueiredo : “Aduz-se, como reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional. É o que se acolhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta? (*Curso de Direito Administrativo*. 5º Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.51). No mesmo sentido: FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 140-141; TOURINHO, Rita. *Discricionabilidade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 117. Em sentido contrário Celso Antônio indica como fundamento do dever de motivar o art. 1º, II e art. 5º, XXXV da Constituição Federal (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 83).

de Direito, evitando a arbitrariedade dos poderes públicos. Portanto trata-se de princípio implícito na nossa Constituição Federal.

A Administração Pública “é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”, cabendo ao administrador exercer suas atividades em total consonância com os princípios constitucionais e dispositivos legais vigentes<sup>169</sup>.

A obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, como tantos outros princípios, não está explícita na Constituição Federal, mas nem por isso deixa de ser reconhecida e aplicada, pois significa a concretização do princípio do Estado Democrático de Direito insculpido no art. 1º da nossa Carta Magna, que apresenta dentre os seus fundamentos a soberania e a cidadania, constando no parágrafo único que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Originalmente, o Estado de Direito<sup>170</sup> apresentava um conceito com sentido liberal, em oposição ao Estado Absolutista, tendo como características a submissão ao império da lei<sup>171</sup>, a divisão de poderes e ao enunciado e garantia dos direitos individuais, mas a garantia de submissão à lei era meramente formal<sup>172</sup>. Com a passagem para o Estado

---

<sup>169</sup> LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 22.

<sup>170</sup> Atribuí-se a formulação científica do Estado de Direito aos publicistas alemães Von Mohl, Stahl, Gneist e Bahr que com a sua proposta buscava limitar por meio do direito o poder do estado e assim resguardava os administrados dos arbítrios dos governantes. (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 95)

<sup>171</sup> O império da lei como registra Enterría não é de qualquer lei ou normas, mas das leis que forem produzidas dentro dos limites impostos pela Constituição, pela vontade popular através do mecanismo de representação política e com garantia plena dos direitos humanos e fundamentais (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Princípio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Faculdades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitucion. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 4, n.10, pp. 11-61, pp. 12-13, jan/abr, 1984).

<sup>172</sup> “ Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”. (SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp.116-118).

Democrático de Direito<sup>173</sup>, a essa concepção liberal foi acrescido o exercício efetivo do poder pelo povo, de forma direta ou indireta. Esse é o modelo constante em nossa Constituição.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho indica como princípios inerentes ao Estado de Direito o da legalidade, o da isonomia e o da juridicidade. O art. 5º da Declaração de 1789, formaliza o princípio da legalidade ao dispor que “ tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena”<sup>174</sup>. Aqui está contida como regra geral a liberdade. O princípio da isonomia está consubstanciado no fato de existir um só direito para todos os homens, ou seja, a lei deve ser a mesma para todos.

Por fim o princípio da juridicidade<sup>175</sup> significa que no Estado de Direito os litígios devem ser

---

<sup>173</sup> Carlos Ari Sunfeld nos fornece o seguinte conceito de Estado de Direito: “Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado. (*Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 39).

<sup>174</sup> Precisamos lembrar que o princípio da legalidade para a Administração Pública tem um sentido diferente, já que a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. No entanto, o princípio da legalidade na sua dupla acepção, seja em relação aos administrados, como em relação à Administração Pública “está ligado às concepções modernas de Estado. A própria noção de sistema constitucional decorre do reconhecimento da necessidade da luta contra o governo arbitrário e a necessidade de definir a ação do Estado, dentro dos limites legais precisos. A antiga idéia da primazia do direito transforma-se em prática institucional. Dessa orientação decorrem dispositivos especiais que estabelecem uma justiça administrativa, a revisão judiciária com a finalidade de proteger a legalidade contra os abusos, não apenas do poder executivo, mas, também do legislativo. Essa idéia de legalidade é o fundamento do Estado, inspirando as fórmulas ‘ *Governmente under Law*’, ‘ *Stato di diritto*’, ‘ *Rechtsstaat*’, admitidas por muitos, como a melhor expressão do Estado moderno, do que ele pretende ser ou a razão pela qual suas determinações são aceitas como legítimas.”(BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do Poder. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, pp.59-71, pp.64, 1985).

<sup>175</sup> Em Direito Administrativo a palavra juridicidade pode ser encontrada com uma outra acepção. Atualmente há um entendimento doutrinário em reconhecer o princípio da legalidade não apenas como a adequação à lei, mas ao próprio Direito e essa tendência já aparece na Constituição Espanhola que no seu art. 103. 1 determina que a atuação da Administração deve ocorrer “com submissão plena à lei e ao Direito”, reforçando o entendimento de que o Direito não apenas se manifesta através da lei (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de . Princípio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Faculdades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitucion. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 4, n.10, pp. 11-61, pp.14, jan/abr. 1984). Como registra o autor português Vasco Manoel “a fim de acentuar esta acepção ampla de legalidade, certos autores propõem a adopção da expressão ‘princípio da juridicidade’ (...) No entanto, quer se utilize a expressão ‘princípio da juridicidade’, quer se continue a falar em ‘princípio da legalidade (como o legislador nacional), o que há que ter presente é que se está perante uma noção positiva de legalidade, enquanto modo de realização do direito pela Administração, e não apenas como limite da actuação administrativa, e que por lei se entende não apenas a lei formal, mas também todo o Direito.”(SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 84, 85). No Direito Brasileiro Odete Medauar salienta que “o princípio da legalidade passou então a assentar-se em bases valorativas, ‘amarrando’ a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mais aos preceitos fundamentais que norteiam todo ordenamento. Então o princípio da legalidade significa não mais a relação lei -

solucionados por meio de um procedimento contencioso ou utilizando as palavras de Carl Smitt “o ideal pleno do estado burguês de direito culmina numa conformação judicial geral de toda a vida do Estado”. Não se pode esquecer que, diante do princípio da juridicidade, pode existir uma justiça própria para julgar as causas que envolvam a Administração Pública e isso é o que ocorre com o Conselho de Estado Francês<sup>176</sup>, integrante do Executivo que tem demonstrado eficiência na solução de ditos conflitos em razão de ter sempre uma atuação marcada pela imparcialidade e pela independência<sup>177</sup>.

O desenvolvimento do Estado de Direito levou a uma dessacralização do poder. As autoridades públicas e os cidadãos são colocados no mesmo nível e a função desempenhada pelas autoridades é tida como uma função humana como qualquer outra, não uma função divina e sem limites; por essa razão, pode ser objeto de normas jurídicas e deve se adequar a essas mesmas normas. Talvez esse seja o maior mérito do Estado de Direito. Mesmo as mais altas autoridades públicas estão obrigadas a observar as normas jurídicas que regulam a sua conduta<sup>178</sup>.

A limitação do poder, decorrência do Estado de Direito, leva os governantes a perceberem que têm que se sujeitar às normas vigentes, pois eles não se encontram acima da lei, muito pelo contrário estão no mesmo patamar dos cidadãos e isso faz surgir o respeito pelo Direito, transformando o exercício do poder numa competência a ser exercida de acordo com a sua instituição e enquadramento pelo Direito, representado por uma ordem jurídica, composta por diversas produções normativas num conjunto coerente e hierarquizado. Nesse

---

ato administrativo, mas a dimensão global, ordenamento - Administração”. (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 145).

<sup>176</sup> Esse sistema é denominado de *contentieux administratif* e faz surgir a jurisdição dúplice. Diferente é o sistema adotado no Brasil que é o da jurisdição una, nos termos do art. 5º, LV da Constituição Federal.

<sup>177</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Estado Legal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 157, pp. 14-44, pp.28-39, jul/set, 1984.

<sup>178</sup> AMSELEK, Paul. Évolution de la Technique Juridique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 275-294, pp.277-278, janvier/février, 1982.

contexto um juiz independente deve verificar, por meio do controle jurisdicional, se a atuação da Administração está respeitando a lei no sentido amplo, garantido o respeito ao ordenamento jurídico e conseqüentemente o Estado de Direito<sup>179</sup>.

Os poderes do Estado não são inerentes a ele e apenas se justificam na medida em que buscam a realização de interesses públicos, qualificados pela ordem jurídica. Assim, esses poderes são considerados instrumentais e o Estado exerce a autoridade pública nas situações e proporção conferidas pelo próprio ordenamento, no qual a Constituição representaria o seu ápice<sup>180</sup>.

O absolutismo, onde o poder se justificava por ele mesmo, num argumento de autoridade, deu lugar ao Estado Democrático de Direito, que não configura uma força arbitrária, mas intitucionalizada por um determinado ordenamento, onde o regime jurídico-administrativo, conjunto de regras e princípios aplicáveis às relações entre o Estado e interesses públicos, constrói-se sobre o binômio indicado por Garrido Falla, prerrogativas da Administração e direito dos administrados<sup>181</sup>.

Diante do constitucionalismo contemporâneo, a supremacia normativa da Constituição converte o Estado puramente legal a um Estado ordenado pelos princípios básicos constitucionalmente previsto. Isso fica bem claro no caso americano que admite o poder criador do juiz, baseado no texto constitucional e nos valores dele imanentes, possibilitando o *judicial review* sobre as leis. Já na Alemanha, tem se falado na mudança do Estado de Direito em sentido formal para o Estado de Direito em sentido material. Nesse último, integrar-se-iam, além da própria legalidade, os valores superiores de justiça, pois como afirmou o presidente do Tribunal Constitucional Alemão, Ernst Benda “ o Direito é algo

---

<sup>179</sup> CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.313-380, pp.315-320, mars/avril, 1988.

<sup>180</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp.145.

<sup>181</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.28.

mais que mera forma, compreende princípios fundamentais positivados aos quais todos e também o próprio Estado estão submetidos. Estado de Direito seria assim um Estado de Justiça igual”<sup>182</sup>.

É certo que, independentemente de se tratar de Estado de Direito formal ou material, o Estado de Direito representa um estágio mais avançado, comparando-se com o Estado absolutista, na busca da segurança nas relações Estado – administrado e para normalizar o exercício do Poder do Estado, deve ser abstraída tanto das relações políticas, como das relações sociais, a importância dada anteriormente ao uso da força. Assim, o Estado de Direito pode ser considerado o fundamento essencial de toda sociedade democrática<sup>183</sup>.

Na democracia, a própria sociedade faz as suas escolhas e para isso o Estado deve viabilizar a discussão política, estabelecendo uma transparência social para que a coletividade participe ativamente da discussão e assim descubra a fecundidade da confrontação de pontos de vistas opostos. O Estado deve incentivar o debate, possibilitar o questionamento dos administrados e não deve impor respostas a esses questionamentos como sendo verdades absolutas, que traduzem a lei do mais forte, pois por meio desses questionamentos a democracia se mantém aberta, sobretudo à possibilidade de criação, constituindo um processo privilegiado de invenção ao explorar os valores presentes naquela sociedade<sup>184</sup>.

Faz parte dos regimes democráticos a tomada de decisão do administrador de forma racional e motivada, como meio de resguardar os administrados de decisões arbitrárias

---

<sup>182</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de . Princípio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitucion. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 4, n.10, pp.11-61, pp. 16, 20-21, jan/abr, 1984.

<sup>183</sup> HENRY, Jean-Pierre. Vers la fin de l'état de droit? *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.1207-1235, pp.1208, septembre/octobre, 1977.

<sup>184</sup> MONCONDUIT, François. État et Démocratie. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 327-344, pp.340-343, mars/avril, 1986.

e de garantir o exercício da boa administração, cabendo ao administrador, como representante do povo, demonstrar a legalidade e a justiça de suas decisões<sup>185</sup>.

A motivação dos atos administrativos deixa de ser uma exigência puramente jurídica para também ser uma exigência política, porque a Administração Pública tem o dever jurídico e político, social e cultural, de explicar ao cidadão por que se impõe um ato e a explicação tem que ser convincente, ou seja, possuir um grau de aceitabilidade, pois se a explicação não for satisfatória, não haverá consenso, que é a base essencial para compreensão do conceito democrático atual do exercício do poder. A democracia é tanto uma maneira de alcançar o poder por meio do apoio popular, como também um modo de exercer esse mesmo poder<sup>186</sup>.

A democracia política<sup>187</sup> transmuda-se em democracia administrativa<sup>188</sup>, na medida em que a Administração Pública responde aos requerimentos dos administrados; indica os motivos de sua decisão; comunica-os acerca de documentos administrativos; executa

---

<sup>185</sup> “Em alguns países, principalmente nos mais desenvolvidos, o empenho em mudar antigas estruturas e atuações existe há muitas décadas, com bons resultados, sobretudo no aspecto de maior *transparência* da Administração, como é o caso da Suécia, tida como exemplo em matéria de livre acesso a documentos públicos; da Bélgica, nos procedimentos de consulta pública nas desapropriações de certa amplitude e nos projetos urbanísticos; e a partir de 1978, da França, com a edição de várias leis destinadas a modernizar a Administração (por exemplo, a que estabeleceu a obrigação de motivar, a que previu mais independência para as comunas, a que estabeleceu medidas severas nos casos de descumprimentos, pela Administração, de decisões jurisdicionais”. (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 132).

<sup>186</sup> GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1, Capítulo II, pp. 15.

<sup>187</sup> No sentido político “ *democracia é a forma constitucional do governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura as minorias no parlamento o direito de representação, de fiscalização e crítica*”. (PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1995, t. 1, pp. 212).

<sup>188</sup> A idéia de democracia administrativa, como participação do administrado na Administração pública, encontramos no texto de Jeanne Lemasurier (LEMASURIER, Jeanne. *Vers Democratie Administrative: du refus d’informer au droit d’être informé. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 1239-1269, set-out, 1980), no entanto Odete Medauar faz menção que em 1965 Jean Rivero já ponderava “que havia na França incompatibilidade absoluta entre as concepções de democracia lá vigentes e a ação administrativa; perante a Administração o indivíduo permanecia súdito, como no *Ancien Regime*; a democracia era considerada somente sob o aspecto de modo de designação do poder: desde que na origem da autoridade aparecesse a manifestação o povo, pela eleição, realizava-se a democracia; mas democracia significava também modo de exercício do poder” e continua a autora “à preocupação com a *democracia de investidura* soma-se, na época atual, a preocupação com a *democracia de funcionamento ou de operação*, expressa também na doutrina publicista recente e nas constituições promulgadas nas décadas de 70 e 80, com reflexos nas formulações clássicas da Administração Pública e do direito

as ordens de pagamento; fornece os textos necessários à aplicação das leis; cumpre as decisões judiciais, dentre outros aspectos.

A importância da motivação reside também no fato de que saber quase sempre é sinônimo de poder, e nessa relação Administração – administrado não se pode cogitar de segredos. Na prática administrativa é preciso que sejam compartilhadas as informações, que seja levados em conta principalmente os administrados e com isso devem ser evitadas as decisões do “tipo militar”, unilaterais, imperativas, constrangedoras, fundadas na sujeição do indivíduo ao poder público e às suas prerrogativas<sup>189</sup>.

Nas relações Administração – administrado, deve haver uma substituição do silêncio pelo diálogo, da opacidade pela transparência e da Administração de comando pela Administração concertada, de acordo com os direitos do administrado. Aí sim, teremos uma Administração para todos e conseqüentemente democrática.

Durante a Assembléia Nacional Constituinte que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da motivação constou no texto aprovado pela Comissão de Sistematização. O *caput* do artigo 44 estava redigido da seguinte forma:

A administração pública, direta e 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. (grifos nossos)<sup>190</sup>.

A motivação das decisões judiciais e administrativas é uma garantia do constitucionalismo democrático. Porém, a nossa Carta Constitucional no art. 93, X trata da fundamentação das decisões administrativas dos tribunais e no art. 37 elenca os princípios

---

administrativo.” (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 95).

<sup>189</sup> LEMASURIER, Jeanne. *Vers Democratie Administrative: du refus d’informer ao droit d’être informé*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 1239-1269, set-out, 1980.

<sup>190</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 231.

básicos da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último acrescido pela EC 19/98, não mencionou explicitamente o princípio da motivação, apesar de ele ter sido suscitado durante a Assembléia Constituinte.

Essa realidade não pode servir de fundamento para não serem motivados os atos administrativos, uma vez que o dever de motivar, consoante restou demonstrado, constitui um princípio implícito na Constituição Federal, que no seu art. 5º, § 2º estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, mesmo sendo implícito, o princípio da motivação deve ser observado em todas as esferas de governo, independentemente da previsão legal.

Em algumas Constituições Estaduais aparece expressamente a menção ao princípio da motivação, a título de exemplos, a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111, inclui a motivação entre os princípios da Administração Pública, e a do Estado de Minas Gerais de 1989, no art. 13, §2º, estabelece: “O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade”.

O administrador tem que agir com total vinculação aos princípios constitucionais do sistema e se a Constituição determina que todo poder emana do povo é preciso que se dê conhecimento aos administrados das razões de fato e direito que levaram à prática do ato administrativo e o descumprimento desse princípio significará um atentado ao Estado Democrático de Direito.

### **3.3. A motivação como instrumento para verificar a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública contidos no art. 37 da Constituição Federal.**

A motivação também é um meio importante para demonstrar que a ação do administrador não configurou desvio de poder ou de finalidade, bem como seu objeto não foi absurdo, contraditório ou desproporcional, muito pelo contrário, que exerceu sua função nos limites traçados pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A motivação funciona como instrumento para verificar se a Administração Pública fez cumprir os princípios constitucionais, tais como o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, expressamente previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Por meio da motivação demonstra-se a conformidade do ato com a lei e consequentemente a obediência ao princípio da legalidade que norteia a Administração Pública.

No Estado Democrático de Direito o poder estatal, exercido pelo administrador, é legitimado quando se apresenta adequado à lei, já que essa deve traduzir a vontade popular.

O princípio da legalidade, tradicionalmente, consagra a idéia de que a Administração Pública só pode exercer seus atos de acordo com a lei<sup>191</sup>. É princípio de capital importância à configuração do regime jurídico-administrativo, sendo específico do Estado de Direito. Busca-se, por meio da norma geral e impessoal (a lei), editada pelo Legislativo, a garantia que a ação do Executivo restringir-se-á a concretizar esta vontade

---

<sup>191</sup> Atualmente, na doutrina, a tendência é entender que a Administração Pública deve observar o princípio da juridicidade. Os atos administrativos devem observar ao disposto no ordenamento jurídico e não apenas a lei no sentido formal. Essa matéria foi abordada na nota de rodapé n. 175.

geral expressa na lei. A Administração, por força desse princípio, deve tão só obedecer, cumprir e por em prática as leis, entendido lei num sentido amplo.

A Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, não está apenas obrigada a atuar *secundum legem*, mas em hipótese algum deve agir *contra ou praeter legem*<sup>192</sup>. Cabe ao administrador pôr em prática os dispositivos legais e observar os princípios contidos na Constituição Federal, seja de forma implícita ou explícita.

O princípio da legalidade, pelo texto constitucional vigente, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei, previamente, autoriza, como registrava Seabra Fagundes “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>193</sup>. O motivo para prática do ato, qualquer que seja ele, deve estar legalmente previsto, mesmo nos atos discricionários onde há uma liberdade de escolha quanto ao motivo, mas essa escolha deve se realizar dentro dos limites legais. Portanto, o administrador público deve obediência ao princípio da legalidade, sob pena de invalidade de seus atos e de expor-se à responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Diante disso, é possível afirmar que os administradores públicos, na verdade, não podem atuar como “proprietários” da coisa pública, devendo se pautar no atendimento das necessidades coletivas e por tal razão o cidadão tem o direito de saber quais os fundamentos para a prática dos atos administrativos e por meio da sua motivação é possível se verificar a adequação do ato ao que está disposto na lei, possibilitando o controle de sua legalidade.

Destaque-se ainda que a própria Carta Magna no art. 5º, XXXIII, XXXIV, b e XXXV, prevê que o cidadão possui respectivamente o direito de receber dos órgãos públicos “informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”; conseguir

---

<sup>192</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs*, Atenas – Paris: Sirey, 1954, pp. 69.

<sup>193</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 4-5.

“certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal” e ter amplo acesso ao Poder Judiciário.

O princípio da motivação também serve para verificar se o princípio da moralidade foi observado pela Administração Pública quando de sua atuação.

É difícil expressar o que vem a ser a moral administrativa<sup>194</sup>, até porque os valores morais variam de sociedade para sociedade e conseqüentemente essa variação é acompanhada no seio da Administração Pública. No entanto, o administrador público ao praticar os seus atos além de observar o disposto na lei, deve se orientar pelos padrões morais vigentes naquela sociedade, pois “muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio ou no arbítrio, motivações outras que não encontrem guarida no interesse geral, público e necessário”<sup>195</sup>.

Cabe mencionarmos a distinção entre moralidade comum e moralidade administrativa<sup>196</sup>. A moralidade comum reside nos valores gerais que orientam no exercício da liberdade do indivíduo, enquanto a moralidade administrativa está no fato de os agentes

---

<sup>194</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 91.

<sup>195</sup> FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 11.

<sup>196</sup> Hauriou foi quem pela primeira vez falou em moralidade administrativa “em uma de suas magistrais anotações aos acordãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da ‘boa administração’, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da ‘moralidade administrativa’.” (BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 25, pp. 454-467, pp.457, julho/setembro, 1951). Para Maurice Hauriou: “*Quant à moralité administrative, son existence provient de ce que tout être possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l’administration a une conduite, elle pratique cette distinction en même temps que celle du juste et de l’injuste, du licite et de l’illicite, de l’honorable et du déshonorant, du convenable et de l’inconvenant. La moralité administrative est souvent plus exigeant que la legalité. Nous verrons que l’institution de l’excès de pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d’actes de l’administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la legalité, de telle sorte que l’administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne le détournement de pouvoir.*” ( *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927, pp.346-347).

públicos ao exercerem a sua competência, praticarem atos observando as exigências da moral vigente e dos bons costumes, objetivando o exercício de uma boa administração<sup>197</sup>.

A Constituição Federal no art. 37, *caput*, elevou a moralidade administrativa a princípio da Administração Pública, no entanto em outros dispositivos constitucionais encontramos o referido princípio. É o que ocorre no art. 14 § 10 ao mencionar que “o mandato eletivo poderá ser impugnado perante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação penal com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”; o art. 15, no *caput* veda a cassação de direitos políticos, mas no inciso V inclui como hipótese de perda ou suspensão, os casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 34, § 4º, no qual consta que “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”<sup>198</sup>. O art. 55, II da Constituição trata da moralidade do parlamentar ao dispor que “perderá o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar” e o § 1º assinala que “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. Por fim, o art. 85, V inclui entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a probidade administrativa.

A Administração e seus agentes têm de atuar de conformidade com os princípios éticos aceitos pela sociedade, compreendidos, no seu âmbito, a boa-fé e a lealdade. Constitui a

---

<sup>197</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 33-34.

<sup>198</sup> No Direito Brasileiro a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamenta o art. 37, § 4º da Constituição Federal, possibilita o controle judicial da moralidade administrativa, ao explicitar os atos praticados pelo administrador público que configuram improbidade administrativa e as sanções a serem aplicadas nesses casos. É uma clara tentativa de definição do que seria imoral no exercício da atividade administrativa.

moralidade administrativa, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública<sup>199</sup>, a ser verificado por meio da motivação do ato administrativo.

O princípio da impessoalidade, também mencionado no art. 37 da Constituição Federal, é tratado pela doutrina brasileira de três formas distintas. Para uns, seria a vedação ao subjetivismo, para outros corresponderia ao princípio da finalidade e existem ainda os que o tratam de forma equivalente à igualdade.

A impessoalidade na atividade administrativa, para os que se filiam à primeira corrente, é caracterizada “pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político”<sup>200</sup>.

O princípio da impessoalidade é equiparado ao da finalidade por Hely Lopes Meirelles ao mencionar que ele “ nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica, expressa ou virtualmente, como objetivo do ato de forma impessoal”<sup>201</sup>.

Para a última corrente, da mesma forma que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, CF), também o são perante a Administração. Nessa assertiva se traduz o princípio da impessoalidade e por tal princípio, tem-se, de imediato, a idéia de que a Administração deve tratar sem quaisquer discriminações todos os administrados (mera aplicação do princípio da igualdade ou da isonomia, art. 5º, caput, da CF). Um exemplo da aplicação desse princípio

---

<sup>199</sup> “La moral, la formación moral, el fomento de las buenas costumbres constituirá una de las finalidades a las que debe dirigirse la actuación administrativa, en sus diversas manifestaciones. Siendo esto así, no es concedible una contravención de ellas en el ejercicio de cualquier potestad administrativa”. (PÉREZ, Jesus Gonzáles. *Administración Pública y Moral*. Madrid: Civitas, 1995, pp.38).

<sup>200</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo, 5ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.62. No mesmo sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 53.

<sup>201</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro, 27ª Edição*. São Paulo : Malheiros, 2002, pp. 89-91. Assim também entendem José Afonso da Silva (*Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo:

está no próprio art. 37, da CF, quando exige o prévio concurso público para o ingresso na Administração, para que todos possam disputar-lhe o acesso dentro de uma igualdade<sup>202</sup>.

Na verdade, do exposto, verifica-se que a primeira e a última corrente se complementam, pois no momento em que é vedado o subjetivismo, impõe-se o tratamento igualitário, sem interferências de ordem política ou pessoal. Quanto à equiparação do princípio da impessoalidade com o da finalidade, não nos parece muito adequada, pois o princípio da finalidade encontra-se implícito na Constituição e é inerente ao princípio da legalidade e toda atuação administrativa está adstrita à sua observância, pois para fazer cumprir o princípio da finalidade é preciso que o administrador atenda “ não apenas à finalidade própria de todas as leis que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução”<sup>203</sup>.

Porém, numa tentativa de compatibilizar todas as interpretações doutrinárias acerca do princípio da impessoalidade, poderíamos dizer que tal princípio impõe ao administrador público que apenas pratique o ato com vistas ao seu fim legal, de forma impessoal, buscando sempre o interesse público e, para verificação se realmente houve impessoalidade na atuação administrativa, faz-se necessária a respectiva motivação.

Talvez o princípio que tenha mais relação com o princípio da motivação dos atos administrativos seja o princípio da publicidade que está consubstanciado no dever do administrador público de manter total transparência em suas ações, em seus comportamentos, pela divulgação oficial do ato para conhecimento público, momento em que se inicia a produção dos efeitos externos do ato. Destarte, os atos e contratos administrativos que não

---

Malheiros, 1999, pp.647) e Diogo de Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, 10. ed. . Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 68/69).

<sup>202</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.84.

<sup>203</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.78.

atendem à publicidade necessária, não só deixam de produzir seus efeitos regulares, como estão sujeitos à invalidação por falta desse requisito de eficácia.

A parte interessada ou afetada por um determinado ato jurídico deve necessariamente ter conhecimento do referido ato. No âmbito do Direito Privado, é preciso a recepção ou o consentimento implícito do ato para só então gerar os seus efeitos. Já no âmbito da Administração Pública, como o ato administrativo tem por destinatário toda coletividade, o princípio que vigora é o da publicidade do ato. Dessa forma dar-se-á conhecimento do conteúdo do ato a todos os administrados<sup>204</sup>.

Em decorrência do princípio da publicidade, assim como os administrados têm direito a conhecer da prática do ato administrativo, também têm direito de saber o que levou a Administração Pública a praticar determinado ato e isso só é possível com a correspondente motivação<sup>205</sup>.

Com a Reforma Administrativa implementada no Brasil com a EC 19/98, passa-se de um modelo de Estado burocrático para o gerencial, onde o administrado tem o status de verdadeiro “cliente” da Administração Pública. Por essa razão, naquele momento, era importante a inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37, como um dos princípios constitucionais a ser observado pela Administração Pública, mesmo sabendo-se que, anteriormente, ainda que não mencionado expressamente, caberia à Administração agir com eficiência<sup>206</sup>. Ao se falar em eficiência se tem em mente que a Administração “deve agir de

---

<sup>204</sup> Quando trata da publicidade Bartolome Fiorini registra que “ *La publicidad de los actos administrativos federales hacen a su cabal conocimiento por la colectividad; la notificación se dirige al conocimiento y al ejercicio del derecho de defensa; la circular al deber de obediencia jerárquica. Por razones circunstanciales, em forma excepcional, estas formas pueden ser substituidas por otras, cuando cumplen en el régimen jurídico de los actos administrativos funciones específicas distintas, por exemplo: indicaciones expresivas para el tráfico, el silbato ante el peligro.*”(FIORINI, Bartolome A . *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969 pp.133).

<sup>205</sup> Nossa Constituição Federal admite apenas uma exceção ao princípio da publicidade que é a contida no art. 5º, XXXIII, quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>206</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 63.

modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”<sup>207</sup>.

O princípio da eficiência é definido por Paulo Modesto como:

a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público<sup>208</sup>.

Para auxiliar a definição do que vem a ser eficiência, poder-se-á buscar auxílio na ciência da administração onde a eficiência tem relação com os meios, e a eficácia refere-se aos resultados. Relativamente a distinção entre esses dois conceitos, exemplificando, registra “Chiavenato (ob. cit., p. 239) que ser eficiente é ‘jogar futebol com arte’, enquanto a eficácia reside em ‘ganhar a partida’”<sup>209</sup>.

Cabe à Administração, mesmo se não houvesse previsão constitucional, agir de forma eficiente e legal a fim de atender à finalidade pública. Por essa razão, constitui “uma exigência inerente a toda atividade pública”, já que a gestão pública é uma “atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas”, observando sempre que em nome da eficiência não se pode, de forma alguma, deixar de cumprir o princípio da legalidade, pois a Administração Pública apenas pode fazer o que a lei determina<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 152.

<sup>208</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp. 830-837, pp. 836, novembro, 2000.

<sup>209</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, nº 14, junho/agosto de 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de novembro de 2003.

<sup>210</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp. 830-837, novembro, 2000.

Quando a Administração Pública enuncia os motivos que levaram à prática do ato administrativo, detalhando as razões tanto de fato como de direito, é possível ao administrado e à própria opinião pública checar se realmente a Administração atuou de forma eficiente.

De toda essa exposição, fica claro que o princípio da motivação pode ser considerado um princípio instrumental, na medida em que viabiliza a verificação da observância por parte da Administração Pública tanto dos princípios constitucionais explícitos, que acabamos de analisar, quanto dos implícitos na Constituição Federal que regulam a atividade administrativa.

A imposição da motivação do ato administrativo, serve “como meio de apoio instrumental à reação impugnatória”. Por meio da motivação é possível desvelar o real motivo para a prática do ato e em havendo descumprimento dos princípios norteadores da atividade administrativa, viabilizar o controle a ser exercido pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação do interessado e de forma muito mais fundamentada<sup>211</sup>.

A motivação dos atos administrativos tem reconhecidamente uma função instrumental como ressalta o autor português José Carlos de Andrade Vieira<sup>212</sup>, quando a trata como uma complexidade funcional que possui três objetivos básicos: melhorar a qualidade e a legitimidade da decisão adotada, a partir do momento em que exige a ponderação dos interesses envolvidos para se chegar à melhor solução; aperfeiçoar o mecanismo de controle das decisões, especialmente daquelas que envolvem a discricionariedade do administrador e

---

<sup>211</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 237-238.

<sup>212</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 78-79.

por fim “o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na dimensão informativa e participativa, o plano das relações com os particulares interessados”<sup>213</sup>.

Dentre as funções desempenhadas pela motivação, a de melhorar a qualidade e a legitimidade da decisão adotada, mediante a ponderação dos interesses envolvidos, evidencia-se especialmente no processo administrativo, assunto a ser abordado no próximo capítulo. No tocante à função de viabilizar o controle pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário dos atos administrativos, em especial nos casos que envolve discricionariedade da Administração Pública, o seu estudo dar-se-á no Capítulo 5.

---

<sup>213</sup> Florivaldo Dutra de Araújo denomina a primeira finalidade de “aperfeiçoamento do exercício da função administrativa” e a terceira de “democratização da função administrativa”, acrescentando a finalidade da “interpretação do ato administrativo”. Como o próprio autor assinala, essa última finalidade guarda uma relação muito estreita com o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa e por essa razão entendemos que estaria nela contida. (*Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 107-112.)

#### **4. A importância da motivação no processo administrativo**

##### **4.1. O exercício da atividade administrativa pela via processual como forma de legitimar as decisões da Administração Pública e assegurar a participação dos administrados.**

O Direito Administrativo não apenas tem sido responsável pela organização do Poder Público e pela afirmação da força da Administração Pública perante o particular. Esse ramo do Direito também tem se preocupado com a imposição de freios ao poder do Estado e isso ocorre quando se assegura aos administrados mecanismos de defesa perante a Administração e participação no processo de decisão.

Nesse panorama, a processualidade administrativa assume um importante papel, enquanto meio de defesa do administrado no próprio processo, antes mesmo da edição do ato final, sem restringir a defesa dos seus interesses apenas ao controle jurisdicional do ato administrativo e de evitar que a Administração Pública atue de forma arbitrária, irracional e injusta, mas que tome decisões que efetivamente resguardem o interesse público<sup>214</sup>.

No âmbito do Direito Administrativo Brasileiro, há quem pregue a distinção não apenas de nomenclatura, mas do próprio conteúdo entre procedimento e processo administrativo, como o faz Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

Na distinção, entre procedimento e processo, assentam duas premissas de valor jurídico-administrativo: a) no procedimento, as manifestações-atos aparecem unilateralmente e não se revestem necessariamente, de expressão exterior ou de motivos que não sejam aqueles, no momento, de interesse peculiar ou mesmo exclusivo da administração; b) no processo, há o confronto, o litígio, o anti-manifestações-atos, o desentendimento quanto a efeitos, a não concordância e a

---

<sup>214</sup> PRATES, Renato Martins. O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp.131-138, pp.131, 1988.

abertura recursal, colocando em choque discutidos interesses ou direitos que envolvem a Administração”<sup>215</sup>.

Entendemos que não cabe essa distinção, pois em ambos os casos, temos como sintetiza Lafayette Pondé:

uma seriação de atos, cada qual de uma categoria jurídica. O defeito ou a falta de um ou mais deles não obstat à sua existência, ainda que o possam viciar. Cada qual deles é um ato perfeito, no sentido de constituído de seus elementos de formação; e todos eles se articulam e se coordenam como exercício da função administrativa para emissão de um ato final da Administração<sup>216</sup>.

Além disso, mesmo os autores que denominam procedimento a essa seqüência de atos, não empregam tal termo como sinônimo de rito, de modo de realização do processo, como ocorre no Direito Processual Civil, ao tratar por exemplo do procedimento ordinário ou sumário, nem tampouco pretendem inferir realidades distintas ao procedimento e ao processo administrativo. Na verdade realizam essa opção simplesmente por entender que o termo processo tem um ligação muito forte com a Jurisdição e por isso seria mais conveniente utilizar o termo procedimento<sup>217</sup>.

No Direito Português, seguindo a tradição francesa, procedimento e processo constituem realidades distintas, mas sobre outro fundamento, o procedimento administrativo seria “a forma de ação típica da função administrativa e o processo a forma de jurisdição”, envolvendo a Administração Pública<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo nos Pressupostos da Positividade Jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, v. 34, n. 141, pp. 22-42, pp. 24, jan/março 1977.

<sup>216</sup> PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o Processo Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47-48, pp. 7-27, pp. 8, julho/dezembro, 1978.

<sup>217</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, pp. 64-74, pp.72, out/dez ,1987. Mesmo utilizando o termo procedimento o autor o faz no sentido de processo, já que não distingue duas realidades distintas e isso fica bem claro em outra obra sua, ao afirmar que “empregamos no texto as duas palavras indistintamente (daí falarmos em ‘processo’ judicial e ‘procedimento administrativo’), visto estarmos formulando uma teoria geral, que se pretende aplicável a todo o direito público, e não a uma parcela dele. Contudo, os estudiosos do direito processual – isto é, do ramo do direito público que estuda as normas relativas ao processo judicial – costumam dar sentidos diversos às duas expressões. Não nos interessa participar da polêmica, útil apenas no campo em que travada.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 93).

<sup>218</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 28.

Ocorre que no nosso Direito o qualificativo “administrativo”, deixa claro qual o tipo de processo a que se refere e conseqüentemente que o seu desenrolar dar-se-á perante à Administração Pública e não frente ao Poder Judiciário. Talvez por essa razão, a Lei Federal nº 9.784/99 utiliza o termo processo<sup>219</sup>, ao traçar normas a serem observadas no âmbito da União e assim também o fazemos na presente dissertação<sup>220</sup>.

O processo administrativo não pode ser confundido com o ato administrativo complexo<sup>221</sup>. Esse tipo de ato ocorre quando são necessárias a conjugação de vontade de dois ou mais órgãos, no exercício próprio de suas competências, para se chegar ao ato final, havendo uma unificação jurídica. Portanto, o ato complexo “é plurissubjetivo (praticado por mais de um sujeito), unitário (todas as manifestações fundem-se em um só ato); indivisível (não admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e unânime (não admite dissensão)”<sup>222</sup>. No processo, são considerados além dos atos, também os fatos

---

<sup>219</sup> “Não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil o *nomen juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um ‘juízo administrativo’, como ocorre no ‘processo tributário’ ou nos casos dos ‘processos disciplinares dos servidores públicos’. Não é o caso de armar-se um ‘cavalo de batalha’ em torno dos rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é ‘processo’, sendo ‘procedimento’ a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no país a linguagem ‘processo’.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 433). A lei parece refletir esse entendimento ao utilizar o termo “procedimento” em apenas três dispositivos, claramente referindo-se a rito (art. 23, parágrafo único – “curso regular do procedimento”; 34 – “indicação do procedimento adotado” e art. 47 – “o conteúdo das fases do procedimento”).

<sup>220</sup> “Mas ao optarmos por utilizar a expressão ‘processo administrativo’, não nos valem apenas da noção ampla e neutra de processo. Na realidade, fazemos uma clara opção de transpor o ‘devido processo legal’, com toda carga cultural e ideológica contida na expressão como garantia do direito de defesa, para o seio da Administração Pública. Assim o fazendo colocamo-nos em sintonia com a visão mais democrática, que vê no Direito Administrativo um instrumento de defesa do administrado” (PRATES, Renato Martins. *O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado*. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp.131-138, pp.132-133, 1988).

<sup>221</sup> Exemplo de ato administrativo complexo é a nomeação pelo Governador do Estado de membro do Ministério Público para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, ao escolher um dos nomes indicados pelo órgão de representação, em lista sêxtupla, para preenchimento da vaga prevista no art. 94 da Constituição Federal.

<sup>222</sup> MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.55.

jurídicos, como o tempo dos prazos processuais, devendo haver uma ordem cronológica em relação aos atos a serem praticados, o que não ocorre nos atos complexos<sup>223</sup>.

Como nos ensina Alberto Xavier:

O processo administrativo não é, pois, logicamente concebível como um ato só, mas como uma verdadeira sucessão – uma sucessão de atos e fatos. A sucessão é precisamente a característica própria da conexão processual: os atos e fatos que se integram no processo são ‘atos de seqüência’, por contraposição aos ‘atos de massa’, no sentido de serem condições da prática de futuros e conseqüências dos anteriores, de tal modo que fora da série processual não têm significado jurídico<sup>224</sup>.

Os atos administrativos podem ser considerados produtos do processo administrativo. O processo administrativo deve ser considerado o caminho a ser perseguido até se chegar a meta final, que na função administrativa é o ato administrativo, na judicial é a sentença e na legislativa é a lei. No entanto, esse caminho que conduz ao ato estatal não pode ser determinado livremente pelo órgão, mas sim deve estar juridicamente previsto. Assim, o fenômeno processual não se restringe ao âmbito do Judiciário, estando presente também na realidade administrativa, e como entende Merkl, um dos precursores da processualidade no Direito Administrativo, “*en el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo*”<sup>225</sup>.

No Estado Democrático de Direito, as garantias do cidadão assumiram uma importância ímpar, já que nele a atividade administrativa deve se pautar no disposto em lei e as decisões administrativas devem ser consideradas legítimas. Como mencionado no capítulo anterior, uma das formas de legitimação é a via procedimental, que possibilita a participação do cidadão no processo de tomada de decisão <sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 95-96.

<sup>224</sup> XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 101.

<sup>225</sup> MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 278-279.

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 202, 237-238.

Niklas Luhmann propõe a legitimação<sup>227</sup> pelo procedimento, considerando que:

Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto, a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento. A transmissão intersubjetiva tem, pois, aqui, fundamentos diferentes dos que tinha no caso da verdade. Não pode ser apresentada como consequência da razão de ser do mundo contra a qual uma pessoa se possa absurdamente revoltar. Ela constitui a atenção desejada de uma decisão.

A adoção de resultados de uma seleção baseados apenas em decisões, é fato que carece de motivos mais especiais. A verdade de certas premissas de decisão, só por si, não é suficiente para isso. Portanto, tem de se partir da hipótese de que, no procedimento se criem essas razões adicionais para a aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução e complexidade quer com a ajuda da verdade, quer através do poder legítimo da decisão<sup>228</sup>.

A processualidade mantém uma estreita vinculação com o exercício do poder estatal<sup>229</sup>, que por si só é, em regra, autoritário, em decorrência de sua imperatividade. O processo pré-fixado, estando presente a imparcialidade que lhe é inerente, ameniza a imperatividade unilateral e por vezes opressiva, presente como característica da atividade estatal. Sob esse enfoque, as etapas de formação da decisão têm importância para “a

<sup>227</sup> “Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina, modernamente, ‘legitimidade’; para diferenciar a sua concepção dinâmica, de legitimidade como processo ou ação legitimadora, da visão tradicional, Luhmann prefere o termo ‘legitimação’. A legitimação é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, os ‘procedimentos’.” (ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 63-64).

<sup>228</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, pp. 26-27.

<sup>229</sup> “A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma *função*, em sentido jurídico. Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas *no interesse de outrem*, sendo que, este sujeito – o obrigado – para *desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio* que está a seu cargo prover. Daí uma distinção clara entre a função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*” (grifos no original) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 13-14). “O processo garante que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. Em suma, assegura que o agente não se transforme em fim, mas guarde seu papel de mero intermediário. Nessa perspectiva, o processo cumpre uma função mais ampla, a de assegurar a eficiência estatal contra o próprio agente, o que interessa mesmo aos regimes despóticos, como observa Gordillo. De fato, também nos regimes que desprezam os direitos individuais os agentes são submetidos a fins obrigatórios, os fixados pelo despota, a quem não é conveniente dividir seu poder. Por isso, também tais regimes podem empregar a técnica processual.” (A Importância do

legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”<sup>230</sup>. Portanto, o processo administrativo pode ser considerado “como instrumento de exercício do poder”<sup>231</sup>.

Em decorrência do Estado Democrático de Direito, os atos estatais devem ser precedidos de processo, especificado por norma jurídica, a ser observado pelos três poderes. No âmbito do Legislativo, temos o processo legislativo para elaboração da lei, no Judiciário o processo judicial para que seja proferida a sentença e no Executivo o processo administrativo para edição do ato administrativo<sup>232</sup>.

O processo é também uma forma de garantir a participação dos interessados na tomada de decisão, possibilitando a exposição de suas razões e opiniões, de maneira a diminuir a violação à ordem jurídica, exatamente em razão das discussões que podem ser travadas no decorrer do processo. A motivação é instrumento facilitador dessa participação, na medida em que permite aos interessados terem conhecimento dos motivos de fato e de direito que levaram a prática dos atos que compõem o processo administrativo<sup>233</sup>.

---

Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.84, pp.64-74, pp. 67, out/dez, 1987).

<sup>230</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp.196.

<sup>231</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 209, pp.189-222, pp. 192 jul/set.1997.

<sup>232</sup> “Ao contrário do que sucede com a função legislativa, regulada por inteiro pelo texto constitucional e com a judicial, codificada em seus grandes campos, a regulação do processo administrativo é sucinta, diferente segundo a particularidade de cada caso. Admite-se, aliás, que um código minucioso, mais do que inconveniente, seria inexecutável; e nem mesmo nos regimes que adotaram uma lei geral do processo administrativo não se esgotam nessa lei as diversas modalidades dele.” (PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o Processo Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47/48, pp. 7-27, pp. 9, julho/dezembro, 1978.

<sup>233</sup> “Afigura-se hoje consensual que, além de uma função de compensação do ‘défice’ do controlo judiciário, o procedimento como meio de realização do Direito Administrativo contribui autonomamente para a garantia dos particulares. Basta pensar na possibilidade de um círculo de participantes alargados, nos casos da chamada participação pública, em que se admite um acesso ao procedimento, como base no *status* de membro integrante de uma certa comunidade, independentemente de lesão, potencial ou efectiva, de qualquer direito ou interesse juridicamente protegido. Por outras palavras: trata-se de um participação *uti cives* e não *uti singulus*. Por outro lado, a própria situação fáctica está em aberto, sendo conformada pelo procedimento: a questão-de-facto está em devir; podendo os potenciais interessados no resultado influenciar a sua determinação. (LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 92).

A importância que se dá atualmente ao processo administrativo não retira do ato administrativo a característica de ser um ato de autoridade, no entanto, o processo que o precede, exerce um papel ligado á tutela dos interesses e direitos dos particulares, na medida em que propicia uma certa garantia ao administrado ao condicionar a produção do ato e possibilitar a sua participação, sempre em busca do equilíbrio entre liberdade e autoridade <sup>234</sup>. Assim, o processo torna-se “o único centro possível para a apresentação de alternativas e para a intervenção da globalidade dos interessados na procura de uma conformação decisória o mais correcta possível”<sup>235</sup>.

A idéia de democracia não deve se limitar a guiar a função legislativa e a jurisdicional. No âmbito da Administração Pública ela também há de se fazer presente e nesse particular, o processo administrativo tem um papel importante ao servir como garantia dos direitos dos administrados, bem como viabilizando uma maior eficácia das decisões ao propiciar a democratização da atuação administrativa<sup>236</sup>.

Faz parte da Administração democrática a instauração de processo administrativo, no qual “se exige – ao menos em tese- uma irrestrita obediência às normas legais e uma disciplina indispensável à estabilidade dos atos administrativos bem como ao respeito dos interesses jurídicos dos administrados”<sup>237</sup>, para ao final o administrador decidir qual a solução que será implementada no caso concreto. O administrador não pode impor a sua vontade sem observar os trâmites legais, ou seja, as etapas de formação do ato final que deverá resguardar sempre o interesse público <sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 88-91.

<sup>235</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 39-40.

<sup>236</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 207, pp. 39-78, pp. 53, jan-mar, 1997.

<sup>237</sup> COTRIM NETO, A . B. Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo – no Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, nº 95, pp. 141/157, pp.153, jul/set 1987.

<sup>238</sup> Vasco Manoel citando o autor italiano Mario Nigro aponta que “a importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que o substancia. O seu centro encontra-se na participação ‘privada’, nos

Sob esse enfoque, o processo também permite que seja obtida a aceitabilidade da decisão pelos seus destinatários. Essa aceitação será aumentada na medida em que a Administração explique aos administrados o desenvolvimento procedimental, bem como mantenha a transparência e a imparcialidade no processo. Dessa forma, o processo funcionará como um verdadeiro “centro de apaziguamento de conflitos” e consubstanciar-se-á na garantia de “dois objetivos essenciais que assistem ao fenómeno participatório: proteção de interesses particulares e colaboração exterior na tarefa de realização do interesse público”<sup>239</sup>.

A intervenção do administrado no processo administrativo representa não apenas a defesa dos seus interesses, mas uma verdadeira cooperação administrado-Administração para se chegar à melhor decisão, aquela que reflita realmente o interesse público. Nesse caso são valorizadas tanto a oportunidade que o administrado tem para se defender da Administração, como também “os novos factos e interesses que ele pode vir a trazer ao procedimento, concebendo-se o particular como um participante activo da realização da função administrativa”<sup>240</sup>.

As regras que regem o processo administrativo não apenas devem garantir os direitos dos administrados, mas também devem garantir o interesse público. A partir dessa realidade, surge a necessidade de a legislação compatibilizar dois interesses contrapostos: a agilidade e rapidez exigidas pelo interesse público e o rigor processual necessário para proteger o administrado do domínio da Administração<sup>241</sup>.

---

nexos que se venham a estabelecer entre os vários poderes públicos e entre estes e os privados, na imersão dos factos e dos interesses, na instrução complexa que, verificando os factos, apreciando os dados técnicos, permite a intensificação, a valoração, a comparação dos interesses e a definição do interesse público.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, pp.305).

<sup>239</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 97 e 103

<sup>240</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 306.

<sup>241</sup> RODÓ, Laureano Lopez. *La Procédure Administrative Non Contentieuse. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 607-628, pp. 612, mai/june, 1980.

Atualmente, não existe mais lugar para a mera supremacia da Administração Pública sobre o particular. A supremacia não deixa de existir e até fica bastante evidente em situações práticas, como na desapropriação de bens ou direitos dos particulares e no exercício do poder de polícia, no entanto, mesmo nessas atividades, a lei resguarda a participação do particular, já que em ambos os casos, onde é evidente a atuação da Administração de forma imperativa<sup>242</sup>, deve existir processo administrativo que fará com que a decisão tomada pela Administração seja considerada legítima ao demonstrar que foi resguardada não apenas a supremacia da Administração Pública, mas também a supremacia do interesse público sobre o interesse do particular<sup>243</sup>.

Ao ser instaurado um processo administrativo, a finalidade não é apenas a busca da verdade, mas assegurar a aplicação correta da lei, regulando e disciplinando como deve atuar a Administração Pública, de forma a evitar o subjetivismo da decisão final. No entanto, como são inúmeras as formas de manifestação da atividade administrativa, que pode, por exemplo, ter por fim atender interesses ou punir servidores públicos, regular interesses dos administrados, bem como proteger os interesses fiscais e patrimoniais do Estado, impossível elencar quais os tipos de processos administrativos <sup>244</sup>, mas em todos eles deve ser observada a cláusula do devido processo legal a ser examinada a seguir.

---

<sup>242</sup> Na classificação dos atos administrativos de Hely Lopes Meirelles atos de império" são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 161).

<sup>243</sup> Em alguns atos de polícia, como por exemplo, a apreensão de lote de mercadoria com prazo de validade vencido, em razão da urgência, da saúde pública a ser resguardada, e do atributo da auto-executoriedade, o ato de polícia pode ser executado antes mesmo da instauração do processo administrativo. Como a medida é urgente, pode ser de logo executada para evitar um dano ainda maior ao interesse público, cabendo recurso administrativo.

<sup>244</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Unificação das Normas do Processo Administrativo. *Arquivos do Ministério da Justiça*, jul/set 1976, a . 33, n. 139, pp. 1-31, pp. 6.

#### 4.2. A concretização do devido processo legal com a motivação dos atos administrativos: possibilidade de ampla defesa e do contraditório.

A Carta Magna do Rei João Sem Terra de 1215 reconhece o julgamento pelos próprios pares e o devido processo legal ao dispor:

Art. 21. Os condes e barões serão punidos por seus pares, e conformemente à medida de seu delito.

Art. 38. Nenhum bailio levará, de hoje em diante, alguém a julgamento, com base apenas em sua palavra, sem testemunhas dignas de crédito para apoiá-lo.

Art. 39 – Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado de seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país.

Art. 40 – A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça<sup>245</sup>.

A expressão “lei do país” ou “lei da terra”, no Direito Inglês, foi substituída pela famosa cláusula *due process of law* (devido processo legal) em lei do reinado de Eduardo III, nos idos de 1354 e utilizada na 5ª Emenda à Constituição norte-americana, em 1791, ao dispor que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”<sup>246</sup>.

Mas, na verdade, a divulgação do direito ao devido processo legal, mesmo sem usar essa expressão, como um dos direitos fundamentais do homem, deve-se à Revolução Francesa, que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fez constar que :

*null homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance*<sup>247</sup>.

<sup>245</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 209, pp. 189-222, pp.198 jul/set, 1997.

<sup>246</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Estado Legal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 157, pp.14-44, pp.38, jul/set, 1984.

<sup>247</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 209, pp. 189-222, pp.198-199, jul/set.1997.

No Direito Constitucional Americano o devido processo legal, inicialmente, se referia apenas às garantias de natureza processual, atendendo, dentre outras garantias, a da instrução contraditória, do direito de defesa, do duplo grau de jurisdição e da publicidade dos julgamentos. Não havia questionamentos acerca da substância ou do conteúdo dos atos, apenas se procurava “assegurar o direito ao processo regular e justo”, utilizando-se a expressão *procedural due process*. Por volta de 1890, na vigência da Emenda Constitucional XIV, de 1868, que vinculou todos os Estados da Federação à cláusula do devido processo legal, a Suprema Corte americana, por meio de construção jurisprudencial calcada nos critérios de razoabilidade, passou a promover a proteção substantiva dos direitos e liberdades civis, protegendo o cidadão contra decisões arbitrárias e destituídas de razoabilidade. Assim, foi desenvolvida a teoria do *substantive due process*<sup>248</sup>.

Portanto, no sentido processual, devido processo legal “representa o conjunto de princípios e regras constitucionais que devem ser observados pelo Estado em sua processualidade”. No sentido substancial ou material, no campo do Direito Administrativo, está muito mais ligado ao ato administrativo a ser produzido sua legalidade, moralidade, ou seja, ao conteúdo em si mesmo<sup>249</sup>.

No âmbito do Direito Administrativo, ao se dar cumprimento à cláusula do devido processo legal no sentido processual, ou seja, enquanto normas processuais a serem observadas pela Administração Pública, constatamos que, no decorrer do processo administrativo, ao serem obedecidas ditas normas legais, estar-se-á garantindo os interesses dos administrados; conferindo segurança jurídica à prática dos atos administrativos;

---

<sup>248</sup> BRINDEIRO, Geraldo. O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 19, pp. 49-52, pp.51, 1997.

<sup>249</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e Invalidação Administrativa no Âmbito da Administração Pública Federal.. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública* São Paulo: Max Limonad, 2001, pp.192-193.

proporcionando o surgimento de uma Administração Pública mais transparente e também facilitando o controle do ato assegurado pelo regime administrativo vigente no Brasil.

O processo administrativo representa uma garantia jurídica dos administrados, ao disciplinar e sistematizar a atuação da Administração Pública, bem como possibilita um melhor conteúdo das decisões administrativas, ante a existência do contraditório e da ampla defesa. As decisões serão consideradas eficazes por serem legítimas e com isso o processo acaba por resguardar o correto desempenho da função pública ao aproximar os administrados da Administração Pública<sup>250</sup>.

Ao observar o “*iter*” fixado por lei, ou seja, as normas de natureza procedimental, a Administração Pública demonstra que a decisão administrativa proferida atende à finalidade prevista pela norma, reduzindo a possibilidade do administrador atuar com base em critérios subjetivos e irracionais, mantendo-se o binômio, liberdade dos administrados e autoridade do poder público, bem como assegurando as garantias dos administrados através do devido processo legal <sup>251</sup>.

Como a nossa Constituição Federal consagra no seu art. 5º, XXXV o princípio da ubiqüidade da Justiça ou da sua inafastabilidade, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito ficará fora da apreciação do Judiciário, poder-se-ia, equivocadamente pensar que o processo administrativo teria pouca importância para o administrado já que ele sempre poderá buscar a tutela do Poder Judiciário. Porém, a existência do processo administrativo e a observância das regras que o regem evita a violação de direitos na própria origem dos atos administrativos, além do que como seria inócuo se obrigar “o cidadão a recorrer ao Judiciário toda vez que se fizesse necessário fazer valer os seus direitos, quando a Administração é

---

<sup>250</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 61-69.

<sup>251</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 439-442.

dotada do poder de autotutela, que a habilita a rever os próprios atos, de maneira mais rápida e muito menos onerosa para o administrado”<sup>252</sup>.

A importância que é dada à cláusula do devido processo legal se reflete na sua constitucionalização e, na nossa Constituição Federal, esse entendimento foi expressado no conteúdo do art. 5º, LIV e LV, segundo os quais “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”, e os “litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No entanto, desde a Constituição de 1946, é reconhecido o direito de defesa nos processos administrativos punitivos, em decorrência da interpretação conferida ao art. 141, § 5º e da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no tocante às acusações em geral. Todavia, após a Constituição de 1988, a ampla defesa e o contraditório, enquanto garantias constitucionalmente previstas, não se limitam apenas aos processos punitivos, mas se estendem aos processos administrativos em geral, pois o art. 5º, LV, aplica a regra tanto aos acusados em geral como aos litigantes, ou seja, aos partícipes do processo administrativo que apresentem interesses contrapostos<sup>253</sup>.

O contraditório deve sempre se fazer presente quando haja interesses conflitantes, modo de entender a realidade e interpretações diversas entre a Administração e o administrado, pois “em essência o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Processo Administrativo e Controle*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 226, pp.179-186, pp. 181, out./dez, 2001.

<sup>253</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 183, pp. 9-18, pp.10-13, jan-mar, 1991.

<sup>254</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp.96.

A garantia do contraditório e da ampla defesa, impõe à Administração o dever de ouvir o interessado, já que a regra do direito de defesa é a de *audi alteram partem* (escutar a outra parte) de forma imparcial, sobre a sua versão dos fatos e dos atos que interessam ao processo e em decorrência da necessidade de imparcialidade, não podem participar, nem tampouco serem chamados a tomar a decisão final no processo administrativo, agentes públicos que tenham interesses opostos ao do interessado<sup>255</sup>.

A necessidade de imparcialidade<sup>256</sup> no Processo Administrativo Brasileiro foi cristalizada no Capítulo VII da Lei nº 9.784/99 ao prever os casos de impedimento e de suspeição a serem observados pelos agentes públicos que atuam nos processos administrativos, constituindo falta grave, para efeitos disciplinares, a omissão do dever de comunicar o impedimento (art. 19) e cabe recurso do indeferimento de alegação de suspeição (art.21).

No processo administrativo, os participantes possíveis são as autoridades administrativas e os interessados. Os níveis de participação podem ir da simples ouvida do interessado ao consentimento e até mesmo à elaboração em comum do ato. Obviamente, nessa última hipótese, os participantes devem ser agentes públicos. O contraditório deve estar presente no processo administrativo, no sentido de o interessado poder levantar argumentos contrários e de ter o direito de ser ouvido, constituindo um elemento indispensável no processo juridicamente organizado<sup>257</sup>.

A Lei Federal nº 9.784/99, em vários dispositivos, ressalta a importância do contraditório no processo administrativo federal. No art. 2º, *caput*, expressamente elenca

---

<sup>255</sup> VEDEL, Georges. *Droit Administrative, t. II*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, pp.381.

<sup>256</sup> A constituição de comissão, composta por servidores estáveis, para apurar falta cometida por outro servidor, busca imprimir a impessoalidade ao processo disciplinar, já que tais servidores não participaram da relação superior hierárquico – servidor acusado (Lei 8.112/90, art. 149).

<sup>257</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administrative Allemand*. Trad. Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969, pp.364.

como princípio da Administração Pública o do contraditório<sup>258</sup>, determinando no art. 3º III a ciência do interessado da tramitação do processo administrativo, incluindo o conhecimento das decisões proferidas e facultando-lhe acesso aos autos, bem como a obtenção de cópias de documentos. Consta no art. 46, exceção a essa regra, quando se trate de “dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito de privacidade, à honra e à imagem.” A ouvida do administrado é também decorrência do contraditório e a existência desse direito pode ser constatada nos arts. 29, *caput*, 38, *caput*, 39, *caput*, e par. único, 41 e 44 da lei.

A ouvida do interessado, mesmo nos casos em que os fatos parecem absolutamente claros e a prova existente seja contundente e inequívoca, como ressalta Gordillo, não é apenas um princípio de justiça, mas também um princípio de eficácia. Eficácia tanto no que diz respeito a assegurar um melhor conhecimento dos fatos e conseqüentemente uma decisão mais justa, como também a eficácia política e de legitimidade de exercício do poder. Obviamente, a ouvida do interessado, para atingir esses objetivos não deve ser um aspecto meramente procedimental a ser observado, mas consistir “na possibilidade de sua efetiva participação útil no procedimento”, já que “em última instância, o direito a ser ouvido é um direito transitivo que requer alguém que queira escutar para poder ser real e efetivo”<sup>259</sup>.

A ampla defesa reflete o Direito Constitucional do administrado de poder “contestar, em favor de si próprio, condutas, imputações, fatos, argumentos ou interpretações que possam atingir a sua esfera jurídica individual, devendo ainda ser assegurados os meios e recursos indispensáveis ao seu exercício.” É, portanto, uma conseqüência do contraditório<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> Já previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

<sup>259</sup> GORDILLO, Agustín A. La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.10, pp.16-24, pp.19-21, 1969.

<sup>260</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e Invalidação Administrativa no âmbito da Administração Pública Federal.. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública* São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 200.

A Lei do Processo Administrativo Federal reconhece, no seu art. 2º, a ampla defesa como princípio, fixando a defesa prévia como regra (art. 3º, III e 38, § 1º); a possibilidade de produção de provas (art. 37, 41, 44) , a faculdade do uso de defesa técnica, fazendo-se assistir por advogado (art. 3º, IV) e a revisibilidade da decisão<sup>261</sup> (art. 56 e seguintes).

A defesa, em regra, será prévia, no entanto, existem casos de urgência, como por exemplo nos atos de polícia em que isso não ocorrerá. Porém, como decorrência da ampla defesa, deverá ser assegurado ao interessado o direito de recurso, independentemente de previsão legal, com base no art. 5º, XXXIV, a da Constituição Federal<sup>262</sup>.

A ausência ou a motivação inadequada dos atos praticados no processo administrativo pode comprometer o direito de defesa dos administrados, enfraquecendo-o ou até mesmo configurando um verdadeiro cerceamento de defesa que pode fundamentar a anulação do ato administrativo, como também pode dificultar a verificação da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a motivação deixa transparecer se houve a oportunidade de contraditório e de ampla defesa no decorrer do processo administrativo, viabilizando inclusive o acesso ao Judiciário.

Mesmo na falta de um dispositivo constitucional ou legal obrigando a Administração Pública a motivar os seus atos, o administrado tem o direito de saber o que fundamentou a sua prática e esse direito fica ainda mais evidente no âmbito do processo administrativo quando a própria Constituição Federal garante a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV)<sup>263</sup>, além da possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para apreciar o ato administrativo (art. 5º, XXXV).

---

<sup>261</sup> Vide Constituição Federal art. 5º, LV, XXXIV.

<sup>262</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 18, pp. 34-43, pp. 41, 1997.

<sup>263</sup> “As constituições modernas não configuram o processo como um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, encaram-no como instrumento público de realização da justiça.” BARACHO, José Alfredo

O dever de motivar o ato administrativo apresenta várias conseqüências:

No plano prático, o cumprimento do dever fornece o acesso regular às razões da actuação administrativa especialmente nos casos em que a Administração dispõe de espaços de escolha ou de apreciação; ao contrário do que resultava da *arcana praxis*, a nova ética permite que se considere normal o conhecimento dos motivos e dos critérios de apreciação adoptados. No plano normativo, o imperativo da fundamentação evidencia a responsabilidade do órgão competente para a prática do acto administrativo e valoriza os aspectos substanciais da fase constitutiva do procedimento; em vez de uma relação puramente *objectiva* entre o fim e o conteúdo, ganha relevo jurídico o processo de formação da vontade do sujeito que assume constitutivamente essa mediação.<sup>264</sup>

Da relação entre devido processo legal, ampla defesa e contraditório, podemos dizer que para existir o devido processo legal é imprescindível que ocorra o contraditório e a ampla defesa, que apenas serão exercidas plenamente com a motivação dos atos administrativos praticados no decorrer do processo administrativo.

O efetivo cumprimento do *due process of law*, apenas poderá ser verificado no caso concreto, pois “aspecto relevante da imposição do pressuposto do devido processo legal é a individualização das situações; a necessidade de que cada caso seja objeto de deliberação própria e específica, em face de suas peculiaridades, de suas circunstâncias”.<sup>265</sup>

A motivação dos atos administrativos propicia o debate, possibilita a ampla defesa e o contraditório, garante ao administrado a possibilidade de recorrer ao Judiciário ou de defender-se de forma adequada na via administrativa já que terá total conhecimento dos motivos de fato e de direito que levaram à prática do ato que o atingiu. Portanto, a motivação constitui o meio de concretizar o devido processo legal, na medida em que viabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa.

---

de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.68, pp.55-79, pp.56, 1983.

<sup>264</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 361.

<sup>265</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 18, pp. 34-43, pp. 37, 1997.

### **4.3. O processo administrativo no direito comparado e a motivação dos atos administrativos enquanto previsão legal.**

Discute-se se a primeira lei de processo administrativo teria sido a espanhola de 1889 ou a austríaca de 1925. Obviamente, em termos cronológicos a *Ley Azcarate*<sup>266</sup> de 1889 antecedeu em 40 anos a lei austríaca, que é justamente considerada por muitos a fonte das leis de processo administrativo dos países da Europa central, em razão de ter estabelecido uma visão teórica do processo, o que não ocorreu com a lei espanhola que se limitava a delinear princípios gerais a serem seguidos por cada ministro ao regulamentar o processo administrativo no âmbito do seu ministério, o que gerou uma enorme confusão e fez com que a aludida lei não fosse seguida como modelo de codificação para nenhum outro país. O paradigma austríaco foi utilizado na própria Espanha ao ser promulgada a lei de 1958 que reflete uma noção mais ampla do procedimento e de uma certa forma o assimila ao processo contencioso<sup>267</sup>.

Mas, o mérito da lei espanhola de 1889, foi introduzir progressos substanciais nas relações por ela reguladas, numa época em que a atividade da Administração era ainda fraca e pouco complexa; a máquina de escrever ainda era desconhecida; os negócios eram de características sobretudo burocrática, praticamente sem conteúdo econômico e social e o orçamento do Estado era muito reduzido. Diante dessa realidade, muitos a consideravam utópica para aquele momento<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Foi assim denominada em razão do nome do deputado que primeiro assinou a proposta de lei que deu origem a lei de 1889.

<sup>267</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 336-337.

<sup>268</sup> RODÓ, Laureano Lopez. *La Procédure Administrative Non Contentieuse. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 607-628, pp. 612-613, mai/june, 1980.

Atualmente, na Espanha, o procedimento administrativo é regulado pela Lei 30/1992, de 26 de novembro de 1992, denominada *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas e del Procedimiento Administrativo C6mun* com as mudan7as introduzidas pela Lei 4/1999. O art. 54.1 da LRJAP indica os atos que devem ser motivados e no art. 54.2 trata da motiva76o dos atos que p6e fim aos procedimentos seletivos e 6 concorr6ncia competitiva<sup>269</sup>.

Nos Estados Unidos, em 1946, foi promulgada a Administrative Procedure Act (APA) que d6 enorme import6ncia 6s etapas do procedimento anterior 6 decis6o, o que se verifica na participa76o procedimental atrav6s dos mecanismos de informa76o, do acesso aos documentos, tudo refletindo a transpar6ncia que deve permear a atua76o administrativa. 6 uma lei pequena que cont6m muito mais princ6pios do que regras a serem observadas<sup>270</sup>.

O procedimento administrativo alem6o foi regulado por uma lei federal de 1976, que estabeleceu o princ6pio da motiva76o das decis6es administrativas e no 7 39, n6 1 e n6 2<sup>271</sup> estabeleceu os atos em que a motiva76o seria dispensada. Ao contr6rio da lei brasileira que arrola os atos em que a motiva76o deve estar presente, a lei alem6a a imp6e como regra, listando as exce76es<sup>272</sup>.

Em 1886 o governo argentino encomendou a uma comiss6o de ilustres juristas da 6poca a reda76o de um C6digo de Procedimento Administrativo, que nunca chegou a ser redigido. Apenas em 1972, quase cem anos depois, foi promulgada a lei geral de

---

<sup>269</sup> PALASI, Jos6 Luis Villar e EZCURRA, Jose Luis Villar. *Principios de Derecho Administrativo: Actos, Recursos, Jurisdicci6n Contencioso-administrativa, t. II*. Madrid: Complutense, 1993 pp. 115-116. CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*, v.1, 13. ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 241.

<sup>270</sup> DUARTE, David. *Procedimentaliza76o, Participa76o e Fundamenta76o: para uma concretiza76o do princ6pio da imparcialidade administrativa como par6metro decis6rio*. Coimbra: Almedina, 1996, pp.57.

<sup>271</sup> Os atos s6o os seguintes: 1) nos atos que satisfa7am a pretens6o apresentada, desde que n6o prejudiquem terceiros; 2) atos dos quais a fundamenta76o j6 seja conhecida ou facilmente reconhec6vel; 3) atos administrativos id6nticos cuja fundamenta76o 6 efectuada automaticamente ou que, pela natureza da situa76o, n6o requerem a fundamenta76o; 4) atos em que uma expressa prescri76o afaste a necessidade de fundamenta76o; 5) atos cuja fundamenta76o 6 dada a conhecer por disposi76es com efic6cia *erga omnes*.

<sup>272</sup> DUARTE, David. *Procedimentaliza76o, Participa76o e Fundamenta76o: para uma concretiza76o do princ6pio da imparcialidade administrativa como par6metro decis6rio*. Coimbra: Almedina, 1996, pp.196-197.

procedimento administrativo Argentina, que assim como no Brasil, em consequência do sistema federativo não se aplicava as administrações próprias de cada Estado ou Província, bem como alcançava todas as atividades da Administração Pública Nacional, centralizada e descentralizada, mas ao contrário da lei brasileira também faz previsão do processo judicial (contencioso administrativo). No entanto, a lei argentina “não desenhou um procedimento geral a ser rigorosamente observado em cada caso, mas fixou as pautas nas quais a atividade administrativa deve se adaptar conforme as circunstâncias”. Para o objeto do seu estudo interessa saber que no seu art. 7º a referida lei inclui como elementos objetivos do ato administrativo a causa, o objeto, a motivação e a finalidade<sup>273</sup>.

No Uruguai, o procedimento administrativo é regulado por Decretos desde 1966, com a edição do Decreto nº 575/966, de 23 de novembro de 1966 e o último Decreto sobre o assunto foi o de nº 500/991 de 27 de setembro de 1991, aplicável apenas à Administração central. O art. 318 da Constituição Uruguaia prevê a possibilidade de edição de decreto, ao dispor que a regulamentação do processo administrativo é matéria objeto de lei e de regulamento. Existem também diversas leis que tratam do processo administrativo, mas é no art. 2º, I do Decreto 500/91 que encontramos a previsão de que a Administração deve motivar os seus atos, condicionando a validade do ato a essa enunciação e nos arts. 123 e 124 são rejeitadas as formas gerais de motivação<sup>274</sup>.

A previsão no Direito positivo da necessidade de motivação dos atos administrativos, surge com a edição das leis que tratam do procedimento administrativo<sup>275</sup>,

---

<sup>273</sup> MUNÓZ, Guillermo Andrés. O Procedimento Administrativo na Argentina. Trad. Vera Scarpinella Bueno. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNÓZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.35-52.

<sup>274</sup> PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. O Procedimento Administrativo Uruguaio. Trad. André Fabian Edelstein. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNÓZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.53-74.

<sup>275</sup> Em Portugal o princípio da motivação dos atos administrativos foi previsto em lei no ano de 1977, mas em 1982 foi elevado ao nível constitucional, que no seu art. 268º, nº 3 impõe a fundamentação expressa dos atos administrativos, quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. (ANDRADE, José

mantendo-se o entendimento que a motivação dos atos administrativos não era obrigatória, exceto nos casos legalmente previstos, o que começou a ser abrandado pela jurisprudência que por vezes exigia da Administração a menção aos motivos, mesmo após a prática do ato.

Em janeiro de 1957 o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu em uma de suas decisões (BverfGE, 6, p.32 e ss (44)=NJW, 1957, p. 297, JZ, 57, p.167 e ss, com anotação de DÜRIG):

o fundamento constitucional para a obrigatoriedade de fundamentação de actos administrativos que afectassem direitos dos cidadãos construído a partir do princípio do Estado de Direito. É neste alicerce constitucional que se revela a característica típica da opinião comum na doutrina e dos tribunais, quando sustentam a regra da fundamentação obrigatória de actos susceptíveis de lesarem direitos dos particulares, apesar da falta de um preceito legal nesse sentido<sup>276</sup>.

No entanto, atualmente, ainda se observa em várias legislações que o imperativo da motivação dos atos administrativos continua sendo previsto em lei e não na Constituição, a exemplo do que ocorre na França com a Lei de 1979<sup>277</sup>, na Espanha com a Lei 30/1992 e no Brasil com a Lei do Processo Administrativo Federal nº 9.784/99. Isso não significa que se deva dar uma interpretação restritiva aos dispositivos legais, como será especificado no próximo item, ao ser analisada a lei brasileira.

---

Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 91).

<sup>276</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 81-83.

<sup>277</sup> Na França não existe um Código ou uma Lei Geral de Processo Administrativo, mas o processo administrativo (*procédure administrative non contentieuse*) existe regulado por regras estabelecidas em textos variados ou mesmo pela jurisprudência.

**4.4. A Lei Federal n º 9.784/99 que regula o processo administrativo e a exigência de motivação para os atos elencados no seu art. 50: rol meramente exemplificativo.**

Há muito se discute a necessidade de estabelecer normas gerais acerca do processo administrativo e, fruto dessas discussões, foi editada a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Seguindo a tendência atual de motivar as atos administrativos, a referida lei dispõe no seu Capítulo XII sobre a “Motivação” e elenca no seu art. 50 os casos em que necessariamente os atos administrativos deverão ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Nesse caso, trata-se de motivação em sentido formal.

O art. 50 impõe a motivação para os atos administrativos que:

- 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<sup>278</sup>;
- 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<sup>279</sup>.

No caso do processo administrativo, a lei consubstanciou a exigência de motivação dos atos administrativos, em um dos seus artigos, em total sintonia com a doutrina e com a jurisprudência dominante, pois com a motivação se comprova a legalidade e a legitimidade do processo administrativo e a sua ausência impede essa verificação.

---

<sup>278</sup> A Lei de Licitações e Contratos Administrativo nº 8.666/93, no seu art. 26 já exigia que as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade fossem necessariamente justificadas.

<sup>279</sup> Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Analisando o referido dispositivo legal, Juarez Freitas concluí:

Trata-se, entretanto, de mera explicitação, a ser lida sob a seguinte perspectiva: veio concretizar, isto é contribuir para que o intérprete promova o devido cumprimento do dever de motivação, não para podá-lo ou assegurá-lo de modo restrito. Sendo esta a ótica adotada, força reconhecer com a dicção do texto normativo, à primeira leitura, peca por enunciar uma suposta taxatividade, a qual, por certo, não faz sentido quando se lê a regra em conexão com o princípio constitucional da motivação. Por tudo que se viu, a regra não pode constranger ou debilitar o princípio<sup>280</sup>.

Ressalte-se que a própria lei, em análise, no seu art. 2º, *caput*, inclui a motivação dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública e no parágrafo único, item VII aponta como um dos critérios a ser atendido no processo administrativo a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. O art. 31 permite, “mediante despacho motivado”, a abertura de consulta pública, o art. 38, § 2º quando forem recusadas provas propostas pelos interessados exige da Administração “decisão fundamentada”, o art. 45 permite à Administração Pública “motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado, o art. 47 determina que o órgão de instrução “formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente” e o art. 49 permite a prorrogação do prazo para julgamento do processo desde que “expressamente motivada”. Todos esses dispositivos fortalecem o entendimento de que o rol do art. 50 é meramente exemplificativo.

No art. 50, não constam hipóteses importantes em que a motivação deve estar presente, como por exemplo, nos casos de atos ampliativos de direito<sup>281</sup>, de pareceres de

---

<sup>280</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, Editores, 2002, pp. 253.

<sup>281</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que “em País no qual a Administração freqüentemente pratica favoritismo ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em *atos ampliativos* de direito, não contemplados na enumeração” e indica como exemplos de atos ampliativos de direito a utilização de avião das forças armadas para transportar Ministro e seus familiares em viagem de lazer e o uso das Forças Armadas para proteger propriedade privada de membro da família do Presidente da República contra ameaça de invasão dos sem terra. (*Curso De Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 459).

órgãos consultivos, mesmo sendo nesse último caso da sua essência a motivação<sup>282</sup> e de atos exclusivamente favoráveis<sup>283</sup>.

A nossa lei, assim como a lei francesa de 11 de julho de 1979 e a LRJAP espanhola, enumera as hipóteses em que os atos devem ser motivados.

A lei francesa no seu art. 1º dispõe que:

“as pessoas físicas ou morais têm o direito de serem informadas imediatamente dos motivos das decisões administrativas individuais desfavoráveis que lhes concerne. Nesse caso, devem ser motivadas as decisões que:

- restringem o exercício das liberdades públicas ou, de maneira geral, constituam uma medida de polícia;
- impõem uma sanção;
- subordinam a outorga de uma autorização a condições restritivas ou impõem sujeições
- revogam ou anulam uma decisão constitutiva de direitos
- opõem uma prescrição, caducidade ou preclusão
- rejeitam uma vantagem cuja atribuição constitui um direito para as pessoas que preenchem as condições legais para a obter.”

A lista dos atos a serem motivados constante na lei decorre incontestavelmente de uma síntese de precedentes, pois antes mesmo da lei de 1979 algumas leis especiais já faziam a previsão da necessidade de motivação de alguns atos, como é o caso do ato de aplicação de sanção a funcionário público que deveria ser motivado por força do art. 31 do estatuto geral. Os casos constantes na lei, os quais devem ser motivados, apresentam o inconveniente de corresponderem exclusivamente a decisões restritivas - sanções, medidas de polícia, - ou negativas, oposição de prescrição, recusa de autorização. Não contempla as hipóteses em que sem ser absolutamente desfavoráveis, quer dizer negativas, a decisão apenas satisfaz parcialmente o interesse do administrado, como por exemplo, quando a autorização é

---

<sup>282</sup>CUNHA, Elke Mendes. O Princípio da Motivação e a Lei 9.784/99.. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp.34-35.

<sup>283</sup> Esses atos não constam, em regra no rol daqueles que devem ser motivados, no entanto “com a sujeição dessa categoria de decisões à fundamentação formal consegue-se atingir um mais elevado nível qualitativo da decisão e, ao mesmo tempo, materializar-se uma exteriorização dos fundamentos da decisão utilizável para o enquadramento de futuras inversões no sentido decisório.” (DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp.249).

concedida mas existindo condições que o priva de parte do seu interesse, ou então, a indenização pleiteada é concedida mais por um montante inferior ao demandado<sup>284</sup>.

A lei espanhola 30/1992, com as alterações da lei 4/1999, estabelece que os seguintes atos devem ser motivados:

- a) os atos que limitem direitos subjetivos e interesses legítimos;
- b) os que resolvam procedimentos de revisão de ofício de atos administrativos, recursos administrativos, reclamações prévias à via judicial e procedimentos de arbitragem;
- c) os que se separem do critério seguido em atuações precedentes ou do ditame de órgãos consultivos;
- d) os acordos de suspensão de atos, qualquer que seja o motivo desta.
- e) os acordos de aplicação da tramitação de urgência ou de ampliação de prazos;
- f) os que se ditam no exercício de potestades discricionárias, assim como os que devam sê-lo em virtude disposição legal ou regulamentar expressa.

Essa rápida menção ao Direito Francês e Espanhol é para demonstrar que tanto aqui no Brasil quanto em outros países, a tentativa das leis em arrolarem os casos em que o ato administrativo deve ser motivado suscita alguns questionamentos que nos levam a reafirmar que a motivação é necessária para todos os atos administrativos, independentemente de regra expressa.

A Lei 9.784/99 não prevê expressamente qual é a sanção para o desrespeito à obrigação de motivar que ela instituiu. No entanto, como a motivação é considerada pela lei como pressuposto do ato administrativo, pelo menos nas hipóteses do art.50, parece-nos que, se naqueles casos a motivação não foi realizada, o ato terá de ser considerado nulo por descumprimento da lei. Já nos demais atos administrativos, como entendemos que o rol do referido artigo é meramente exemplificativo e que todos os atos devem ser motivados, ter-se-á que examinar caso a caso se a ausência de motivação causará a nulidade do ato, ou se seria possível, por exemplo, a sua convalidação, uma vez que o princípio da motivação é

---

<sup>284</sup> LINOTTE, Didier.. La motivation obligatoire de certaines décisions administrative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.1699-1715, pp.1700, 1707-1708, novembre/décembre, 1980.

instrumental.<sup>285</sup> Por ser a motivação do ato administrativo um princípio implícito na nossa Constituição Federal, consoante exaustivamente demonstrado no capítulo, anterior cabe à Administração observá-lo não só nos casos transcritos na mencionada lei, que tem sua aplicação restrita à União, por se tratar de lei federal e não nacional<sup>286</sup>, mas sempre que for editado um ato administrativo, mesmo que sua prática se dê no âmbito municipal e estadual, ainda que não exista lei nesse sentido.

---

<sup>285</sup> Acerca dos vícios decorrentes da ausência de motivação fizemos a abordagem no item 1.4 da presente dissertação.

<sup>286</sup> Como adverte Cármen Lúcia Antunes Rocha “quanto à questão da competência para cuidar do tema em sede infraconstitucional, a organização federativa brasileira não permite que haja lei nacional sobre o tema. A autonomia administrativa, que caracteriza o princípio federativo dominante da forma de estado adotada no Brasil, tem a sua afirmação rigorosa na garantia de um espaço próprio de cada entidade federada (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para estruturar a sua organização e a sua forma de atuação, observados os princípios constitucionais. O processo administrativo, como instrumento de ação adotado pela Administração Pública garantido em seus princípios fundamentais na Constituição Federal, tem o seu esboço infraconstitucional firmado pela legislação elaborada pelas diferentes pessoas políticas, cada qual seguindo as diretrizes que melhor se adaptarem às suas condições. A autonomia administrativa limita-se pela definição constitucional da competência política de cada pessoa federada. Essa competência manifesta-se, fundamentalmente, pela capacidade de autorganizar-se e autogovernar-se segundo suas próprias Constituições e leis que adotarem (art. 25, da Constituição brasileira, de 1988).” ( ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* . Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 209, pp. 189-222, pp.196-197, jul/set.1997).

## 5. Motivação e controle dos atos administrativos

No tocante à obrigação de fundamentar os atos administrativos, Luhmann não compartilha com a idéia de que a fundamentação tem a função de “convencer os interessados da justiça da decisão, portanto de legitimá-la mediante o consenso”, mas admite a possibilidade disso ocorrer. Para ele, “a função da fundamentação é outra, nomeadamente a dum membro de ligação para controle jurídico-administrativo contínuo” e vai mais além: “a fundamentação fixa as linhas de argumentação, linhas que a administração defenderá num procedimento semelhante ao processo judicial, dando assim ao interessado uma base para a sua decisão quanto a questão de querer ou não recorrer”<sup>287</sup>.

O entendimento acima exposto pode sofrer objeção, pois como registra José Carlos Vieira de Andrade a motivação do ato administrativo apresenta uma plurifuncionalidade e nessa complexidade funcional além do aperfeiçoamento do controle e do alargamento da publicidade está

A melhoria da qualidade e a legitimidade da decisão administrativa, decorrentes da ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo e de uma maior atenção à racionalidade objectiva (ou intersubjectiva) na escolha da melhor solução para prosseguir o interesse público no caso concreto”<sup>288</sup>.

A ausência de motivação afeta o processo de legitimação da decisão adotada. Como se pode considerar legítima a decisão se não se sabe quais as razões de fato e de direito que levaram a Administração a praticar determinado ato? Até para se saber se o processo fixado em lei foi realmente observado é necessário ter conhecimento dos motivos do ato e isso só é possível com a motivação.

---

<sup>287</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, pp. 174-175.

<sup>288</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 79.

A motivação dos atos administrativos, por se tratar de princípio instrumental a ser observado pela Administração Pública, não pode ter a sua função restrita ao aperfeiçoamento dos mecanismos de controle do ato administrativo, muito embora a motivação tenha uma grande importância no que se refere ao controle do ato, tanto no que diz respeito à legalidade, quanto ao mérito. Em razão dessa importância é que dedicaremos esse capítulo ao papel exercido pela motivação, quando do controle dos atos administrativos.

### **5.1. O controle dos atos administrativos como forma de assegurar a boa administração da coisa pública.**

O vocábulo controle tem origem francesa e foi introduzido em nosso direito administrativo por Seabra Fagundes em 1941, quando publicou a monografia “ O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”<sup>289</sup>.

Em Direito Administrativo, controle tem um significado preciso, diretamente ligado à verificação dos atos administrativos. Dessa forma, seguindo Odete Medauar “aceitamos para o estudo da fiscalização da atividade da Administração Pública a noção essencial apresentada por Forti, Bergeron e Giannini, de verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones”<sup>290</sup>.

Controlar os atos administrativos significa verificar se os referidos atos foram praticados em consonância com os princípios que regem a atividade administrativa, “promovendo a regularização do que estiver irregular e a responsabilização da autoridade que

---

<sup>289</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2002, pp. 632.

<sup>290</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993, pp.18.

atuou de maneira indevida. Acima de tudo, porém, é preciso ressaltar que a existência de mecanismos de controle tem eficácia profilática, evitando transgressões”<sup>291</sup>.

No Estado de Direito, a lei estabelece a competência a ser exercida pelas autoridades administrativas e os meios de controle dessa atuação, pois “a autoridade é regradada, vigiada, controlada. Daí seus atos serem regradados, vigiados, controláveis”<sup>292</sup>. O controle exercido sobre a Administração Pública e mais especificamente sobre o ato administrativo, não apenas é uma forma de garantir os direitos dos administrados, mas também de resguardar o interesse público que deve nortear toda atividade administrativa<sup>293</sup>.

Na sua atuação, a Administração Pública pode editar atos administrativos ilegais ou inconvenientes, sendo possível a existência de prejuízos tanto para os administrados quanto para a própria Administração. Para evitar esse tipo de problema, o Direito Administrativo admite um sistema de controle dos atos praticados pela Administração que engloba a fiscalização e a correção dos atos ilegais e em alguns casos também, dos inconvenientes ou inoportunos <sup>294</sup>.

Para Seabra Fagundes, existe um tríptico sistema de controle das atividades da Administração Pública: o controle administrativo, o controle legislativo e o controle judicial. O primeiro é considerado um controle interno e os dois últimos forma de controle externo<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> DALLARI, Adílson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 5, pp.33-41, 35, 1994.

<sup>292</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, pp. 118 – 127, pp. 120, jul/set, 1985.

<sup>293</sup> “Ocorre que os poderes conferidos aos agentes públicos não são meras faculdades, que podem ou não ser utilizados, a seu talante, Todas as prerrogativas de autoridade somente se justificam como meio ou instrumento para a satisfação do interesse público. Diante do dever de atuar em defesa do interesse público surge o dever de exercitar os poderes criados em função desse propósito cogente.” DALLARI, Adílson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 5, pp.33-41, pp. 38, 1994.

<sup>294</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 599.

<sup>295</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pp. 121.

O controle dos atos administrativos pode ser efetivado pela própria Administração ou por outro poder sobre a Administração, como é o caso do controle do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo (art. 70 da Constituição Federal) e do Poder Judiciário sobre a Administração. Nesse último caso, o interessado tem uma atuação fundamental, pois mesmo vigorando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciário apenas pode se pronunciar mediante provocação.

Portanto, mesmo sendo o controle uma típica atribuição estatal, o administrado também participa dele na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo, como ocorre no caso de propositura da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e regulada pela Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965.

O controle externo, exercido tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, sobre os atos praticados pela Administração Pública, não traduz uma interferência ilegal de um poder sobre o outro, nem tampouco reflete a quebra do princípio da separação de poderes, pois a sua possibilidade e os seus limites são constitucionalmente previstos.

Diante da existência do controle dos atos administrativos e em especial no caso dos atos discricionários, o administrador realizará um exame mais apurado entre as diversas alternativas presentes, verificando de maneira objetiva a conveniência, as vantagens e as consequências da prática do ato administrativo e para facilitar o controle a motivação do ato é fundamental, como abordaremos no item seguinte

## 5.2. A motivação do ato administrativo como instrumento facilitador do seu controle.

Os atos administrativos estão sujeitos a vários tipos de controle e no momento em que vai ser exercido esse controle o órgão controlador precisa saber as razões que levaram à prática do ato controlado, para só então fazer suas ponderações e verificar se o ato padece de algum vício. Sob esse enfoque, a motivação tem uma das suas funções mais importantes que é a de ser o instrumento pelo qual se torna possível essa verificação e a ausência da motivação pode frustrar a necessária e ampla fiscalização do ato administrativo<sup>296</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica a razão de ser exigível a motivação alegando que:

Faltando a enunciação da regra jurídica proposta como aplicada, não se terá como saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à *competência* utilizada; omitindo-se a enunciação dos fatos e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria *existência material* de um motivo para ele e, menos ainda, seu *ajustamento à hipótese normativa*: carecendo de fundamentação esclarecedora do *porquê* se agiu da maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricção, *se houve ou não razão prestante* para justificar a medida e, pois, se ela era, deveras confortada pelo sistema normativo. Com efeito, como contestar a validade de um ato e os seus motivos, se sua razão de ser permanecer ignorada, oculta? Como impugná-lo, como submetê-lo ao crivo jurisdicional, se forem, desde logo, desconhecidas as bases em que está assentado?<sup>297</sup>

Por meio da motivação são explicitados os motivos de fato e de direito ensejadores da prática do ato e justifica-se a atitude adotada pelo agente público face à finalidade pública a ser atingida.

<sup>296</sup> “O Supremo Tribunal Federal espanhol considerou como finalidade primordial da fundamentação tornar possível o *contrôle* jurisdicional dos actos da Administração, estabelecendo a necessária relação de causalidade entre os antecedentes do fato, o direito aplicável e a decisão tomada.” (GOMES, José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 149-150).

<sup>297</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 99.

Os atos administrativos devem ser motivados sob pena de se inviabilizar o comando previsto na norma constitucional que garante o amplo acesso ao judiciário (art. 5º, XXV ), no entanto a sua importância não se restringe ao âmbito do controle judicial, mas se reflete também no controle exercido pela própria Administração Pública em relação aos seus atos, bem como quando da efetivação do controle legislativo.

Com a motivação, a Administração pública pode melhor controlar os seus atos (controle administrativo), seja de ofício ou mediante provocação do interessado. Diante da motivação invocada, o superior hierárquico pode analisar a atuação do seu subordinado, revogando o ato administrativo, no caso de inconveniência e inoportunidade ou anulando-o em se tratando de ilegalidade. Além disso, ao motivar os seus atos, a Administração estará estabelecendo parâmetros para que os órgãos subalternos apliquem corretamente a lei aos casos similares.

Assim, como a motivação representa um ‘discurso justificativo’, de acordo com o exposto no Capítulo 2 do presente trabalho, ela terá de “ser capaz de convencer a entidade fiscalizadora (enquanto destinatária do discurso) da legitimidade da decisão”<sup>298</sup>, possibilitando, diante da motivação racionalmente formulada, a aceitabilidade do ato editado pelo órgão fiscalizador, pelos interessados e por toda a opinião pública.

### **5.3. O papel da motivação no controle judicial dos atos administrativos discricionários**

Dois sistemas são adotados para a prática do controle jurisdicional dos atos administrativos: controle pela jurisdição comum e controle por uma jurisdição especial.

---

<sup>298</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992, pp.357.

Quando da utilização do primeiro sistema, cabe ao Poder Judiciário apreciar as atividades administrativas do Estado, tanto no âmbito do Direito Privado, quanto no do Direito Público. Por essa razão, também recebe a denominação de sistema de jurisdição una, já que envolve o conhecimento pelas autoridades judiciárias de qualquer ação. No segundo sistema, também denominado de jurisdição dúplice, em contraponto ao primeiro sistema, o controle é exercido por tribunais especialmente instituídos para apreciar os litígios envolvendo a Administração Pública. Nesse último caso, ao lado da jurisdição comum ou ordinária, existe uma outra, a administrativa, compreendendo o conhecimento das ações envolvendo os atos da Administração Pública. Foi o que ocorreu na França com a instituição do Conselho de Estado, ainda hoje em funcionamento<sup>299</sup>.

O Brasil adota o sistema da jurisdição una. É o princípio contido no art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para os defensores desse sistema de controle, como Seabra Fagundes, ele se apresenta como o melhor em razão de garantir o princípio da separação dos poderes e permitir que os direitos individuais fiquem suficientemente amparados, em face dos atos administrativos, já que um órgão autônomo se incumbe do exame contencioso dos referidos atos<sup>300</sup>.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, consoante anteriormente mencionado, dar-se-á mediante a propositura de ação judicial prevista na legislação ordinária. Porém, a própria Constituição Federal faz menção a ações específicas de controle da Administração Pública, os chamados “remédios constitucionais”: *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); *habeas data* (art. 5º, LXXII); mandado de segurança individual e

---

299 FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pp. 132-133

300 FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pp. 146.

coletivo (art. 5º, LXIX, LXX); mandado de injunção (art. 5º, LXXI); ação popular (art. 5º, LXXIII). Ressalte-se que a ação civil pública, apesar de não estar prevista no artigo 5º da Constituição, quando tem por objeto ato lesivo praticado pela Administração Pública é também um meio de provocar o controle judicial do ato administrativo<sup>301</sup>.

Quando um ato vinculado é submetido à apreciação do Poder Judiciário não há grandes dificuldades na efetivação do seu controle, pois nos atos vinculados a lei não prevê qualquer margem de escolha para o administrador e apenas existe uma conduta possível e exigível diante da situação fática albergada pela lei.

Em se tratando de ato discricionário, o controle se torna um pouco mais difícil de ser implementado, diante da possibilidade de escolha a ser realizada pelo administrador. Isso não significa que o ato discricionário não possa ser controlado, mas sim que a análise terá que ser mais cuidadosa já que o julgador não pode substituir o administrador no tocante à valoração da oportunidade e conveniência do ato<sup>302</sup>, ou seja, o juiz não pode interferir no mérito<sup>303</sup> do ato administrativo<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 625.

<sup>302</sup> “A opção de conveniência e oportunidade constitui o conteúdo discricionário do ato, mas salvo no tocante a esse ponto, o ato administrativo, em tudo o mais, se deve considerar vinculado. Por isso o mais acertado não é falar-se de ato discricionário; o certo é falar-se de poder discricionário. Mas, como frequentemente certos atos só têm existência material depois que a administração manifestou a opção referida (sem o qual o ato não existiria, é admissível que se use, em tais casos, a expressão atos discricionários, contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão.” (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília Ministério da Justiça, 1997, v. 1 (Série Arquivos do Ministério da Justiça), pp. 281.

<sup>303</sup> “A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de *mérito administrativo*. O *mérito administrativo* expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 130).

<sup>304</sup> Ensina-nos Celso Antônio Bandeira de Mello que “o mérito do ato é esfera decisória privativa do administrador, mas só existirá quando, verdadeiramente, seja forçoso reconhecer a impossibilidade real de contraste daquele conteúdo decisório, ante uma pluralidade de alternativas equivalentemente admissíveis, em apreciação razoável, sobre o modo perfeito de satisfazer a finalidade da lei no caso concreto. Fora daí, sempre haverá a possibilidade do Judiciário corrigir a conduta administrativa, porquanto, além desta esfera, no qual as dúvidas são elimináveis, inexistente discricionário, mas violação do Direito, a pretexto de exercê-la. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade – Discricionariedade – seus Limites e Controle*. *Revista de Direito Público*. n. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp. 42-59, pp.45, abril/junho, 1988.)

Mesmo nos casos de discricionabilidade administrativa, o juiz poderá verificar se a escolha realizada atende aos princípios que disciplinam a atividade administrativa, pois “discricionabilidade não vinculada aos princípios é, por si mesma arbitrariedade”<sup>305</sup>.

Não se pode confundir discricionabilidade com arbitrariedade. No uso do poder discricionário a Administração Pública pauta a sua conduta nas regras e princípios contidos no ordenamento jurídico<sup>306</sup>. Já quando há arbitrariedade, não são observados os limites impostos pelo Direito<sup>307</sup>. Mesmo diante de uma parcela de liberdade existente quando da edição dos atos discricionários, essa liberdade é concedida e limitada pela lei e pelos princípios<sup>308</sup>, ou seja, “o poder discricionário sujeita-se não só às regras específicas para cada situação, mas a uma

---

<sup>305</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 145-146.

<sup>306</sup> “Aliás, a própria concepção da discricionabilidade, tanto administrativa como judicial, acabou ganhando uma nova dimensão no âmbito da *jurisprudência dos princípios*. O positivismo, de fato, admitia a existência de um espaço decisório discricionário toda vez que não incidissem regras específicas. Entretanto, a partir do reconhecimento de que o Direito é um sistema não só de regras, mas também de princípios igualmente vinculantes, a discricionabilidade passou a ser considerada como um espaço de ponderação, reservada àqueles casos difíceis, de concorrência entre princípios. Na inexistência de uma norma precisa ou dentro dos limites por esta estabelecidos, julgador e administrador encontram-se, ainda assim, vinculados e limitados à aplicação dos princípios.” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, pp. 92-93).

<sup>307</sup> Manuel Maria Diez cita jurisprudência Argentina impondo que “*el acto administrativo debe ser necesariamente fundado por ser la única manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que fijan el límite de competencia de los funcionarios y de las formas que deben guardar para evitar la arbitrariedad. Cuando el poder público revoca un acto administrativo ilegal no está obligado a pagar indemnización.*” (DIEZ, Manuel Maria. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1961, pp. 242-243).

<sup>308</sup> A jurisprudência pátria também deixa bem clara, em alguns acórdãos a necessidade de motivação e a distinção entre discricionabilidade e arbitrariedade, senão vejamos:

Acórdão ROMS 5478 / RJ ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1995/0011379-1 Fonte DJ DATA:19/06/1995 PG:18635 Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097) Data da Decisão 24/05/1995 Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Ementa : ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - RESCISÃO DE CONTRATO - ATO UNILATERAL - MOTIVAÇÃO - INOBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5., LV, E 93, X - DECRETO-LEI 2.300/86 (ART. 68).

1. a motivação do ato e o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais (arts. 5º, LV e art. 93, X CF)

2. discricionabilidade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se à legalidade, em contrario, configuraria o ato arbitrario.

3. segurança concedida para ser garantido o exercicio da ampla defesa, formando-se o contraditorio.

4. recurso provido.

Decisão por unanimidade, dar provimento ao recurso

rede de princípios que assegurem a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem o seu uso abusivo”<sup>309</sup>.

Quando o ato administrativo é submetido à apreciação do Poder Judiciário, o juiz o coloca na ‘órbita normativa do ordenamento’, para só então interpretá-lo, porque mesmo diante da frase tradicional “interpretação da lei, o que se interpreta não é apenas a lei, mas um contexto ou uma porção da ordem; e o que se aplica, no fundo, não é bem a lei, mas o Direito, ao qual a lei serve como instrumento de explicitação normativa”<sup>310</sup>.

A análise da adequação do ato discricionário, não apenas à lei no sentido estrito, mas ao Direito, possibilita ao Judiciário verificar a observância dos princípios sem no entanto interferir no mérito do ato administrativo que é insuscetível de controle judicial.

Para ficar mais clara a forma como se dá o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, utilizamos os ensinamentos de Germana de Oliveira Moraes, que o divide em controle jurisdicional de legalidade, que analisará os aspectos vinculados do ato administrativo e o que a autora denominou de controle judicial de juridicidade *stricto sensu*, que incidirá sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo não correspondentes ao mérito do ato, ou seja, esse controle não incidirá sobre a valoração envolvendo os juízos de conveniência e oportunidade para prática do ato, mas outros juízos, como os da moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, no Direito Brasileiro. Mesmo com esse tipo de verificação, “o terreno do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivas da boa administração”<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 129.

<sup>310</sup> SALDANHA, Nelson. O Poder Judiciário e a Interpretação do Direito. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, pp. 74-80, pp.80, janeiro-março de 1988.

<sup>311</sup> Por oportunidade a autora ente como sendo a ponderação dos múltiplos interesses “carecidos de acomodação parcial” e por conveniência, seguindo os ensinamentos de Diogo Freitas do Amaral a consonância do ato com o interesse público que justifica a sua edição ou “à harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato”. (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 45).

Para a prática de certos atos administrativos, o legislador não vincula o administrador a adotar determinada providência por entender que o interesse público apenas pode ser atendido se “a Administração ficar com o direito de escolher a medida que tiver por mais conveniente para tal fim, conforme o grau de intensidade com que se apresentar em cada caso”<sup>312</sup>. Na verdade, tanto nos atos discricionários quanto nos atos vinculados o interesse público é que aponta a direção a ser seguida pelo administrador.

Assim, a margem de escolha, permitida pela lei nos atos discricionários, deve ser exercida pelo administrador público optando pelo ato que traduza melhor o interesse público e para isso podem ser levadas em consideração as regras da boa administração fornecidas pela ciência da administração. O exercício desse poder discricionário, pelas autoridades administrativas, só pode ser considerado de acordo com o direito quando a escolha realizada no caso concreto seja orientada sempre pelo propósito de servir da melhor forma ao interesse público legalmente especificado<sup>313</sup>.

A Administração Pública, dentro da margem de discricionariade que a lei lhe permite, deve optar pela melhor solução diante da realidade fática e praticar o ato administrativo mais adequado para a hipótese apresentada, resguardando sempre o interesse público, sob pena de ser considerado ilegítimo o ato “que não realize de maneira ótima o interesse público aferível *in concreto*, isto é, diante das circunstâncias do caso”<sup>314</sup>.

A doutrina brasileira é pacífica com relação à impossibilidade de apreciação do mérito pelo judiciário, no entanto os requisitos do ato administrativo, ou seja, competência, finalidade, forma, motivo e objeto<sup>315</sup> podem ser controlados, mesmo existindo uma margem

---

<sup>312</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Poder Discricionário da Administração*. Coimbra: Coimbra, 1944, pp. 259.

<sup>313</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 97, pp.1- 8, pp. 3 e 6, jul-set, 1969.

<sup>314</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, pp. 27-38, pp. 35, jan/mar 1983.

<sup>315</sup> Utilizamos os requisitos do ato administrativo apontados por Hely Lopes Meirelles. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2002, pp. 146.

de escolha da Administração quanto ao motivo e ao objeto do ato<sup>316</sup>, quando se diz que o ato é discricionário.

A atuação do agente nunca pode ser totalmente vinculada ou totalmente discricionária. É impossível na prática prever até o último detalhe o que ele deve fazer. Sempre haverá, por menor que seja, uma margem de arbítrio a ser exercido pelo agente. Seguindo esse raciocínio também o inverso ocorre, ou seja, jamais existirá uma norma tal que autorize o agente público a fazer absolutamente qualquer coisa, sem limitação alguma; sempre existirá alguma outra norma ou princípio em relação ao qual deverá ajustar a sua ação<sup>317</sup>.

Como a nossa dissertação diz respeito à motivação do ato administrativo, enquanto forma de exteriorizar os motivos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato e sua adequação ao ordenamento jurídico vigente, centraremos a nossa abordagem no que diz respeito à discricionariedade na escolha do motivo para a prática do ato.

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>318</sup>, essa discricionariedade ocorrerá tanto quando a lei não definir o motivo, cabendo à Administração a sua escolha, como, por exemplo, na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo comissionado; quando a lei define o motivo fazendo uso de expressões vagas ou que apresente vários significados, o que possibilita à Administração apreciar o caso de acordo com critérios de valor. Ocorre “sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso frequente pelo legislador”.

---

<sup>316</sup> A discricionariedade quanto ao motivo e ao objeto é pacífica na doutrina brasileira, mas já quanto à forma e à finalidade há profundas divergências entre os autores nacionais (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, pp. 82-86).

<sup>317</sup> GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1, Capítulo X, pp. 19.

<sup>318</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, pp. 84.

Nessa segunda hipótese, surge o problema dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua relação com a discricionariedade administrativa.

Mencionamos os conceitos jurídicos indeterminados no Capítulo 2 quando tratamos da obscuridade da linguagem jurídica e a sua relação com o discurso jurídico formulado pelo administrador público.

A norma pode conter conceitos vagos ou imprecisos e ser necessário ao administrador preencher o seu conteúdo. A discussão surge quando do preenchimento desses conceitos, se ocorreria discricionariedade ou mera interpretação, com vinculação ao disposto pelo legislador. Como consequência dessa indagação, surge um outro questionamento: se seria possível ao Poder Judiciário controlar a escolha feita pela Administração Pública em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados.

Para responder ao primeiro questionamento duas teorias são defendidas na doutrina: a teoria da multivalência e a da univocidade. A primeira corrente, que tem suas raízes nos ensinamentos de Bernatzik, afirma que na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados são possíveis várias decisões certas, conseqüentemente haveria o poder discricionário. Para os adeptos da segunda teoria, que tem sua origem a partir dos estudos de Tezner, existe apenas uma solução correta e com isso estaríamos diante do poder vinculado. A doutrina alemã tem seguido essa segunda corrente também defendida em Portugal por António Francisco de Sousa que nega qualquer margem de apreciação da Administração Pública quando da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o que resulta numa atividade vinculada à lei e sujeita ao controle judicial<sup>319</sup>.

---

<sup>319</sup> SOUSA, António Francisco de . *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 36 e 60.

Afonso Queiró não admite em hipótese alguma a confusão entre poder discricionário e conceitos vagos ou indeterminados. Para esse autor, o poder discricionário é admitido pelo próprio legislador ao permitir uma certa margem de liberdade ao administrador público. Já os conceitos indeterminados são resultado da impossibilidade prática ou dificuldade técnica que o legislador tem de enunciar de forma clara o contido na lei, sendo necessária a interpretação da Administração Pública. “Esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Estamos aí no domínio do poder vinculado. Em rigor, só uma solução de *lege lata* se pode considerar exata e legal”, mesmo que nessa tarefa interpretativa venham a intervir elementos subjetivos e ainda que envolva elementos pessoais<sup>320</sup>.

No Direito Brasileiro, a polêmica em torno dos conceitos jurídicos indeterminados está centrada em duas correntes:

A dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admite soluções alternativas<sup>321</sup>.

Ao ser aplicado um conceito dito indeterminado, é necessário verificar se a lei atribui algum espaço de apreciação à autoridade administrativa, ou margem de liberdade, como temos até então denominado, própria do poder discricionário. Além desse aspecto, cabe distinguir se o conceito contido na norma corresponde à experiência ou a valores.

---

<sup>320</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 97, pp.1- 8, pp. 2, jul-set, 1969.

<sup>321</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 208-209.

Nos conceitos de experiência, após o processo interpretativo é possível fazer uma análise suficientemente clara e tornar preciso o conceito analisado, garantindo uma única decisão correta para o caso concreto. Quanto aos conceitos de valor, mesmo depois da interpretação remanescem alguns pontos obscuros que não foram possíveis de serem elucidados, possibilitando uma apreciação subjetiva que pode dar origem a mais de uma decisão correta. Portanto, a margem de apreciação, inerente ao poder discricionário da Administração Pública só seria possível nos conceitos de valor<sup>322</sup>.

A princípio não se deveria confundir o exercício da discricionariedade com a valoração administrativa dos conceitos indeterminados. Todavia, quando da aplicação de normas enunciadas por meio de conceitos indeterminados, empregados para expressar uma indeterminação de efeitos, há essa interceptação, como, por exemplo, “diante de situações perturbadoras do interesse público, a administração poderá adotar as medidas necessárias. O efeito previsto é enunciado de forma vaga, através da expressão ‘medidas necessárias’”<sup>323</sup>.

Quando a lei confere ao aplicador do direito o poder de determinar discricionariamente o conteúdo de uma noção vaga, ela não tolera, evidentemente, que essa noção seja substituída por outra igualmente vaga. Dita substituição existe, quando o motivo se transcreve em frases suscetíveis de serem aplicadas a todos os casos. Portanto o motivo do exercício do poder discricionário não pode consistir numa fórmula imprecisa, ou seja, o motivo teoricamente correto é aquele que partindo de uma regra de direito, adapta-se ao caso concreto, de forma que sua generalidade remete à regra de direito<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set de 1990, n. 95, pp. 125-138, pp. 134.

<sup>323</sup>MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 73.

<sup>324</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs*, Atenas – Paris: Sirey, 1954, pp. 200-201.

No tocante ao controle judicial, tanto no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, quanto na hipótese de discricionariedade administrativa, é possível a sua incidência, para não apenas observar a consonância do ato com a lei, mas com o ordenamento jurídico.

Portanto, o fato de a determinado conceito jurídico indeterminado ser atribuída a possibilidade de escolha entre várias alternativas, o que é próprio do poder discricionário, não vai interferir na efetivação do controle judicial, mas sim na extensão que ele se dará, pois como anteriormente mencionado no caso dos atos discricionários o juiz não pode examinar a valoração da conveniência e da oportunidade dada pela Administração Pública para a prática do ato.

Quando do preenchimento de um conceito jurídico indeterminado, o administrador deve se preocupar em fixar o seu conteúdo não subjetivamente, mas em consonância com as convicções reconhecidas pela sociedade naquele momento e de acordo com o sistema jurídico vigente. Dessa maneira, será possível ao administrador público demonstrar que aplicou a solução mais adequada ao caso concreto.

Outro aspecto que merece a nossa atenção quanto ao controle judicial dos atos discricionários é o controle do motivo do ato administrativo, pois, ao contrário das relações entre particulares nas quais as razões que determinam a prática do ato têm caráter intrínseco e não o atingem, o motivo para a prática do ato administrativo deve corresponder ao estritamente legal e ter como objetivo atender sempre o interesse público<sup>325</sup>.

---

325 FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pp. 41.

Ao ser exercido o controle dos motivos dos atos administrativos se exerce o controle da própria legalidade da Administração, pois através do controle dos motivos se verifica se a finalidade da lei foi efetivamente atendida. O fim legal, em última análise, é o interesse público que sempre “está na base de todo ato administrativo (até mesmo os aparentemente individualíssimos no seu alcance repercutem sobre o interesse coletivo ou a ele se ligam, ainda que remotamente)”<sup>326</sup>.

Os atos discricionários, assim como as atos vinculados estão sujeitos à apreciação do Judiciário, todavia, “não pode o juiz penetrar, nem de leve, no terreno discricionário, substituindo pela sua a vontade do administrador”<sup>327</sup>, pois isso configuraria uma verdadeira quebra do princípio da separação dos poderes<sup>328</sup>.

Ensina Stassinopoulos<sup>329</sup> que a obrigação de motivar o ato administrativo introduzida pela jurisprudência francesa, constitui um caso de controle externo do poder discricionário. Essa obrigação resultava principalmente do princípio segundo o qual o poder discricionário não está submetido a um controle de fundo. Como o juiz não pode examinar se o exercício do poder discricionário tem sido justo no tocante ao ato em si, exige que tenha um elemento externo que prove que esse poder foi exercido dentro dos limites da lei. Para isso a motivação é determinante.

Por essa razão o autor francês diz que na motivação devem se distinguir dois elementos:

---

<sup>326</sup> Trecho do voto do Des. Seabra Fagundes, proferido em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na apelação cível 1.422, cujo inteiro teor se encontra na *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 14, pp. 52-82, pp.69, out/dez, 1948.

<sup>327</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 48.

<sup>328</sup> “Em outras palavras, toda discricionariedade somente existirá vinculada aos princípios, havendo, por conseguinte barreiras sistemáticas e constitucionais à discricção revogatória. Não se cogita de o controlador substituir o administrador. Longe disso. Em termos de técnica administrativa, certa margem de discricionariedade permanece inafastável, sob pena de usurpação do poder. Em realidade, trata-se de sulcar a noção de que toda discricionariedade está, por assim dizer, vinculada.” (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp.38).

<sup>329</sup> STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas – Paris: Sirey, 1954, pp. 198.

a) a motivação se refere tanto aos fatos como às considerações que servem de fundamento ao ato e se relacionam tanto com a oportunidade do ato como com a sua legalidade. Quando a motivação se refere à oportunidade do ato deve mencionar os fatos concretos e a importância que a administração lhes deu, como também a influência que esses fatos tenham tido sobre o exercício do poder discricionário. Esses motivos servem para justificar a solução que a Administração elegeu discricionariamente e facilita ao mesmo tempo o controle do juiz.

Quando a motivação se relaciona com a legalidade do ato ela pode conter: 1) um desenvolvimento do sentido da lei, de acordo com a interpretação dada pelo autor do ato; 2) uma confirmação da constatação dos fatos que constituem a condição para que a aplicação da lei tenha surgido; 3) uma afirmação de que estes fatos tenham sido submetidos a uma qualificação jurídica apropriada.

b) Outro elemento necessário é a correspondência da motivação com a matéria regulada pelo ato e isso vai variar de acordo com o tipo de motivos invocados: 1) se os motivos se relacionam com a interpretação da lei devem conter a manifestação do autor do ato sobre o sentido da lei. Nesse caso, simplesmente mencionar o artigo correspondente da lei não é suficiente e não será considerada como motivação; 2) caso se trate de motivos relacionados com a constatação de fatos, a correspondência existe quando se formulam as razões que embasam essa constatação; 3) se a motivação se relaciona com a qualificação jurídica de fato, apenas a menção da qualificação adotada não é suficiente, porque seria apenas a conclusão e não o motivo; 4) se o motivo tem por objeto demonstrar o exercício correto do poder discricionário, a correspondência necessária do mesmo com a conclusão do ato motivado, existe se o ato faz menção aos fatos e as considerações às quais o autor outorga uma importância fundamental.

A menção dos motivos fornece ao juiz a prova de que o ato está de acordo com os princípios norteadores da atividade administrativa, permitindo desmascarar um eventual desvio de poder (abuso de poder e desvio de finalidade) que constitui um vício oculto do ato administrativo que não pode se esquivar à luz dos motivos<sup>330</sup>. A motivação torna mais fácil a apuração de vícios no ato administrativo que pode envolver desde a competência até o desvio de poder e procedimento, passando pela também pela violação da lei.<sup>331</sup>

Por isso, nos atos discricionários a motivação tem uma importância ainda maior porque é por meio dela que o julgador terá acesso às razões de fato e de direito que levaram à prática do ato e poderá de maneira segura averiguar a obediência ao ordenamento jurídico vigente<sup>332</sup>.

Os atos administrativos devem observar não apenas a lei no sentido formal, mas todos os princípios contidos no ordenamento jurídico vigente, portanto a análise do motivo não pode se restringir à simples verificação da existência ou não do motivo legal para edição do ato. Deve ir um pouco além para verificar se diante do motivo invocado, o ato editado atende aos princípios que regem a atividade administrativa.

Assim, o Poder Judiciário não se limitará a analisar o aspecto de legalidade do ato administrativo, mas sua total consonância com os demais princípios que regem a Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição Federal e também aqueles constitucionalmente implícitos, como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

---

330 STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas – Paris: Sirey, 1954, pp. 202.

331 GOMES, José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981, pp. 149.

332 “Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-lo, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive perante o Poder Judiciário. Não basta que a autoridade invoque determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão, pois, conforme a conhecida lição de Giorgio Balladore Palieri, no Estado de Direito não este apenas a exigência de que a autoridade administrativa se submeta à lei; é essencial que também se submeta à jurisdição.” (FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 58-59).

Em razão de tudo o que foi exposto, a motivação facilita o controle administrativo, o controle legislativo e o controle judicial dos atos administrativos, pois é através dela que vem à tona os reais motivos da prática dos atos administrativos e se demonstra a sintonia deste com os princípios que regem a Administração Pública, protegendo-se os direitos individuais dos administrados que são assegurados pelo exercício do controle judicial dos atos administrativos.

## Conclusões

A Administração Pública, nos tempos atuais, tem sofrido profundas mudanças que tornaram necessária a motivação dos atos administrativos. Os administrados não mais se encontram inertes aos atos praticados pelo administrador público, exigindo cada vez mais a sua participação na tomada de decisões e o Poder Público tem buscado, freqüentemente, associar-se à sociedade na elaboração e execução das metas políticas traçadas.

Ao motivar o ato administrativo, cabe ao agente público externar a interpretação que está fazendo da lei; esclarecer em que sentido a norma está sendo aplicada; demonstrar a existência das circunstâncias de fato condicionantes da aplicação da lei e que os fatos estão submetidos à qualificação jurídica apropriada. Além de todos esses aspectos, a motivação deve ser clara, congruente e suficiente, permitindo que os destinatários do ato administrativo compreendam as razões de fato e de direito que ensejaram a edição do ato.

Com a motivação, é elaborado um discurso jurídico que deve demonstrar a correção jurídica da decisão adotada e a sua racionalidade, pela teoria proposta por Aarnio, com a influência dos ensinamentos de Habermas e Alexy. A decisão será considerada racional quando for razoável, ou seja, ao motivar o ato administrativo o administrador deve justificar a interpretação dada à norma jurídica, apresentando boas razões para a prática do ato, demonstrando a sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente e a sua adequação à moralidade socialmente em vigor, refletindo a razoabilidade do ato editado.

A Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9874/99) elenca de forma exemplificativa as hipóteses em que o ato administrativo deve ser motivado, já que a obrigação de motivar os atos administrativos é um princípio geral do Direito Administrativo contemporâneo, independentemente de lei expressa, ou seja, é regra geral e no Direito Brasileiro, encontra-se implícito na nossa Constituição Federal em decorrência do princípio do Estado

Democrático de Direito insculpido no art. 1º. A motivação garante a democratização da Administração Pública, na medida em que aponta os motivos da prática do ato e possibilita o exercício do seu controle de ofício pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário, mediante provocação do interessado.

O processo administrativo assume papel fundamental no âmbito do Direito Administrativo, na medida em que: 1) possibilita o controle da atividade administrativa pelo judiciário, bem como pelos administrados; 2) permite uma Administração Pública mais transparente; 3) resguarda os administrados contra atos arbitrários e 4) legitima a atividade administrativa e, diante desses aspectos, a necessidade de motivação fica ainda mais fortalecida. Todos esses fins do processo administrativo apenas se concretizam com a motivação do ato administrativo, pois é com ela que o administrado pode exercer a ampla defesa e o contraditório constitucionalmente garantido.

Na medida em que são explicitados os motivos que levaram o administrador a praticar o ato, estar-se-á facilitando o controle da legalidade do ato tanto pelo Judiciário quanto pela própria Administração Pública. Tal posição assume importância peculiar no que pertine aos atos discricionários, haja vista, por meio da motivação se poder verificar a existência da discricionariedade (atuação do administrador dentro dos limites legais) ou a arbitrariedade (existência de desvio de poder ou de finalidade – atuação além dos permissivos legais). A presença de motivação nos atos discricionários é importante para ser exercido o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção realizada.

Sendo a motivação princípio implícito na Constituição Federal deverá estar presente em todos os atos administrativos, sejam vinculados sejam discricionários, porque através dela se torna possível: 1) verificar se existem e se são verdadeiros os motivos que ensejaram a sua prática; 2) dar conhecimento aos interessados do motivo que levou à edição do ato, deixando claro o seu conteúdo; 3) interpretar e aplicar o conteúdo no ato; 4) justificar a solução que a

Administração escolheu e mediante o discurso racional formulado, obter a aceitabilidade da decisão pelos administrados, satisfazendo não apenas o interessado, mas a própria opinião pública, configurando uma verdadeira prestação de contas; 5) demonstrar que houve a adequação do objeto ao interesse público previsto em lei e a observância dos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, 6) orientar os órgãos subalternos na aplicação correta da lei em casos similares; e 7) facilitar o controle interno e externo sobre o ato, fornecendo a prova de que o ato está de acordo com a lei e com os princípios constitucionais, tornando-se elemento essencial para a efetivação do controle dos atos administrativos, em especial para o controle judicial.

## Referências Bibliográficas.

### Livros

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable – un Tratado de la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

..... *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social – Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1995.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUIAR, Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Trad. M. Atienza e I. Espeja. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

..... *Derecho e Razón Práctica*. México: Distribuições Fontamara, 1998, 2.ed..

..... *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever da Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1992.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1963.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONNARD, Roger. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, Sirey, 1926.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1.

CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação : Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de Análisis Jurídico*. Madri: Editorial Trotta, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Editora Trotta, 1998.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Language*. 1.ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1973.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo* 5.ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, t. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CORREAS, Oscar. *Crítica da Ideologia Jurídica– Ensaio Sócio-Semiológico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*, v.1, 13.ed. Madrid: Tecnos, 2001

CUNHA, Elke Mendes. O Princípio da Motivação e a Lei 9.784/99.. *In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

.....*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

..... *El Acto Administrativo*. Madri: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1985

DUARTE, David José Peixoto. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, Traduzido por Manuel A . D. de Andrade, 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*. 5º Ed. São Paulo: Malheiros, 2001

FIORINI, Bartolomé A . *Derecho Administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, t. 1.

..... *Teoria Jurídica del Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Trad. Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1955.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Contraditório e Invalidação Administrativa no Âmbito da Administração Pública Federal.. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). Devido Processo Legal na Administração Pública* São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, Editores, 2002.

..... *Estudos de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

..... *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo & FERNANDES, Tomas Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. 10.ed. Madri: Civitas, 2000.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Reflexiones sobre a Ley y los Princípios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986.

GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1981.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo. Malheiros, 2002

..... *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Malheiros.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1999.

..... *Facticidad y Validez – sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría do discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998

..... *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 11.ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

JÉZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. 3.ed. Paris: Marcel Giard, 1925.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbknian, 1997.

LAUBEDERÉ, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília Ministério da Justiça, 1997, v. 1 (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5.ed.. São Paulo: Editora RT, 1982.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

..... *Direito Administrativo Moderno*, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

..... *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

..... *Controle da Administração Pública*. São Paulo, RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso De Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros 2001.

.....*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MERKL, Adolfo. *Teoría General del Drecho Administrativo*. Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAND-DEVILLER, Jaqueline. *Cours de Droit Administrative*, 2.ed. Paris: Montchrestien, 1991.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

..... *Legitimidade e Discricionariedade: novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

..... *Curso de Direito Administrativo*, 10.ed. . Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUNÓZ, Guillermo Andrés. O Procedimento Administrativo na Argentina. Trad. Vera Scarpinella Bueno. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNÓZ, Guillermo Andrés (Coord.). As

*Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98.* São Paulo: Malheiros, 2000.

OHLWEILLER, Leonel. *Direito Administrativo em Perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato Administrativo.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PALASI, José Luis Villar e EZCURRA, Jose Luis Villar. *Principios de Derecho Administrativo: Actos, Recursos, Jurisdicción Contencioso-administrativa, t. II.* Madrid: Complutense, 1993.

PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. O Procedimento Administrativo Uruguaio. Trad. André Fabian Edelstein. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNÓZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98.* São Paulo: Malheiros, 2000, pp.53-74.

PÉREZ, Jesus Gonzáles. *Administración Pública y Moral.* Madrid: Civitas, 1995.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno.* 3.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1995, t. 1.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Poder Discricionário da Administração.* Coimbra: Coimbra, 1944.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido.* Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1994.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des Actes Administratifs,* Atenas – Paris: Sirey, 1954.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo principalmente no direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOURINHO, Rita. *Discricionariiedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

VEDEL, Georges. *Droit Administrative, t. 2*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

VEDEL, Georges e DELVOLLÉ Pierre. *Droit Administratif, t.1*, 12.ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional. *El Derecho Ductil. Ley, Derecho, Justicia.* , pp.21-45, 3.ed. Madrid: Trotta, 1999.

### Artigos

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, nº 14, junho/agosto de 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>.

AMSELEK, Paul. Évolution de la Technique Juridique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.275-294, janvier/février, 1982.

BAGATIN, Andréia Cristina. A Motivação dos Atos Administrativos. *Jurídica: Administração Municipal*, v. 7, nº 12, pp.4-20, dezembro, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, pp.55-79, 1983.

.....Legitimidade do Poder. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, pp. 59-71, 1985.

.....Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 207, pp. 39-78, jan-mar/1997.

BORGES, Alice Gonzalez. Processo Administrativo e Controle. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 226, pp.179-186, out./dez 2001.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 25, pp. 454-467, julho-setembro, 1951.

BRINDEIRO, Geraldo. O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 19, pp. 49-52, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Motivo no Ato Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, ano XI, n. 21, pp. 53-65, 1985.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Unificação das Normas do Processo Administrativo. *Arquivos do Ministério da Justiça*, a . 33, n. 139, pp. 1-31, jul/set 1976.

CERQUINHO. Maria Cuervo Silva Vaz. Conceitos e Elementos do Ato Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47-48, pp. 15-27, jul-dez, 1978.

CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.313-380, mars/avril, 1988.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, , n. 95, pp. 125-138, jul-set de 1990.

COTRIM NETO, A . B. Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo – no Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, nº 95, pp. 141/157, jul/set 1987.

DALLARI, Adílson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 5, pp.33-41, 1994.

DA MAIA, Alexandre. A Argumentação Jurídica em Robert Alexy como uma Teoria da Identificação: Bases Teóricas para a Multiplicidade da Dogmática. *Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura do Recife*. Recife, nº 9, pp.61-75, jan/jun-2002.

DELGADO, José Augusto. Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 701, pp. 34-44, março, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Constituição como Norma. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, pp. 5-17, abr/jun 1986.

..... ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Princípio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Faculdades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitucion. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 4, n.10, pp.11-61,jan/abr. 1984.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 23, pp. 1-16, 1951.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Estado Legal. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 157, pp.28-39, jul/set, 1984.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As Práticas Administrativas e o Controle da Moralidade. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 115, pp. 1-14, jan/mar 1974.

..... Controle do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 137, pp. 80-88, jan/março 1976.

.....O Processo Administrativo nos Pressupostos da Positividade Jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 141, pp. 22-42, jan/março 1977.

.....Motivação dos Atos Administrativos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 270, nº 922/924, pp. 57/60, Abr/Jun 1980.

FREITAS, Juarez. Deveres de Motivação, de Convalidação e de Anulação: deveres correlacionados e propostas harmonizadora. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, v. 4, nº16, pp. 39-48, pp. 41, out/dez. 2002.

GORDILLO, Agustín A. La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo. *Revista de Derecho Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, pp.16-24, 1969

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Renovar, v. 183, pp. 9-18, , jan-mar/1991 .

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 18, pp. 34-43, 1997.

HARGER, Marcelo. A Motivação do Ato Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp 233/238, abr , 1999.

HENRY, Jean-Pierre. Vers la fin de l'état de droit? *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, , pp.1207-1235, septembre/octobre, 1977.

LEMASURIER, Jeanne. Vers Democratie Administrative: du refus d'informer ao droit d'être informé. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, , pp. 1239-1269, set-out, 1980.

LINOTTE, Didier.. La Motivation Obligatoire de Certaines Décisions Administrative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp.1699-1715, novembrer/décembre 1980.

MACHADO, Hugo de Brito. Motivação dos Atos Administrativos e o Interesse Público. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, , v. 1, n. 3, pp. 9-25, jul/set. 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, pp. 27-38, jan/mar 1983.

..... Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, pp. 163-172, março, 1992.

.....Legalidade – Discricionariiedade – Limites e Controle. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp. 42-59 abr/jun, 1988.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo* – Novembro/2000, São Paulo: NDJ, 2000, pp. 830-837.

MONCONDUIT, François. État et Démocratie. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 327-344, mars/avril, 1986.

MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, v. 2, n. 8, pp. 44/42, out/dez. 2000.

OLIVEIRA, Anselmo Jerônimo de. Obrigatoriedade de Motivação dos Atos Administrativos, *Revista Atuação Jurídica*. São Paulo, v. 3, n.4, pp-39-53, dezembro, 2000.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o Processo Administrativo. *Revista de Direito Público*, Julho/Dezembro, 1978, Ano IX, nº 47-48. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47-48, pp. 7-27, jul-dez, 1978.

PRATES, Renato Martins. O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, pp.131-138, 1988.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.97, pp. 1-8, jul-set, 1969.

RAMON REAL, Alberto. Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, pp. 5-20, abr/jun, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas - Renovar, v. 209, pp. 189-222, jul-set/ 1997.

RODÓ, Laureano Lopez. La Procédure Administrative Non Contentieuse. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 607-628, mai/june, 1980.

SALDANHA, Nelson. O Poder Judiciário e a Interpretação do Direito. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 85, pp. 74-80, janeiro-março de 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 74, pp. 118 – 127, jul/set, 1985.

..... *A Importância do Procedimento Administrativo*. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, pp. 64-74, out/dez, 1987.