

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Fernanda Farina Mansur

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

Porto Alegre
2012

FERNANDA FARINA MANSUR

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

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Maria Isabel de Azevedo Souza

Porto Alegre
2012

FERNANDA FARINA MANSUR

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

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza
Orientadora

Professor Doutor William Smith Kaku

Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha

RESUMO

A presente monografia pretende fazer uma análise crítica da relação que a motivação do ato administrativo tem com o seu controle. Para tanto, é feito inicialmente um exame do ato administrativo em si e os aspectos que o permeiam, para que assim se possa concluir como ele poderá ser controlado. Da mesma forma, a motivação é examinada em toda a sua complexidade de maneira que se verifique a sua atuação como elemento necessário do ato administrativo. Passa-se então à apreciação dos meios de controle do ato administrativo, como o Judicial, Legislativo, Administrativo e Difuso, verificando-se o alcance deles. Desenvolve-se, por fim, a análise da motivação atuando como instrumento de controle do ato administrativo, por meio do auxílio na atuação dos órgãos convencionais de controle, como também na assistência na compreensão da atividade administrativa.

Palavras Chave: Ato Administrativo. Motivação. Motivo. Controle. Instrumento.

ABSTRACT

This graduation thesis intends to examine critically the resemblance between the administrative act motivation and its review. To do so, initially is made a exam of the administrative act itself and all the aspects the surrounds it, so that can be concluded how the act can be reviewed. In the same path, the motivation will be analyzed in all its complexity, in a way that could be verified its performance as necessary element of the administrative act. Afterwards, the means of review of the administrative act will be explored, such as the Judicial, Legislative, Administrative and Difuse reviews, being verified its reach. At last, it's developed an analysis of the motivation as a instrument of administrative act's review, by the support to the traditional review institutes, as much as through the assistance in the comprehension of the administrative duty.

Key Words: Administrative Act. Motivation. Motif. Review. Instrument.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
1 O ATO ADMINISTRATIVO	11
1.1 <i>Conceito</i>	11
1.2 <i>Requisitos</i>	13
1.2.1 <i>Competência</i>	14
1.2.2 <i>Forma</i>	15
1.2.3 <i>Objeto</i>	16
1.2.4 <i>Motivo</i>	17
1.2.5 <i>Finalidade</i>	18
1.3 <i>Atributos</i>	19
1.3.1 <i>Presunção de Legitimidade e Veracidade</i>	19
1.3.2 <i>Imperatividade</i>	20
1.3.3 <i>Auto-executoriedade</i>	20
1.4 <i>Atos vinculados e Atos discricionários</i>	21
1.5 <i>Extinção</i>	24
2 A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO	29
2.1 <i>Conceito</i>	29
2.2 <i>Requisitos</i>	31
2.3 <i>Conteúdo</i>	33
2.4 <i>Natureza Jurídica</i>	34
2.5 <i>Tempo da Motivação</i>	35
2.6 <i>Finalidade</i>	36
2.7 <i>Teoria dos Motivos Determinantes</i>	38
2.8 <i>Dever de Motivação</i>	39
3 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO	46
3.1 <i>Considerações Iniciais</i>	46
3.2 <i>Controle Administrativo</i>	48
3.3 <i>Controle Legislativo</i>	51
3.4 <i>Controle Jurisdicional</i>	53
3.5 <i>Controle Popular</i>	57

3.6 Controle Interno no âmbito do Judiciário e do Ministério Público	59
4 O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MOTIVAÇÃO	61
4.1 Considerações Iniciais.....	61
4.2 Instrumentalidade no controle do ato pelos três Poderes	62
4.3 Instrumentalidade na aplicação de Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	64
4.4 Instrumentalidade no controle do Desvio de Poder	67
4.5 Instrumentalidade na Jurisprudência Brasileira.....	70
CONCLUSÕES	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUÇÃO

O ato administrativo é um atributo da atividade administrativa que tem o poder de permitir que a Administração Pública imponha unilateralmente efeitos ao administrado. Logo, se trata de um dos muitos meios pelos quais se evidencia a verticalidade existente na relação entre o cidadão e o Poder Público, na qual a Administração se encontra em um patamar mais elevado que o indivíduo.

Todavia, ao mesmo tempo em que existe esta relação desigual, os cidadãos têm uma série de direitos garantidos pela Constituição da República, entre eles, o de não ser obrigado a fazer nada salvo por força de lei, conhecido como princípio da legalidade. Entretanto, este princípio se manifesta de forma plenamente diferente para a Administração Pública que, por sua vez, somente pode praticar atos permitidos por lei. Isto é, enquanto o cidadão tem a liberdade de praticar tudo que não lhe for legalmente proibido, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei lhe permitiu.

Notável que a linha de atuação do Poder Público é muito tênue, visto que ele pode agir somente dentro dos expressos ditames legais e não pode afetar a liberdade dos indivíduos, que pode ser restringida exclusivamente por lei. Diante disso, o Direito sempre buscou meios de limitar e moldar a atividade administrativa, a fim de que se garanta o respeito aos direitos e à liberdade do indivíduo. A pessoa não pode estar sujeita às intempéries do administrador, que deve sempre respeitar estritamente o princípio da legalidade.

Neste contexto, o principal meio pelo qual se verifica a conformidade legal da atividade administrativa é através do controle dos atos administrativos, que pode se dar, tradicionalmente, no âmbito do próprio Poder Executivo, como também dos Poderes Legislativo e Judiciário. Todavia, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, parece ter nascido mais uma via legítima de exame da atividade estatal: a popular, que se opera por meio da democracia direta e indireta, assim como pela participação popular prevista em diversas legislações mais modernas.

Estes sistemas de controle, por sua vez, devem atuar em harmonia, não se sobrepondo um sobre o outro, e sim agindo com uma dinâmica que sustente o sistema de freios e contrapesos, que é essencial à separação de poderes e ao Estado Democrático de Direito. De outra banda, mesmo existindo uma série de sistemas controladores, eles de nada valem se o ato administrativo não for coberto por requisitos legais a serem respeitados, sob pena de sua anulação pelos órgãos de controle. A motivação, neste panorama, é uma das formas que se

encontrou de limitar a atuação do agente público. Por meio dela, obriga-se o administrador a ponderar as circunstâncias de fato e de direito que levaram à prática do ato, de forma que ele somente aja se existirem fundamentos legais e fáticos para a sua atuação.

Entretanto, mesmo sendo notável a importância da fundamentação para a correta atividade administrativa, ela não é prevista de modo expresso na atual Constituição da República, podendo ser entendida, segundo alguns autores, como um princípio implícito à atividade administrativa. Mesmo havendo menção aos motivos do ato em algumas legislações esparsas, como a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a motivação somente foi expressamente prevista como princípio regente da atuação da Administração com a edição da Lei de Processos Administrativos Federais (Lei nº 9.784/99).

Sucedo, por conseguinte, que a necessidade de justificação dos atos administrativos não se encontra sedimentada na legislação brasileira, restando para a doutrina e a jurisprudência determinar se a motivação é obrigatória na atuação administrativa. Contudo, a compreensão doutrinária não é pacífica no que diz respeito ao dever de fundamentação do ato administrativo. Enquanto alguns autores entendem que há esta obrigação para todo e qualquer ato, outros acreditam que ela somente é necessária quando expressamente prevista em lei. Por sua vez, ainda têm-se doutrinadores que, ao dividirem os atos administrativos em discricionários e vinculados, compreendem que a justificação é obrigatória apenas para uma dessas classes.

Independentemente das divergências doutrinárias, a jurisprudência brasileira, conforme irá se observar, parece estar encaminhando-se, cada vez mais, à compreensão de que a motivação é obrigatória para todos os atos administrativos, salvo as expressas exceções legais e constitucionais. Destarte, é evidente que a justificação adota uma função como um fundamental instrumento de controle dos atos administrativos.

Em razão da relevância desta temática, este estudo se propõe a verificar, em um primeiro momento, o ato administrativo e a sua respectiva motivação, analisando-se todos os aspectos destes conceitos que demonstrem a essencialidade do ato administrativo à atividade pública, assim como a necessidade de seu controle por meio de sua fundamentação. Procurar-se-á, ainda, averiguar o entendimento doutrinário e jurisprudencial a fim de que se possa chegar a uma conclusão a respeito da eventual existência do dever de motivação na ordem jurídica brasileira.

Em um segundo plano, a presente pesquisa passará à averiguação do controle do ato administrativo em si, examinando como a motivação dele exerce um papel de fundamental

relevância para o seu exame. Para tanto, verificar-se-á como a fundamentação do ato administrativo se aplica às espécies de controle do mesmo, assim como a sua instrumentalidade se manifesta diante das temáticas mais relevantes do Direito Administrativo, como o desvio de poder e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. E por fim, para que o presente estudo tenha um fechamento apropriado, far-se-á uma análise jurisprudencial a fim de que se verifique como a jurisprudência vem entendendo a fundamentação dos atos administrativos.

1 O ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Conceito

Verificando-se as normas do Direito brasileiro não se encontra uma definição legal de ato administrativo, razão pela qual a doutrina é divergente no que toca a sua conceituação. Todavia, é possível encontrar pontos em comum para que se possa chegar ao seu conceito geral.

Primeiramente, é fundamental estabelecer que o ato administrativo é um ato jurídico, uma vez que produz efeitos jurídicos. Ressalta-se, entretanto, este entendimento não é consensual na doutrina, defendendo o grande mestre Seabra Fagundes que os atos administrativos poderão ou não ser atos jurídicos, deixando de ser quando não criarem, modificarem ou extinguiem direitos, ou seja, destituídos de efeitos jurídicos. Para ele, exemplos de atos administrativos que não constituirão atos jurídicos são aqueles de natureza meramente declaratória, como os pareceres facultativos, as certidões e os atestados.¹

Contudo, em que pese a opinião de uns dos maiores estudiosos do Direito Administrativo, deve-se aqui fazer uma diferenciação entre atos administrativos e atos da Administração. Com efeito, não é todo o ato realizado pela Administração que concretizará um ato jurídico. Quando o ato praticado não constituir efeitos jurídicos, se estará diante de mero ato da Administração, enquanto uma vez que ele produzir efeitos será um ato administrativo. Os atos da Administração, para Bandeira de Mello, são os atos regidos pelo Direito Privado, os atos materiais (como a pavimentação de uma rua) e os atos políticos e de governo. Di Pietro segue a mesma linha, porém, inclui entre os meros atos pela Administração os atos de opinião, conhecimento, juízo ou valor (como atestados e certidões), os contratos e os atos normativos da Administração.²

Logo, parece possível estabelecer que o ato administrativo é, de fato, um ato jurídico. O primeiro se diferencia por ser uma categoria do segundo informada pela finalidade pública e por ter peculiaridades no que diz respeito as condições de sua válida produção e eficácia.³

¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 367 et seq., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 190.

³ MELLO, op. cit., p. 355., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p.126.

Da mesma forma que se observou que nem todo o ato realizado pela Administração será um ato administrativo, nem todo o ato administrativo será praticado pela Administração Pública, como “os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas”. (MELLO, 2007, p. 368)⁴

Nesta senda, é possível conceituar o ato administrativo por meio de dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. No âmbito subjetivo, é ato administrativo aquele que provém dos órgãos administrativos, excluindo-se assim os atos ditados pelos órgãos legislativos e judiciais. No que diz respeito à perspectiva objetiva, é ato administrativo aquele realizado no exercício concreto da função administrativa, não importando a proveniência do órgão que o realizou⁵.

Até então, é possível observar que o ato administrativo é um ato jurídico que pode ou não emanar da Administração Pública. Portanto, o que deve ser observado para que se reconheça ele é se o órgão que o realiza está investido de função administrativa quando o fizer. Para Di Pietro, a função administrativa, que é inerente ao ato administrativo, é caracterizada por ser: parcial, visto que o órgão que realiza a função é parte na relação jurídica; concreta, pois lhe falta a característica de generalidade e abstração que distingue a lei; e subordinada, visto que está sujeita ao controle jurisdicional⁶.

Com base neste entendimento, Justen Filho (2006, p. 191) define o ato administrativo como a “manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.⁷ O ponto chave desta definição é a vontade funcional, visto que ela fundamentará o ato administrativo e será motivada pelo interesse público.

De certo modo, pode-se dizer que o ato administrativo é uma espécie de manifestação da supremacia inerente à Administração Pública, caracterizando o verdadeiro desequilíbrio que existe na relação entre a Administração e o administrado. O ato administrativo será a manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público e visando sempre a produção de efeitos jurídicos.⁸

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 384.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 193.

⁶ DI PIETRO, loc. cit.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 191.

⁸ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009., p. 156., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 126-127.

Destarte, levando-se em conta todo o desenvolvimento doutrinário a respeito do conceito de ato administrativo, vislumbra-se que esse poderá ser definido como um ato jurídico, fruto da manifestação volitiva da Administração, produzido por meio de agente investido de função administrativa, que terá por finalidade e motivação o interesse público.

1.2 Requisitos

A doutrina não é unânime no que diz respeito aos requisitos do ato administrativo. Geralmente, as diferenças se encontram em questões terminológicas ou nas diferentes formas em que os diversos autores desdobram ou englobam os elementos do ato administrativo.

Bandeira de Mello apresenta uma divisão particular dos requisitos do ato administrativo, na qual entende que o ato administrativo terá elementos e pressupostos. Os elementos são realidades intrínsecas do ato, como o conteúdo e a forma. Os pressupostos, por sua vez, podem ser repartidos em pressupostos de existência e de validade. Os primeiros são o objeto e a pertinência do ato, enquanto os segundos são os subjetivos (sujeito), os objetivos (motivo e requisitos procedimentais), os teleológicos (finalidade), os lógicos (causa) e os formalísticos (formalização). Para o autor, a vontade não comporia o ato administrativo, uma vez que precederia o ato e se trataria de uma realidade psicológica, e não jurídica.⁹

Todavia, apesar da interessante sistematização proposta pelo mestre, o ordenamento jurídico brasileiro, de certa forma, já expôs, no artigo 2º da Lei de Ação Popular, quais são os requisitos do ato administrativo, uma vez que determina que são nulos os atos que violarem a sua competência, forma, objeto, motivo e finalidade.¹⁰ Destarte, por haver direcionamento legal no sentido de quais seriam os elementos do ato administrativo, será esta a dinâmica adotada.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., passim.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 17 de setembro de 2012.

1.2.1 Competência

A competência é um pressuposto de validade do ato administrativo, sendo definida como o poder jurídico de manifestar a vontade da Administração, resultando ela de lei e sendo por ela delimitada, tratando-se de um poder-dever irrenunciável. Assim, não serão todos os servidores públicos que poderão praticar atos administrativos, mas somente aqueles a quem a legislação conferiu a autoridade de agir.¹¹

Todavia, Di Pietro lembra que há a possibilidade de o legislador se omitir a respeito da fixação de competência para a prática de determinados atos, situação na qual se compreenderia, em regra, que o Chefe do Executivo seria o competente para a sua realização. Entretanto, este entendimento perdeu sustento com o advento do artigo 17 da Lei dos Processos Administrativos Federais¹², o qual estabeleceu que, na falta de competência legal, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir. Isto é, a legislação em questão determinou o inverso do que vinha sendo o entendimento doutrinário, restando nebulosa a controvérsia de quem seria o agente competente para a realização de ato administrativo na falta de competência determinada em lei.¹³

Discussões à parte, é certo que a competência deve ser definida por lei e que, por ser requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Entretanto, a competência poderá ser delegada ou avocada, conforme previsão dos artigos 11 a 15 da Lei dos Processos Administrativos Federais, todavia, para ambos os casos, pressupõe-se a motivação.¹⁴

A delegação de competência consiste na divisão ou entrega temporária de atribuições a um órgão hierarquicamente inferior ou, ao menos, de mesmo nível. A Lei dos Processos Administrativos Federais estabelece, em seu artigo 13, matérias que não poderão ser objeto de delegação, sendo estas: a edição de atos de caráter normativo, decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva.¹⁵ Mesmo sendo esta previsão

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 128., ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009., p. 158., LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Rev. e Elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. Malheiros. São Paulo. 2007., p. 217.

¹² BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 204 et seq.

¹⁴ BRASIL., op. cit.

¹⁵ BRASIL., op. cit.

direcionada aos processos administrativos em âmbito federal, parece razoável entender que estas regras referentes à delegação de competência seriam aplicáveis, por analogia, aos demais processos administrativos.

A avocação, por sua vez, dependerá da existência de hierarquia entre órgãos administrativos, visto que consistirá na realização de ato administrativo por agente hierarquicamente superior àquele legalmente competente. Entende-se, ainda, que a avocação somente poderá ocorrer diante de circunstâncias excepcionais e motivos relevantes devidamente justificados, conforme ressalta o artigo 15 da Lei de Processos Administrativos Federais.¹⁶

1.2.2 *Forma*

A forma é o revestimento exterior do ato administrativo, a maneira como ele revela a sua existência, consistindo em requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Geralmente, o ato administrativo será formal e a ausência de forma ensejará a sua inexistência, da mesma maneira que o desrespeito à forma predita em lei acarretará na sua nulidade. Ainda que não haja previsão normativa específica a respeito da forma para determinado ato administrativo, esse não poderá jamais dispensá-la.¹⁷

A forma será, geralmente, a escrita, especialmente por razões de certeza e segurança jurídica. Haverá, de fato, atos expressos pela via oral e pela via gestual, entretanto, estes casos serão a exceção, cabíveis em situação de urgência, transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração.¹⁸

Até mesmo o silêncio poderá ser uma forma de manifestação da vontade da Administração. O silêncio caracteriza-se uma vez que a Administração não se pronuncia quando deveria fazê-lo, casos em que a lei atribui, comumente, efeito ao silêncio, seja de deferimento ou de indeferimento do ato administrativo. Entretanto, o silêncio não será ato jurídico, e sim uma mera declaração jurídica, não configurando, assim, um ato administrativo.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 129-130., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 394.

¹⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 129-130.

Não importa que o silêncio tenha efeitos, ele não será ato administrativo, uma vez que não haverá ato sem a sua extroversão, da mesma maneira que não há ato sem forma.¹⁹

Igualmente, parece fundamental ressaltar, a forma não vincula somente a formação do ato administrativo, visto que a modificação e o desfazimento do ato deverão seguir à mesma forma do ato originário. Independentemente de qual seja a forma prevista, a inobservância dela para modificar ou desfazer o ato o vicia, tornando-o passível de invalidação.²⁰

Todavia, cumpre salientar que certos defeitos formais do ato administrativo não ensejarão a sua invalidade, constituindo mera irregularidade. Por muitas vezes, a forma definida em lei terá mera função de uniformização dos atos da Administração, logo, o descumprimento destas normas pareceria absolutamente irrelevante para fins de garantia do administrado. Portanto, a mera ignorância às normas de uniformização não deverá gerar a nulidade do ato, e sim, a sanção ao agente faltoso.²¹

Ademais, a forma deverá respeitar o princípio da proporcionalidade. Geralmente, as normas que estabelecem os requisitos formais do ato administrativo serão mais severas, visto que pretendem assegurar a função de controle inerente à formalidade. Entretanto, uma vez que os pressupostos formais inviabilizem os interesses coletivos e coloquem em risco os direitos fundamentais, dever-se-á aplicar a proporcionalidade para que se atenuem as exigências, garantindo-se assim os direitos dos administrados.²²

1.2.3 Objeto

Conforme já verificado, o ato administrativo é também um ato jurídico. Em razão disso, infere-se que o objeto integra o ato uma vez que nenhum ato jurídico, seja ele de qualquer natureza, existe sem objeto. Seguindo mesmo raciocínio, o objeto deverá ser como o de qualquer ato de direito privado: lícito, possível, certo e moral.²³

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 395 et seq.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 130.

²¹ MELLO, op. cit., p. 394 et seq.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 203.

²³ MELLO, op. cit., p. 377., DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 206.

O objeto terá relação com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e a sua vontade. Importa, neste ponto, assinalar que o objeto tem tratamentos diferenciados para os atos discricionários e para os atos vinculados, que serão vistos mais aprofundadamente a seguir. Por agora, cumpre ressaltar que nos atos discricionários, o objeto ficará na dependência da escolha do poder público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo.²⁴

O mérito administrativo não é requisito de formação do ato administrativo, podendo ser vislumbrado toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando, em seu âmbito interno, as consequências ou vantagens do ato. Nos atos vinculados, nos quais não há faculdade para a Administração, resta afastada a discussão a respeito do mérito administrativo, reconhecendo-se este somente nos atos discricionários. Nestes últimos, uma vez que a lei confie à Administração a faculdade de valoração dos motivos e do objeto do ato administrativo, não caberá ao Judiciário rever o seu mérito.²⁵

1.2.4 *Motivo*

Para Bandeira de Mello (MELLO, 2007, p. 379), o “motivo é o pressuposto do ato administrativo que autoriza ou exige a prática do mesmo” e, ainda, por anteceder o ato, não pode ser considerado elemento do mesmo.²⁶ De acordo com Di Pietro, o motivo é o pressuposto tanto de fato como de direito que serve de fundamento do ato administrativo. Pressuposto de direito no que diz respeito ao dispositivo legal no qual se baseia, e de fato no que toca o conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticá-lo.²⁷

O motivo pode ou não ser previsto em lei, sendo no primeiro caso um elemento que vincula o administrador, enquanto no segundo se trata de requisito discricionário, tendo o agente a liberdade de escolha do motivo em vista do qual realizará o ato. Neste ensejo, ressalta-se que, no caso do motivo ser discricionário, a escolha desse pelo agente o vincula ao motivo eleito, por força da teoria dos motivos determinantes, que será analisada oportunamente neste estudo.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 131.

²⁵ MEIRELLES, loc. cit.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 379.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 210.

Motivo não será a mesma coisa que motivação, visto que a segunda é obrigatória, exceto quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível.²⁸ O motivo, por sua vez, como já ressaltado, não será sempre obrigatório, visto que por vezes será deixado para a discricionariedade do agente da Administração.

Ainda, pode-se tratar o motivo diferentemente da causa do ato administrativo, uma vez que a última se trata da pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Portanto, eventual vício na causa do ato o invalida, visto que o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência e pertinência com o ato praticado.²⁹

Da mesma forma, a ausência de motivo ou de motivação, quando exigida, invalida o ato administrativo. Salienta-se mais uma vez, pela importância do conceito, que mesmo que o motivo não seja previsto em lei, o agente deve eleger, dentro de sua discricionariedade, aquele que ensejará a prática do ato administrativo, sob pena de nulidade, mesmo que nem todos os atos exijam a explicitação deste motivo – isto é, a motivação.³⁰

1.2.5 Finalidade

A finalidade é o bem jurídico de interesse público que o ato administrativo busca atingir, não se admitindo que não haja nesse a finalidade pública. O fim do ato deve ser sempre a proteção da ordem pública, da paz e contribuir, juntamente com o motivo, para a formação de vontade da Administração. Ainda, a finalidade pode ser considerada efeito mediato do ato, distinguindo-se do motivo porque sucede a sua prática, como aquilo que a Administração pretende alcançar com a edição dele, enquanto o motivo o antecede.³¹

A finalidade será indicada por lei, implícita ou explicitamente, e a vontade do administrador é plenamente vinculada à vontade do legislador. Caso o agente altere a finalidade pretendida pela vontade legislativa, caracterizar-se-á o desvio de poder. A teoria do desvio de poder é fundamental sob o ponto de vista que trouxe a noção de interesse público

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 130.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 384.

³⁰ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009., p. 174.

³¹ MELLO, op. cit., p. 387., DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 209.

como o foco da legalidade do ato administrativo, ocorrendo esse vício sempre que o agente público se servir de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.³²

1.3 Atributos

1.3.1 *Presunção de Legitimidade e Veracidade*

Este atributo do ato administrativo consiste na presunção relativa de regularidade jurídica dos atos produzidos pelo agente em função administrativa, garantindo que o Estado possa gerar unilateralmente atos oponíveis e vinculantes a terceiros sem a necessidade de intervenção do interessado ou do Poder Judiciário. Di Pietro faz um interessante desdobramento da presunção de legitimidade e da presunção de veracidade, conceituando a primeira como a conformidade do ato com a lei, enquanto a segunda diria respeito aos fatos, que quando alegados pela Administração serão presumidamente verdadeiros.³³

A presunção é relativa e somente se opera quando a Administração cumpriu o devido procedimento administrativo. Ela não vincula o particular de maneira definitiva ou absoluta, equivalendo, simplesmente, à inversão do ônus da prova. Isto é, não há obstáculo à atividade jurisdicional, entretanto, será o particular que alega a ilegitimidade da atividade da Administração que deve comprová-la. Ainda, a presunção não alcança questões jurídicas, não estando o Judiciário vinculado à interpretação jurídica dada pela Administração.³⁴

A função deste atributo é fundamental, uma vez que responde à necessidade que há de uma atividade administrativa célere e segura, permitindo a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, deixando estes de serem válidos e operantes somente na superveniência de pronunciamento de nulidade.³⁵

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 388 et. seq.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 209., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 197 et seq.

³⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 211.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 134-137.

Por fim, este atributo, diferentemente dos demais que serão examinados, toca todos os atos da Administração Pública, uma vez que se trata de prerrogativa inerente ao Poder Público.³⁶

1.3.2 *Imperatividade*

A imperatividade é o atributo pelo qual se confere coerção ao ato, a fim de garantir o seu cumprimento ou execução a partir de sua simples existência, independentemente de declaração de validade, em razão do atributo de presunção de legitimidade. Trata-se da faculdade pela qual os atos administrativos poderão ser impostos a terceiros.³⁷

Este atributo não está presente em todos os atos, visto que algumas espécies dependem exclusivamente do interesse do particular para sua utilização. Entretanto, os atos que consistem em um provimento ou uma ordem administrativa sempre estarão, desde sua origem, cobertos pela imperatividade.³⁸

1.3.3 *Auto-Executoriedade*

A auto-executoriedade consiste na faculdade de imediata e direta execução de certos atos pela própria Administração Pública, independentemente de ordem judicial. Este atributo obedece estritamente aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, o que pode levar a duas constatações: somente existirá a auto-executoriedade quando houver lei que a preveja previamente e somente será admitida quando não houver alternativa diversa menos lesiva.³⁹

Portanto, não serão todos os atos administrativos autoexecutáveis, especialmente levando-se em conta a previsão do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que trouxe

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 199.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 137., DI PIETRO, op. cit., p. 200.

³⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 137.

³⁹ MEIRELLES, lócc. cit., JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 213.

uma interpretação mais restritiva a este atributo, uma vez que garante a ampla defesa e o contraditório nos procedimentos administrativos.⁴⁰

A auto-executoriedade tem a função de primar pelo princípio da repartição de Poderes, uma vez que parece ser uma afronta a essa a submissão de todas as ações do Executivo ao Poder Judiciário. Entretanto, este poder da Administração não é plenamente livre, visto que, nos termos do artigo 45 da Lei dos Processos Administrativos Federais, o ato praticado com base na auto-executoriedade deverá ser motivado⁴¹. Portanto, uma vez que o administrado verificar defeito na motivação apresentada, ele poderá se utilizar das vias de controle para anulá-lo.

Cumprido, ademais, tecer uma análise a respeito do desdobramento que alguns autores fazem deste atributo em executoriedade e exigibilidade. Nesta temática, Di Pietro desenvolve, de forma muito esclarecedora, ambos os conceitos, explicando que enquanto na exigibilidade a Administração Pública se utiliza de meios indiretos de coerção, como a multa, para impor o ato a terceiro, na executoriedade ela faz uso de meios diretos, compelindo materialmente o administrado, fazendo, geralmente, o uso da força.⁴²

1.4 Atos vinculados e Atos discricionários

Os atos administrativos podem ser classificados entre vinculados e discricionários, levando-se em conta o grau de liberdade subjetiva que a Administração Pública tem ao realizá-lo.

Os atos vinculados são aqueles que têm os requisitos e condições estabelecidos em lei, atingindo a norma vários aspectos da atividade administrativa. A tipificação legal já terá estabelecido, prévia e objetivamente, o único comportamento, em todos os seus aspectos, que pode ser adotado pela Administração. Não é possível que a Administração aja de forma diversa, não sendo ela livre para resolver sobre a conveniência do ato, muito menos sobre seu

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

⁴¹ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado. (BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.)

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 201.

conteúdo. A ela cabe, simplesmente, constatar a ocorrência dos motivos para, como base neles, praticar o ato.⁴³

Quando se fala em ato vinculado, entende-se que as imposições legais absorvem praticamente toda a liberdade do administrador, uma vez que a validade do ato é sujeita à ação do agente de acordo com os pressupostos legais. Destarte, pode-se dizer que quando diante de um ato vinculado, o administrado terá o direito subjetivo de exigir que a Administração pratique determinado ato de certa maneira, sob pena de correção judicial.⁴⁴

No que toca os atos discricionários, parece fundamental, primeiramente, realizar uma análise no que diz respeito à nomenclatura adotada pela doutrina. Parece ser unânime que se falar em “ato discricionário” é equivocado, uma vez que o que será discricionário é o poder da Administração, e não o ato em si. Neste sentido, Bandeira de Mello (2007, p. 411) entende ser a nomenclatura mais acertada a de “atos praticados no exercício de competência discricionária”.⁴⁵ Feita esta ressalva, a título de didática, ainda se utilizará o termo “ato discricionário”, mesmo não sendo esta a nomenclatura mais apropriada.

Superada esta questão terminológica, cabe conceituar os atos discricionários como aqueles nos quais a Administração tem a liberdade de escolha no que toca ao conteúdo, o destinatário, a conveniência, a oportunidade e o modo de realização do ato, realizando-o na maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público. Isto não significa, entretanto, que não há regramento tratando do ato discricionário, e sim que este regramento deixa margem de decisão para o administrador diante do caso concreto.⁴⁶

Seabra Fagundes salienta que a discricionariedade da Administração pode dizer respeito ao motivo ou ao objeto do ato, ou então, a ambos simultaneamente. No que for relativo ao motivo, a discricião toca a ocasião de prática do ato (oportunidade) e a sua utilidade (conveniência), inclusive exemplificando o autor o ato discricionário de livre apreciação do motivo como o ato de promoção de servidor público por merecimento. Já no que tange ao conteúdo, a discricionariedade encontra-se na possibilidade de prática do ato com o objeto que o administrador entender apropriado. Exemplo desta espécie de ato, de acordo com o

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 412., FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 92.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 212.

⁴⁵ MELLO, op. cit., p. 411.

⁴⁶ DI PIETRO, loc. cit.

mestre, seria a censura cinematográfica, que pode ser desde o estabelecimento de idade mínima até a vedação de reprodução de partes do filme.⁴⁷

A discricionariedade nunca será infinita. Mesmo que não se possa falar em nulidade do ato administrativo no que diz respeito ao motivo ou objeto, uma vez que a Administração pode deliberar livremente sobre estes requisitos, o administrador está vinculado no que tange à competência, à finalidade e à forma do ato, podendo estes aspectos serem revisados judicialmente, incidindo aqui as mesmas hipóteses de invalidade dos atos vinculados.⁴⁸

Cumprir fazer a ressalva do douto Bandeira de Mello, que sustenta a existência de certa discricionariedade no que diz respeito ao fim. Com efeito, o fim do ato administrativo é, sempre, o interesse público, sob pena de invalidade. Por outro lado, a definição de interesse público depende, de certo modo, de uma apreciação subjetiva da Administração, havendo margem para um juízo discricionário interpretativo.⁴⁹

Há, portanto, limites para a discricionariedade do ato administrativo, podendo a decisão, ao atacar a competência, a finalidade e a forma passar de discricionária para arbitrária, o que é contrário à lei. A discricção e o arbítrio são conceitos plenamente diversos, visto que o primeiro é uma liberdade de ação dentro dos limites legais, enquanto o segundo se trata de uma ação contrária ou excedente à lei. O ato, quando arbitrário, é sempre ilegítimo e inválido.

Afinal, a discricionariedade tem o seu fundamento na grande variedade e complexidade de problemas que o Poder Público pode se confrontar. É impossível esperar que a lei, por mais casuística que fosse, previsse todas as soluções e hipóteses mais vantajosas ao interesse público. Entretanto, a liberdade para que se defina diante do caso concreto qual a conduta mais apropriada não ocorre sem a observância e sujeição à lei, uma vez que a exorbitância do poder discricionário, isto é, a arbitrariedade, constitui um ato ilícito.⁵⁰

⁴⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 92.

⁴⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 93.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 412-413.

⁵⁰ FAGUNDES, op. cit., p. 92.

1.5 Extinção

A extinção do ato administrativo é um tema amplamente discutido na doutrina, especialmente por ter relação com os seus vícios e a sua nulidade. Entretanto, geralmente, a extinção só é tratada pela perspectiva da revogação e da anulação, que são as suas principais e mais recorrentes formas.

Todavia, da excelente obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível verificar uma análise mais ampla das possibilidades de extinção do ato administrativo. Mesmo que, para os fins buscados nesta pesquisa, não cumpra fazer uma análise mais aprofundada de todos os meios de extinção do ato administrativo, parece essencial fazer ao menos uma breve explanação a respeito da sistematização adotada pelo autor.⁵¹

Para o mestre, o ato administrativo eficaz pode se extinguir em razão do cumprimento dos seus efeitos, isto é, quando houver esgotamento de seu conteúdo jurídico, como no caso gozo de férias de um servidor público que dá fim ao ato que lhe concedeu as férias. Ainda, a extinção do ato pode se dar pela sua execução material, sendo a providência ordenada pelo ato cumprida, como no caso da execução de ordem de demolição de um edifício. Igualmente, o ato deixa de existir em razão do cumprimento dos seus efeitos, uma vez que ocorre a condição resolutiva ou o termo final, assim como pode haver se extinguir pelo desaparecimento do objeto ou do sujeito da relação jurídica. Ademais, ocorre a renúncia quando o beneficiário do ato rejeitar a situação jurídica favorável que desfrutava em razão dele.⁵²

Por fim, há a modalidade de extinção do ato administrativo que o autor chama de retirada, que engloba: a cassação⁵³, que é a extinção do ato por descumprimento das condições que deveriam permanecer atendidas a fim de que o ato persistisse; a caducidade, consistindo na superveniência de norma jurídica que extingui o ato por torná-lo inadmissível; a contraposição ou derrubada, que seria configurada quando houver emissão de ato que, fundado em competência diversa da que gerou o ato anterior, tem efeitos contrapostos ao primeiro. Enfim, ainda há na modalidade de retirada a revogação e a anulação/invalidação,

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 426-427.

⁵² MELLO, loc. cit.

⁵³ Ressalta-se que, para o mestre Hely Lopes Meirelles, a cassação seria uma modalidade da anulação do ato administrativo, visto que o ato se torna ilegal na sua execução, mesmo tendo nascido legítimo e perfeito. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 180.)

que são amplamente tratadas por toda doutrina, merecendo destaque e estudo mais aprofundado.⁵⁴

A revogação pressupõe um ato legal e perfeito, porém, inconveniente para a Administração, consistindo da extinção de ato administrativo legítimo e eficaz por razões de conveniência e oportunidade. Ela pode ser explícita, declarando a autoridade administrativa expressamente a revogação de ato anterior, ou implícita, quando novo ato dispõe sobre mesma situação que o primeiro ato, só que de maneira diversa.⁵⁵ Nota-se que se trata de um sistema muito parecido com o de revogação das leis.

É competente para realizar a revogação uma autoridade no exercício de funções e competências administrativas. Parece evidente, portanto, que o Judiciário não pode praticar a revogação de atos administrativos realizados pela Administração Pública, exceto quando o ato tiver sido praticado pelo próprio Judiciário no exercício de suas funções administrativas. Este entendimento, inclusive, já foi consolidado pelo STF nos termos da Súmula 473.⁵⁶ Ainda no que diz respeito à competência para revogação de atos, essa pode ser somente do agente que praticou o ato ou de seu superior hierárquico, sendo possível a supressão desta regra unicamente quando a lei conferir a agente diverso a competência revocatória.⁵⁷

Somente pode ser revogado o ato administrativo discricionário, visto que no ato vinculado o administrador tem que adotar uma conduta específica prevista na lei, não podendo eleger conduta diversa em razão de conveniência e oportunidade. Não são revogáveis, entretanto, todos os atos discricionários. Os atos especiais ou individuais podem, em determinadas situações, serem irrevogáveis por gerarem direitos subjetivos aos destinatários. Caso haja revogação desta espécie de ato, essa somente pode se dar por meio de indenização completa dos prejuízos sofridos pelo beneficiário. Entretanto, geralmente, a revogação não enseja direito a indenização, não sendo, até mesmo, necessário o contraditório, uma vez que se trata de uma justiça interna da Administração, levando em conta a conveniência, a oportunidade e a razoabilidade do ato para o interesse público. Ela, ainda, por

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 427.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 178., MELLO, op. cit., p. 429.

⁵⁶ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473, de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.)

⁵⁷ MELLO, op. cit., p. 429.

não se tratar de uma revisão de legalidade, e sim de mera conveniência, não desconstituiu efeitos passados.⁵⁸

Por sua vez, a anulação ou invalidação se trata da declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, podendo resultar tanto de um ato administrativo ou de um ato jurisdicional. Isto é, tanto a Administração quanto o Judiciário podem promover a anulação de um ato administrativo.

A invalidação pela Administração é fundada em seu poder de auto-tutela, independentemente da provocação dos interessados, visto que ela tem o poder-dever de restaurar a legalidade de seus atos. Ressalta-se, todavia, que esta anulação deve ser precedida de contraditório quando for passível de afetar direitos de terceiros, por força do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Por sua vez, quando o Judiciário anular o ato administrativo, somente poderá fazê-lo mediante provocação dos interessados por meio de uma lide.⁵⁹

Os efeitos da anulação, geralmente, retroagem às suas origens, sendo *ex tunc* e invalidando todas as consequências do ato anulado. Por se tratar do reestabelecimento da legalidade, o ato anulado não cria situações jurídicas definitivas e não gera direitos e obrigações para as partes, sempre se buscando estabelecer o *status quo ante*.⁶⁰

Tal regra é atenuada quando houver prejuízos para terceiros de boa-fé em face da anulação do ato, uma vez que estes estão sobre a égide da segurança jurídica e da presunção de legitimidade que reveste toda a atividade da Administração Pública. Portanto, podem os efeitos serem *ex nunc*, ou seja, a partir do momento da declaração de nulidade, quando forem afrontados pela anulação os princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa. Entende-se que deve haver um prazo para a anulação do ato administrativo, mantendo-se válidos atos ilegítimos praticados e operantes há um longo período de tempo e que já produziram efeitos em face de terceiros, com fulcro na necessidade de estabilidade e segurança na atuação administrativa.⁶¹

Os vícios que geram a anulação do ato administrativo podem tocar qualquer um dos seus elementos, como a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. Entretanto, a doutrina é dissidente no que diz respeito aos graus de nulidade que os defeitos podem trazer

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 178-180., MELLO, op. cit., p. 431.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 236.

⁶⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 181-182.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 445., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 181-182.

ao ato administrativo. O entendimento majoritário e que será adotado neste trabalho defende que os atos podem ser nulos ou anuláveis, isto é, podem ser eivados de nulidade absoluta ou nulidade relativa, respectivamente. Quando a nulidade for absoluta, o ato ofende princípios básicos da ordem jurídica e garantidores dos mais elevados interesses coletivos, sendo forçoso que a resposta mais enérgica do ordenamento. Por sua vez, o ato anulável, revestido de nulidade relativa, contraria preceitos que visam proteger interesses individuais, sem afetar direitos coletivos, sobrepondo-se neste caso a vontade individual.⁶²

Para Hely Lopes Meirelles, por sua vez, não há falar no Direito Administrativo em atos anuláveis e atos nulos. A nulidade relativa não tem espaço no direito público, visto que diz respeito ao interesse de particulares. Todos os atos administrativos levam em conta o interesse público, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação. Tal pensamento existiria por um transplante de teorias de direito privado para o direito administrativo, sem verificar que tal transporte é incoerente com os princípios de direito público.⁶³

Seabra Fagundes admite a existência de atos nulos e anuláveis, incluindo, ainda, uma terceira classe de atos, os irregulares. Os atos absolutamente inválidos ou nulos violam regras fundamentais, carecendo de qualquer fundamento jurídico, devendo ser fulminados por razões de interesse público e moralidade administrativa. Os relativamente inválidos ou anuláveis, mesmo violando elementos dos atos administrativos, têm mais valia para o interesse público com sua parcial validade. Além desses, os atos irregulares contêm defeitos irrelevantes que não afetam o interesse público.⁶⁴

Deve-se analisar, ademais, a discussão a respeito da obrigatoriedade da Administração em anular atos revestidos de ilegalidade. Para Di Pietro, a Administração deve anular os atos ilegais sob pena de ir de encontro ao princípio da legalidade. Todavia, quando o prejuízo resultante da anulação superar o decorrente da manutenção do ato ilegal, pode o administrador optar pela manutenção do ato por força da supremacia do interesse público. Bandeira de Mello segue na mesma via, entendendo que só há a opção pela invalidação ou não do ato quando se tratar de vício de competência em ato discricionário, no qual o superior hierárquico, a quem competia a sua realização, pode decidir se o anula ou não.⁶⁵

⁶² HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010., p. 65-67.

⁶³ MEIRELLES, op. cit., p. 182-183.

⁶⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 65-73.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., p. 237.,

Ainda, no tocante à anulação, cumpre verificar a possibilidade de convalidação, que consiste em um ato administrativo que supre vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à prática ilegal. A doutrina não é unânime no que diz respeito a esta faculdade do agente público, parecendo ser o entendimento mais acertado aquele emitido por Bandeira de Mello, segundo o qual não há, por parte da Administração Pública, a discricionariedade de optar pela convalidação de ato inválido, da mesma forma que não cabe escolher se o invalidará ou não. Portanto, sempre que se estiver diante de ato suscetível de convalidação e não houver impugnação pelo interessado, deve o ato ser convalidado. Somente quando se tratar de ato de conteúdo discricionário, praticado por agente incompetente, a autoridade competente para restaurar a legalidade poderá, a seu juízo, convalidar ou invalidar o ato.⁶⁶

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 454.

⁶⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 245., MELLO, loc. cit.

2 A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Conceito

O conceito de motivação do ato administrativo é intimamente conectado à definição de seu motivo, uma vez que a motivação, sintética e superficialmente, é nada menos que a exteriorização dos motivos do ato. Destarte, é essencial que se inicie a sua análise por meio da concepção de motivo do ato administrativo.

O motivo pode ser conceituado, em um primeiro momento, por meio de duas correntes principais: a subjetivista e a objetivista. De acordo com a primeira, o motivo é um caminho psicológico utilizado pelo agente administrativo para a execução do ato. Já para a segunda corrente, o motivo são os fatos externos e anteriores ao ato que levaram a sua prática. Cintra se filia a doutrina objetivista, uma vez que entende que o ato administrativo pressupõe, de fato, uma atividade psicológica por parte do agente da Administração. Entretanto, esse processo é irrelevante, devendo-se levar em conta as razões de fato e direito que levaram à sua prática, isto é, os aspectos objetivos do motivo.¹

Ao que parece, a legislação pátria também adota a teoria objetivista do motivo, uma vez que na Lei de Processos Administrativos Federais, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VII, é possível encontrar a previsão de que deve ser observada nos processos administrativos a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.² Na mesma senda, a Lei da Ação Popular, em seu artigo 2º, dá como causa de nulidade do ato administrativo a inexistência dos motivos, que será verificada “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.”³

Uma vez compreendido o motivo, passa-se a análise propriamente da motivação do ato administrativo. Primeiramente, a título elucidativo, essencial esclarecer as questões terminológicas que envolvem a motivação, a justificação e a fundamentação do ato. A justificação é definida como a enunciação da situação de fato e de direito, enquanto a

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 88 et seq.

² BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

³ BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

motivação se trata da expressão do motivo, pretendendo demonstrar os critérios escolhidos.⁴ Entretanto, como já foi verificado, o motivo não é nada mais que as razões de fato e de direito. Logo, é cristalina a correspondência entre os conceitos, parecendo infrutífero entendê-los como definições diversas, razão pela qual se compreende, neste estudo, justificação, fundamentação e motivação como termos sinônimos.

No que toca ao conceito da motivação, ela não deve ser confundida com o motivo do ato. A existência dos motivos não implica na existência de motivação, da mesma forma que quando da inexistência dos motivos pode advir uma motivação equivocada.⁵ Separado o motivo da motivação, ficam mais claros os conceitos.

De maneira geral, Vieira de Andrade entende que a motivação pode ser definida como a exteriorização das razões de fato e de direito que basearam a decisão, se tratando da explicitação do procedimento interno de formação da vontade do agente público. Portanto, a motivação se trata da ação de explicitar os motivos do ato. Todavia, conforme já observado, se adotarmos a teoria objetiva a respeito do motivo, a exteriorização das razões de fato e de direito não pode se confundir com o processo psicológico do agente. Parece que o autor pretende unificar as teorias, compreendendo que a motivação deve incorporar tanto o aspecto subjetivo quanto o objetivo do motivo.⁶

Cintra, por sua vez, adota uma compreensão ainda mais ampla da motivação, visto que esta não deve ser somente a exposição dos motivos, como também dos aspectos de legalidade e, no caso dos atos discricionários, de conveniência e oportunidade. Ela é um conjunto de proposições que, dentro de um contexto, forma um discurso destinado a justificar, por meio da razão, o ato administrativo motivado.⁷

Ademais, é possível diferenciar a motivação entre formal e material. A primeira se trata de uma mera expressão das razões de fato e de direito e da relação entre essas, enquanto a segunda é a emissão do pressuposto fático que fundamentou o ato, devendo esse corresponder às exigências legais.⁸ No entanto, tal distinção não parece ser essencial para o estudo da fundamentação ora proposto.

⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 92.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., p. 13 e 227.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 106 et seq.

⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 93.

Destarte, afigura-se possível conceituar a motivação do ato administrativo como não somente a exposição dos motivos desse, como também a descrição de todas as razões que levaram à sua prática. Portanto, devem ser descritas desde as situações fáticas que indicaram a realização do ato, como também as razões de direito que permitiram a sua prática e eventuais motivos de conveniência e oportunidade.

2.2 Requisitos

A doutrina administrativista é forte no sentido de entender que os requisitos da motivação são a clareza e a congruência. A Lei de Processos Administrativos Federais segue a compreensão doutrinária, estabelecendo em seu artigo 50, §1º, que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, não restando dúvidas de que estes são requisitos da motivação do ato administrativo.⁹ A suficiência, ainda, pode ser considerada um requisito no sentido de que é cristalino que uma fundamentação que não apresenta elementos suficientes a justificar o ato administrativo não consiste em uma motivação propriamente.¹⁰

Os pressupostos apresentados têm a função de garantir a compreensão do conteúdo da fundamentação do ato administrativo, uma vez que parece sem fundamento que a motivação fosse obrigatória sem qualquer controle sobre ela. Diante dessa importante finalidade, forçoso analisar as particularidades de cada uma das exigências.

A clareza, para Vieira de Andrade, é o mais simples dos requisitos, visto que é contemplado pela mera existência física da motivação, a qual deve ter um conteúdo semântico que torne possível a determinação segura de quais são as razões de fato e de direito que fundamentaram o ato. Em razão da sutileza do requisito, não é qualquer falta de clareza que será relevante, visto que somente a eventual existência de obscuridades que guardem relação

⁹BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

¹⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 121., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 126 et. seq., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 99., ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., p. 234 et. seq.

com traços definidores da fundamentação que podem ser consideradas para fins de nulidade ou até mesmo de inexistência da motivação.¹¹

A congruência, por sua vez, significa que as premissas apresentadas devem guardar uma relação de causalidade com a conclusão a qual o agente chegou. O requisito diz respeito à coerência e à sensatez que devem existir no processo de motivação do ato, uma vez que exige que o conteúdo dele seja uma consequência lógica da sua fundamentação. Ressalta-se que não se demanda a congruência entre os fundamentos invocados no presente ato e as decisões anteriores similares, e sim entre premissas e conclusões da motivação do ato concreto em si.¹²

A suficiência parte da premissa de que a Administração tem o dever de demonstrar todo o processo lógico e jurídico percorrido até a decisão tomada. A justificação suficiente deve conter elementos idôneos a justificar a edição do ato administrativo, tanto no plano da legalidade, quanto no da interpretação dada à lei. Quando o ato for discricionário, ainda devem ser demonstrados os critérios de conveniência e oportunidade, assim como ser demonstrada a pertinência lógica entre o a realidade fática e a medida tomada.¹³

Para Vieira de Andrade, a suficiência é o aspecto de mais difícil avaliação da motivação, uma vez que é complicado verificar quando ocorreu um esclarecimento concreto suficiente das ponderações realizadas pelo agente. Destarte, somente quando a insuficiência for manifesta, de forma que não tenham sido determinados os fatos ou as considerações que levaram a Administração a agir de determinada forma, que se pode alegar eventual vício neste requisito. Ainda, o autor assevera que deve haver uma adequação entre o conceito de suficiência da fundamentação e o sujeito a quem ela se destina. Entretanto, a consideração do destinatário não se trata daquele específico de cada caso concreto, o que traria grande atraso e dificuldade à atividade administrativa, e sim de um destinatário normal ou razoável, tratando-se de uma suficiência que permita o controle do ato pelo órgão judicial.¹⁴

A exatidão, por sua vez, é um requisito mencionado por Florivaldo Dutra de Araújo, segundo o qual as razões de direito devem ser correspondentes com a legislação, da mesma forma que os fatos alegados devem ser coerentes com a realidade.¹⁵

¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., p. 233 et. seq.

¹² Ibidem, p. 234 et. seq.

¹³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 121., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 126 et. seq., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 99.

¹⁴ ANDRADE, op. cit., p. 237 et. seq.

¹⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 92.

Ante o exposto, observa-se que a motivação deve ser clara, com pressupostos e conclusões congruentes. Não obstante, ela deve ser suficiente e exata, guardando coerência com o direito e a realidade. Ademais, de acordo com a legislação pátria referida, a fundamentação deve ser explícita, não bastando que os motivos possam ser percebidos no próprio ato. Por mais evidente que sejam eles, é necessária a justificação que os exponha de acordo com os requisitos mencionados.

2.3 Conteúdo

Dispostos os pressupostos da motivação, é possível que se analise qual deve ser o seu conteúdo. Tratando do aspecto formal, quando a fundamentação for disponibilizada no mesmo instrumento que o ato motivado, a forma do mesmo vincula a forma da justificação, sob pena de padecerem, ato e motivação, de vício de forma. Por outro lado, uma vez que a motivação é *aliunde*, ou seja, manifestada em instrumento diverso daquele do ato motivado, a forma do último não é vinculante.¹⁶

Para Vieira de Andrade, o conteúdo da motivação pode ser dividido nas dimensões formal e substancial. A primeira consiste na apresentação dos pressupostos possíveis ou dos motivos coerentes e credíveis, enquanto a segunda diz respeito à existência desses pressupostos e motivos de forma que, com efeito, fundamentem a decisão administrativa. Ainda, defende o autor, a justificação do ato deve exprimir o seu caráter público, de maneira que ela seja compreensível pelos seus destinatários e, igualmente, de possível controle. De outra banda, o ato administrativo deve atender ao seu caráter jurídico e vinculado, a fim de satisfazer os fins fixados em uma ordem de direito.¹⁷

O conteúdo varia seus requisitos quando se tratando de ato vinculado ou ato discricionário. Sob o aspecto vinculado, a motivação deve conter a interpretação que o agente deu à lei que vincula, assim como os fatos que trouxeram a sua aplicação. No panorama

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 110 et. seq.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., p. 11 e 231.

discricionário, a justificação deverá conter os fatos concretos e a importância a eles conferidos pela Administração.¹⁸

A motivação deve ser explícita, não bastando que esteja implícita na atividade administrativa. Ainda, o conteúdo da motivação não deve se tratar do percurso psicológico feito pelo agente, especialmente porque diante do ato administrativo não há vontade do agente, e sim vontade da Administração. O que deve ser demonstrado é a pertinência material do ato à função exercida.¹⁹

Cintra se manifesta no mesmo sentido, visto que o agente público pode aproveitar na motivação os elementos do “*iter*” que determinou sua decisão, entretanto, o conteúdo e o “*iter*” não devem ser coincidentes. A fundamentação deve conter, por vezes, mais que o procedimento psicológico do agente, como ocasionalmente deve conter menos, visto que não se inclui na justificação as hipóteses rejeitadas na formação da decisão.²⁰

Por fim, deve-se ressaltar ainda que o conteúdo deve ser variável de acordo com os múltiplos fatores que envolvem cada situação concreta que gera o ato administrativo. Não é possível que ela se baseie em um modelo pronto, mesmo que este pareça ser suficiente, uma vez que ela necessariamente irá variar de caso a caso.²¹

2.4 Natureza Jurídica

A motivação é um elemento externo ao ato administrativo, sendo indevida a confusão entre ambos os conceitos. Entretanto, a fundamentação é essencial à validade do ato e pode, por conseguinte, ser classificada como um pressuposto e uma condição procedimental deste. Pode-se afirmar, inclusive, que se trata de um direito procedimental, uma vez que somente através dela o administrado pode optar por eventual impugnação judicial.²²

Mesmo sendo um instrumento separado do ato motivado, a fundamentação não tem qualquer autonomia, razão pela qual é um ato da administração em lugar de um ato

¹⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 122.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., passim.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 108.

²¹ ANDRADE, op. cit., p. 240-241.

²² ARAÚJO, op. cit., p. 96., ANDRADE, op. cit., p. 190.

administrativo, visto que é elemento acessório e não possui qualquer eficácia jurídica própria. No entanto, ressalva-se que o fato de a justificação ser um ato separado do ato motivado, não implica em uma corrente infinita de motivações. Somente os atos administrativos requerem a fundamentação, logo, o ato da administração que a produz não necessita de sua própria justificação.²³

Vieira de Andrade valoriza ainda mais a natureza jurídica da motivação. Sendo um expoente do direito português, no qual o dever de fundamentação é constitucionalizado, o autor apresenta uma perspectiva constitucionalista segundo a qual o direito à justificação pode ser incluído no rol de direitos fundamentais materiais. Destarte, a motivação do ato administrativo acaba por ser um instrumento de realização e garantia dos direitos fundamentais. Nunca, entretanto, deve ser entendida como um direito fundamental autônomo. O seu fim último é a garantia de valores fundamentais, não se autojustificando, funcionando como uma “garantia institucional” dos direitos fundamentais dos administrados.²⁴

De todo o demonstrado, verifica-se que a natureza jurídica da motivação é de um ato da Administração que, por não ser ato jurídico, não produz efeitos por si só. Outrossim, pode-se considerar a fundamentação como um instituto garantidor dos direitos fundamentais, adotando uma função de guarda das garantias constitucionais inerentes aos administrados.

2.5 Tempo da Motivação

A motivação, sem dúvidas, é elaborada após a decisão de execução de determinado ato administrativo, visto que somente depois da deliberação há ato a ser motivado. Entretanto, a maior parte da doutrina entende que ela deve ocorrer antes da manifestação da decisão da prática do ato. Isto é, mesmo que seja inegável que a justificação somente pode ser formada após a decisão de execução do ato administrativo, é forçoso, para grande parte dos

²³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 96., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 111 et. seq.

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003., passim.

administrativistas, que no momento da prática do ato em si exista motivação anterior ou, ao menos, contemporânea a ele.²⁵

Geralmente, aqueles que admitem a motivação posterior partem do pressuposto de que ela não é obrigatória. Portanto, a regra geral é de que a motivação deve ser contemporânea ou anterior ao ato motivado, mesmo se realizada em instrumento apartado. Admitir a justificação posterior implica na aceitação de que os atos administrativos não são obrigatoriamente motivados, uma vez que o administrador pode simplesmente deixar de fundamentar o ato, somente havendo eventual motivação diante de requerimento do administrado.²⁶

Importante salientar, entretanto, que em situações excepcionais a motivação posterior é admitida, como quando ocorrer a prisão em flagrante, visto que nesse caso a manifestação de vontade da Administração é confundida com a execução material do ato, circunstância na qual deve haver a fundamentação imediatamente após a efetivação do ato administrativo.²⁷

Inclusive, Bandeira de Mello assevera que a motivação posterior não tem força para garantir de maneira livre de dúvidas que os motivos aduzidos de fato preexistiam e eram suficientes à válida produção do ato. Uma vez que a fundamentação é posterior, restaria impossibilitada a constatação de que as razões apresentadas guardam relação com aquelas que de fato levaram à prática do ato.²⁸

Do exposto, uma vez que se admita a obrigatoriedade da motivação do ato administrativo, é imperioso que se adote o entendimento no sentido de que a fundamentação deverá ser anterior ou contemporânea ao ato, salvo nos casos excepcionais, conforme demonstrado.

2.6 Finalidade

A motivação do ato administrativo atende uma série de finalidades inerentes à atividade pública. A primeira delas é o próprio aperfeiçoamento da última, visto que, ao

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 102., ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁶ ARAÚJO, op. cit., p. 123 et. seq.

²⁷ ARAÚJO, loc. cit.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 105.

deixar claras as suas razões, o Poder Público facilita a sua atuação diante de futuros e eventuais casos análogos, tendo a justificação uma função de controle interno da própria atividade administrativa. Ainda, pode-se considerar como um fim da fundamentação o de interpretação do ato administrativo, uma vez que através dela se pode ver com mais clareza o sentido da manifestação de vontade, auxiliando na finalidade anterior de aperfeiçoamento da atividade pública.²⁹

Um próximo propósito seria o de democratização da atividade administrativa, tendo em vista que por meio da motivação é possível ter a garantia de que os atos administrativos estão em conformidade com o regime jurídico administrativo. Trata-se de um freio ao próprio autor do ato, que tem a obrigação de realizá-lo de acordo com a realidade.³⁰

Ademais, a fundamentação reduz a probabilidade de prática de arbitrariedades por parte do agente público, protegendo-se as liberdades individuais dos administrados diante das autoridades. Facilita, também, o controle interno e externo do ato ao forçar o agente a tomar mais cuidado no exame de questões de legalidade, oportunidade e conveniência no momento da edição do ato. Igualmente, a justificação busca provocar a adesão e colaboração do administrado ao explicitar o raciocínio adotado pelo agente emissor do ato.³¹

Afinal, a mais importante das finalidades parece ser a de controle do ato administrativo. A motivação tem a capacidade de demonstrar que o ato está em conformidade com a lei e os princípios gerais que regem a atividade administrativa. Salienta-se que o controle não é realizado somente pelo Judiciário, como também pela própria Administração e pelo Legislativo. Ademais, verifica-se que há também o controle informal ou difuso, consistente naquele realizado pela opinião pública, através da efetivação do princípio representativo. Portanto, não se pode lembrar somente do controle jurisdicional quando se falar em controle do ato, uma vez que a motivação abre caminho para diversos meios de verificação de validade do ato.³²

²⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 107 et. seq. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 112 et. seq.

³⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 111 et passim.

³¹ CINTRA, op. cit., p. 114.

³² ARAÚJO, op. cit., p. 109-110.

2.7 Teoria dos Motivos Determinantes

Ao analisarmos a motivação parece fundamental discorrer, ao menos brevemente, a respeito da teoria dos motivos determinantes. Esta doutrina pressupõe que uma vez que a prática do ato administrativo seja motivada, os motivos expostos são vinculantes. Deve haver, conseqüentemente, perfeita correspondência entre os motivos e a realidade, sendo a desconformidade uma causa de invalidade do ato. Mesmo quando a motivação não for exigível para que o ato se torne perfeito, uma vez que ela for apresentada, os motivos declarados vinculam a validade do ato.³³

A presente teoria leva em conta os motivos de um ponto de vista finalístico, uma vez que se verificam as intenções subjetivas do agente, averiguando se estas estão de acordo com o que o legislador pretendia que fossem. Por conseguinte, se for constatada qualquer ilegalidade ou abusividade nos motivos apresentados para o ato administrativo, o ato é considerado inválido. Mesmo que a Administração tente apresentar outros motivos, ou alegar eventualmente que a motivação não era necessária, o ato permanece eivado de nulidade diante da força da teoria dos motivos determinantes.³⁴

A jurisprudência brasileira se mostra uníssona no sentido de aplicar a referida teoria, conforme é possível se observar em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, oportuna a transcrição de trecho da ementa do Recurso em Mandado de Segurança nº 10.165/DF, relatado pelo Ministro Vicente Leal, o qual demonstra que há longo tempo vem sendo esta a tendência do referido Tribunal:

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.³⁵

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 175-176.

³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004., p. 81.

³⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.165/DF. Relator: Ministro Vicente Leal. Sexta Turma. Julgado em: 29 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800650865&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 25 de outubro de 2012.

2.8 Dever de Motivação

No direito português, conforme se verifica da primorosa obra de Vieira de Andrade, o dever de motivação dos atos administrativos está previsto na Constituição da nação, não havendo, portanto, questionamentos no que diz respeito à obrigatoriedade da fundamentação dos atos.³⁶

De outra banda, o mesmo não ocorre no direito pátrio. A Carta Magna brasileira não prevê, expressamente, qualquer obrigatoriedade de fundamentação dos atos administrativos. Há, contudo, a previsão do artigo 93, inciso X, da Constituição da República, que assegura a motivação das decisões administrativas dos tribunais.³⁷ Parece razoável interpretar de maneira mais ampla a regra constitucional, considerando-se a fundamentação um princípio constitucional implícito para todo e qualquer ato administrativo, e não simplesmente as decisões de tribunais.

De todo o modo, a Lei dos Processos Administrativos Federais engrandeceu a importância da motivação na legislação pátria, prevendo-a expressamente como princípio da atividade administrativa, como é possível observar da transcrição do artigo 2º da referida norma:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.³⁸

Ao que parece, a fundamentação rege a atuação administrativa de maneira generalizada, abarcando todas as modalidades de ato administrativo. Contudo, o artigo 50 do mesmo dispositivo legal elenca, em seus incisos, uma série de atos específicos que devem ser justificados.³⁹ Surge então uma controvérsia, visto que não é claro se todos os atos devem ser

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

³⁸ Idem. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

³⁹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato

necessariamente motivados ou se esta é uma obrigatoriedade restrita aos atos elencados no aduzido artigo. Para Bandeira de Mello, tal eleição de atos específicos que requeiram fundamentação é claramente inconstitucional.⁴⁰

A questão do dever de fundamentação dos atos administrativos vem sendo longamente debatida na doutrina, a qual não chegou ainda a um entendimento consensual. Por um lado, há autores que defendem a necessidade de motivação somente para os atos vinculados e, por outro, diversos doutrinadores sustentam que a justificação será obrigatória somente nos atos discricionários. Ainda, há juristas que asseveram a necessidade de motivação para qualquer ato administrativo.

Dentre os administrativistas que defendem o dever de fundamentação somente dos atos discricionários se encontra Bandeira de Mello. O autor vê a motivação como instrumento de garantia dos administrados, fazendo parte da essência do ato administrativo. Todavia, em se tratando de ato vinculado, a falta de motivação não enseja a sua invalidade, visto que toma uma posição secundária nele. O fundamental do ato vinculado é a existência anterior dos motivos previstos legalmente. Por conseguinte, havendo eles efetivamente ocorrido e indubitavelmente antes do ato, o vício de falta de motivação se encontra sanado. Já nos atos discricionários, a motivação é sempre obrigatória, anterior ou contemporânea ao ato.⁴¹

Juarez Freitas, por sua vez, vislumbra na motivação uma espécie de “escudo” do cidadão em face de arbitrariedades e desvios do Poder Público, portanto, ela é obrigatória em todos os atos administrativos. Mesmo o mais discricionário dos atos somente é admitido se motivadamente vinculado aos princípios constitucionais. Ainda, crê o autor que qualquer ato somente legitima-se quando alinhado com diretrizes legais e constitucionais, sendo a fundamentação que permite o controle deste aspecto. O princípio da boa administração pública somente é alcançado por meio da consolidação do dever de motivação, criando um ambiente seguro e confiável às relações administrativas de longo prazo e fortalecendo o princípio da impessoalidade.⁴²

No mesmo sentido, os demais autores que defendem o dever de justificação para todos os atos administrativos argumentam que a motivação é essencial e requisito de validade do ato

administrativo. (BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.)

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴¹ Idem. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 103 et. seq., MELLO, op. cit., p. 383 et. seq.

⁴² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009., p. 50 et. seq.

em razão de ser a única forma de verificação da incidência da situação fática que levou à sua realização, assim como do atendimento aos requisitos legais. Outrossim, é somente através dela que se pode conhecer a interpretação dada pelo agente público à legislação, algo essencial para o controle do ato administrativo.⁴³

Cintra, por outro lado, adota uma posição um pouco diferenciada, entendendo que o ato administrativo deve ser motivado, seja ele vinculado ou discricionário. Contudo, na ausência da motivação, o ato só é inegavelmente nulo quando a lei a houver expressamente exigido. Entretanto, não havendo previsão legal expressa, a falta de justificação pode ensejar somente a mera irregularidade do ato. Entende, ademais, que a lei pode proibir a motivação quando esta for inconveniente, ou até mesmo prejudicial, ao interesse público. Ou seja, não só pode inexistir o dever de motivação, como há a possibilidade de um dever de não-motivação.⁴⁴

A jurisprudência pátria vem consolidando seu entendimento no sentido de necessidade de motivação de todos os atos administrativos, sejam eles discricionários ou vinculados. Nesta senda, podemos observar decisões do Superior Tribunal de Justiça, sendo oportuna a transcrição de trecho de acórdão em mandado de segurança:

[...] A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.⁴⁵

Reiterando o posicionamento adotado pela Corte, convém a transcrição de excerto de ementa em Agravo Regimental em Recurso de Mandado de Segurança nesta mesma direção. Vejamos:

⁴³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009., ENDRES, Silvana Bussab. **Motivação do ato administrativo**. In: Figueiredo, Lúcia Valle (org.). **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997., p. 203-238.

⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 125 et. seq.

⁴⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança nº 9944/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção. Julgado em: 25 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22TEORI+ALBINO+ZAVASCKI%22%29.min.&ementa=dever+de+motiva%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

[...] O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. 2. Como ato diverso e autônomo que é, o ato administrativo que torna sem efeito ato anterior, requer fundamentação própria, não havendo falar em retificação, se o ato subsequente não se limita a emendar eventual falha ou erro formal, importando na desconstituição integral do ato anterior.⁴⁶

Diferente não é o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho, que defende a necessidade de fundamentação dos atos vinculados e dos atos discricionários, conforme é possível observar de excertos de decisões do órgão que seguem:

[...] Não há dúvida de que é legal a apreensão dos instrumentos e veículos utilizados na infração administrativa (Lei n. 9.605/98 e Lei Estadual n. 11.520/2000). Todavia, em se tratando de ato administrativo vinculado ou regrado, que importa poder de polícia, acentua-se o dever de motivação. No caso, trata-se de apreensão de veículo usado na infração ambiental, consistente em derramar detritos de obra em área inapropriada, não se justificando a sua retenção definitiva por violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁴⁷

[...] O ato administrativo de remoção de servidor público apesar de discricionário deve ser motivado, uma vez que a discricionariedade submetesse aos estritos limites legais. Não cumpre com o dever de motivação do ato administrativo a mera afirmação de que a remoção ocorreu por necessidade de serviço, sem declinar no que consistiria tal necessidade. Nulidade do ato configurada.⁴⁸

Entretanto, mesmo após a ampla apreciação doutrinária a jurisprudencial, ainda não cessou a controvérsia, previamente levantada, que toca a necessidade de motivação somente para os atos elencados nos incisos do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais.

⁴⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 200201214348. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. DJ em 08 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br/SCON>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Embargos de Declaração nº 70049651409. Relator: Desembargador Marco Aurélio Heinz. Vigésima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 18 de julho de 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dever+de+motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

⁴⁸ Idem. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70038386041. Relator: Desembargador José Luiz Reis de Azambuja. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 23 de maio de 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dever+de+motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

Contudo, é notável que a fundamentação é essencial para a verificação de todos os aspectos de qualquer ato administrativo, e não somente daqueles referidos no aduzido dispositivo.

Parece que o legislador, ao procurar conceder segurança aos administrados, acabou por restringir o seu direito de ver qualquer ato devidamente justificado. Uma vez que, de acordo com o estudo da natureza jurídica da motivação, essa é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, mostra-se inconstitucional a existência de dispositivo que limite a atuação desta ferramenta.

No entanto, essa regra encontra exceções na ordem jurídica brasileira. A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, incluiu o §10º ao artigo 37 da Constituição Federal, nos termos que seguem⁴⁹:

§10º É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.⁵⁰

Conforme é possível verificar do texto constitucional, há expressa previsão de que os cargos em comissão serão declarados em lei e de livre nomeação e exoneração. A única interpretação cabível parece ser a de que não é possível a exigência de motivação para o ato que nomear e exonerar o empregado em cargo em comissão, uma vez que o administrador é livre para praticá-lo. Por conseguinte, mesmo que a necessidade de fundamentação para todos os atos administrativos seja a tendência que a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando, ainda se podem encontrar exceções a este entendimento, inclusive na esfera constitucional.

A respeito deste tema, a jurisprudência vem sendo firme no que tange a possibilidade de exoneração *ad nutum* do cargo em comissão, isto é, sem processo administrativo e motivação por parte do administrador. Neste sentido, observa-se trecho de acórdão recente do Supremo Tribunal Federal que segue:

[...] Como afirmado na decisão agravada, este Supremo Tribunal assentou que ocupante de cargo em comissão não tem direito à permanência

⁴⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20**, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm#art11>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

⁵⁰ Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

no cargo, podendo ser exonerado a qualquer momento, segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.⁵¹

Diferente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive entendendo ser legítima a exoneração de ocupante de cargo em comissão gestante, conforme excerto de ementa a seguir do Recurso em Mandado de Segurança nº 25.138/MG:

[...] Os ocupantes de cargos em comissão não possuem direito a permanência o cargo, podendo ser exonerados a qualquer momento, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes. 2. Consoante as informações prestadas, a dispensa se deu em razão da aposentadoria do Juiz com o qual a impetrante trabalhava como assessora. Portanto, passível de exoneração ad nutum, e não pelo fato de a recorrente estar grávida. É inviável, portanto, anular o ato administrativo que exonerou a impetrante, com um dia de licença-maternidade.⁵²

Na mesma direção é a compreensão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como se pode observar das transcrições de fragmentos de ementas de decisões da Corte que seguem colacionadas:

[...] O servidor público detentor de cargo em comissão, com vínculo baseado na confiança, não detém estabilidade, pois de livre nomeação e dispensa. Inteligência do art. 37, II, da CF-88. Portaria de exoneração que preenche os requisitos legais, ausente qualquer vício capaz de invalidá-la.⁵³

Todavia, parece fundamental ressaltar que, mesmo que não haja obrigatoriedade de motivação do ato de exoneração do ocupante de cargo em comissão, uma vez que a fundamentação for apresentada, ela é vinculante por força da estudada teoria dos motivos determinantes. Portanto, os fundamentos apresentados em eventual justificação devem ser condizentes com a realidade fática e jurídica, sob pena de nulidade do ato de exoneração. A

⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 663384. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28exonera%E7%E3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

⁵² Idem. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.138/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em: 30 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exonera%E7%E3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6#>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70025861451. Relator: Desembargador Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Terceira Câmara Cível. Julgado em: 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=exonera%E7%E3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonoc r%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

fim de corroborar este entendimento, oportuna a transcrição de excerto de ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, em havendo motivo para a edição do ato exoneratório, fica o Administrador vinculado ao motivo, cuja existência e validade podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário.⁵⁴

Destarte, é possível concluir que no direito brasileiro a regra geral é a de que há a necessidade de fundamentação para todo e qualquer ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. A motivação é fundamental para que seja possível o exame da atividade administrativa nas suas mais diversas perspectivas, mesmo não havendo qualquer previsão constitucional expressa para a sua obrigatoriedade. Todavia, nunca se pode olvidar dos atos que expressamente dispensam a justificação, uma vez que na nossa ordem jurídica há espaço para exceções a esta regra generalizada, como no caso da nomeação e exoneração dos cargos em comissão.

⁵⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.520/GO.

Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 13 de dezembro de 2011.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=exonera%E7%E3o%20ad%20nutum%20cargo%20em%20comiss%E3o>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

3 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

3.1 Considerações Iniciais

De toda a análise realizada, pode-se concluir, de forma sucinta, que a finalidade da motivação do ato administrativo é a de facilitar a compreensão do administrado da atividade administrativa e a de auxiliar no controle dos atos administrativos. Evidente, portanto, a estreita relação entre o controle e a motivação do ato.

Geralmente, a doutrina elenca os meios de controle do ato administrativo como o controle jurisdicional, o controle pela própria Administração Pública e o controle pelo Poder Legislativo.¹ Todavia, alguns autores vêm apresentando um quarto meio de controle do ato administrativo, que é exercido pelos próprios administrados e chamado de controle popular ou difuso.² Esta espécie de controle parece se encontrar fortemente presente na realidade de nosso país, especialmente após o advento da Constituição da República de 1988, que fortaleceu o aspecto democrático e participativo do regime jurídico brasileiro. Diante disso, restam indissociáveis o controle do ato administrativo e a participação popular.

Tem-se, portanto, que as quatro espécies apresentadas constituem um sistema de controle do ato administrativo, que deve ser desenvolvido para que se garanta sempre a legalidade do ato e, quando possível, a sua conveniência, de forma que se atenda o interesse público. Inclusive, defende Cretella Jr., o princípio da legalidade somente será alcançado quando todo o aparelhamento estatal participar do controle, de forma que se construa um mecanismo de freios e contrapesos entre os três Poderes.³

Compreendida a organização do sistema de controle administrativo, passa-se a verificação do controle em si e da forma como ele se dá. O controle pode ser compreendido de um ponto de vista objetivo, segundo o qual significa o exame de legalidade do ato e,

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002., CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997., FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª Ed. ref. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009.

³ CINTRA, op. cit., p. 157., CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 329.

eventualmente, do mérito, assim como pode ser entendido de uma perspectiva subjetiva, que leva em consideração o sujeito que pratica o controle.⁴

Observado isso, verifica-se que já foi feita uma classificação do controle de um panorama subjetivo, sendo ele realizado por quatro diferentes sujeitos: a própria Administração Pública, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e os administrados. Quando realizado pelo mesmo órgão ou Poder que emitiu o ato, considera-se o controle interno, sendo externo quando o sujeito controlador for independente funcionalmente daquele que emitiu o ato.

Do ponto de vista objetivo, também é possível a classificação do controle do ato administrativo, podendo ele ser hierárquico ou finalístico; preventivo, sucessivo ou corretivo; de legalidade ou de mérito.⁵ O controle hierárquico é aquele resultante da organização verticalizada dos órgãos do Executivo, segundo o qual os abaixo na hierarquia são subordinados aos seus superiores. Por sua vez, o exame finalístico é, claramente, teleológico, cabendo às entidades autônomas, sendo limitado e externo.

No que toca ao tempo de realização do controle, ele pode anteceder a operatividade do ato, tratando-se de um controle preventivo. Ainda, pode ser concomitante ou sucessivo ao ato, de forma que acompanha a sua formação e verifica durante este processo a eventual irregularidade. Por fim, pode-se ter o exame subsequente ou corretivo, o qual se dá após o ato controlado, corrigindo seus defeitos, garantindo seus efeitos ou extinguindo-o.

Ademais, o controle pode ser de mérito ou de legalidade. O primeiro visa comprovar a eficiência, o resultado, a conveniência ou a oportunidade do ato controlado, somente podendo ser realizado, via de regra, pelo Executivo. O controle de legalidade, de outra banda, pretende simplesmente verificar se o ato está em conformidade com os preceitos legais que o precedem, podendo ser realizado por qualquer dos três Poderes. Ressalta-se que quando se fala em exame de legalidade, não se leva em conta somente as leis em sentido estrito, devendo este considerar também as normativas da própria Administração Pública.

Verificado o conceito e a classificação do controle do ato administrativo, é fundamental que nos aprofundemos no aspecto subjetivo do mesmo, que é o mais relevante.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 158.

⁵ A classificação do controle do ato administrativo sob a perspectiva objetiva baseou-se quase inteiramente no disposto na obra de Hely Lopes Meirelles atualizada. Logo, fundamental fazer essa ressalva, uma vez que a atualização é posterior ao falecimento do autor. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Ed. atualizado por Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012., p. 729-734).

Logo, analisaremos as particularidades de cada espécie de controle do ato de acordo com o sujeito que o realizará.

3.2 Controle Administrativo

O controle administrativo, como o próprio nome sugere, é realizado pela Administração Pública. Esta espécie de exame é também chamada de controle interno, entretanto, optou-se por não utilizar esta nomenclatura. Como já foi demonstrado anteriormente, o ato administrativo não é, necessariamente, aquele que for emitido pela Administração Pública. O que qualifica o ato como administrativo é a investidura de função administrativa do órgão que o emita, não importando se este faz parte do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Por conseguinte, como se verificou que o controle interno implica que ele seja realizado pelo mesmo Poder ou órgão que praticou o ato, infere-se que qualquer um dos Poderes poderá realizá-lo. Destarte, preferiu-se classificar o exame, no aspecto subjetivo, simplesmente pelo sujeito controlador, independente de ser interno ou externo.

Superada essa importante questão terminológica, passa-se à análise desta espécie de controle, que deriva do poder-dever de autotutela da Administração Pública, tratando-se de um exame tanto de legalidade quanto de mérito. Essa faculdade de autorrevisão que possui a Administração pode ocorrer espontaneamente ou mediante a provocação dos interessados.⁶

Quando for feita de ofício, a revisão é no interesse da Administração e faz parte do poder disciplinar, que deriva da hierarquia existente dentro da sua organização, na qual aqueles que se encontram acima na pirâmide hierárquica têm o dever de vigilância e de direção, garantindo a unidade no rumo adotado pelo sistema. O controle hierárquico pode suceder de forma preventiva, na qual o agente superior estabelece critérios de atuação, ou de maneira posterior, na medida em que o superior corrige, cancela ou reforma medidas já tomadas pelo agente abaixo na hierarquia.⁷

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 569., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 158., CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 331

⁷ CRETELLA JÚNIOR. op. cit., p. 332., FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 127.

Não obstante, o controle pode se dar pelo mesmo agente que praticou o ato, tratando-se assim da autorrevisão em sentido estrito. Ela abrange qualquer ponto do ato administrativo, desde a legalidade até o mérito e pode ser realizada de ofício ou por provocação do interessado. Igualmente, há o controle pelas entidades descentralizadas, porém vinculadas à Administração, tratando-se da tutela administrativa, que abrange a legalidade e o mérito do ato.⁸

Quando o reexame do ato se der por provocação do interessado, se está diante dos recursos administrativos. O direito de requerer a revisão dos atos é assegurado pela Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXIV, por meio do chamado direito de petição.⁹ Todavia, Cretella Jr. entende ser praticamente obsoleto o recurso administrativo como método de controle do ato, uma vez que acarreta perda de tempo e indeferimento quase certo da pretensão. O único meio que teria plena eficácia é o reexame de ofício.¹⁰ Essa visão se mostra excessivamente pessimista. Diante da garantia constitucional do direito de petição, a Administração tem o dever de garantir efetividade a este sistema, somente podendo indeferir o pedido de revisão quando houver uma motivação fundada e apropriada para tanto.

No ordenamento jurídico pátrio encontram-se três principais espécies de recurso administrativo, cumprindo fazer, ao menos, uma breve análise sobre essas. A primeira delas é o recurso de reconsideração, que se opera quando for solicitada a uma autoridade administrativa a revogação ou reforma, parcial ou total, de ato por ela emanado. Isto é, trata-se de um recurso à própria autoridade prolatora do ato, sendo a competência para reconsiderar exclusiva dela ou de seu superior, em caso de avocação. Há, ainda, o recurso hierárquico, que se trata de uma reclamação promovida diretamente perante o superior hierárquico do agente que praticou o ato. Por fim, tem-se a revisão, que é o grande recurso administrativo, na qual se procura proteger direitos individuais do administrado perante a Administração.¹¹

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 158-159.

⁹ XXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 334.

¹¹ MONCLARO, Pedro Menna Barreto. **Do Recurso Administrativo**. Tese para Livre Docência da Cadeira de Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná., p.39-42. Disponível em:

<[http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/24839/T%20-%20MONCLARO,%20PEDRO%20MENNA%20BARRETO%20\(T%202212\).pdf?sequence=1](http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/24839/T%20-%20MONCLARO,%20PEDRO%20MENNA%20BARRETO%20(T%202212).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

Quanto ao reexame do ato, Cintra entende que não é possível que o ato viciado seja reformado no que disser respeito aos seus motivos, e sim somente no que tocar o seu conteúdo. No entanto, havendo vício de motivo, no lugar da reforma é cabível a conversão do ato, de forma que os efeitos do ato viciado se mantenham. Exemplifica o caso do cidadão nomeado para cargo que era exigido concurso público, mesmo sem o ter feito. Nessa situação, é possível a nomeação do mesmo indivíduo para cargo interino, convertendo-se o ato sem que aja a reforma dos motivos. Não ocorrendo a conversão, o ato deve ser anulado, reestabelecendo-se o *status quo ante*. Por sua vez, quando houver defeito na motivação do ato em si, é possível que tanto o agente que o produziu, quanto o seu superior hierárquico, corrijam o defeito por ato confirmativo. Somente é cabível a anulação nestes casos quando a insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência da fundamentação forem comparáveis à sua inexistência.¹²

A finalidade da motivação do ato administrativo é, fundamentalmente, a garantia dos direitos dos administrados, sendo estranha a possibilidade de sua anulação a qualquer tempo. Destarte, a fim de fortalecer a segurança jurídica, a Lei de Processos Administrativos Federais previu, em seu artigo 54, um prazo decadencial de cinco anos para a anulação de atos cujos efeitos sejam favoráveis ao destinatário, salvo comprovada má-fé.¹³ Portanto, a legislação já concebeu situação em que, mesmo sem justificção relativa ao caso concreto, a segurança jurídica prevalece sobre o princípio da legalidade.

Entretanto, vale lembrar, o controle também tem o propósito de atender a eficácia do poder governamental, que é mais forte quando houver uma atividade harmônica e uniforme da Administração. Ainda, pode-se considerar a existência de uma finalidade econômica, visto que ao suprimir os vícios de seus próprios atos, a Administração diminui a necessidade da dispendiosa intervenção do Judiciário.¹⁴

No que toca o tratamento conferido ao tema pelo ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal determina que a fiscalização da União e de suas entidades da administração direta e indireta se dá também pelo controle interno, nos termos dos artigos 70 e 74, *caput*, do referido dispositivo.¹⁵ De maneira mais específica, a Lei de Processos

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 164-166 e 180-181.

¹³ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 331-332.

¹⁵ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e

Administrativos Federais prevê, expressamente, em seu artigo 53, o controle pela Administração Pública dos seus próprios atos quando eivados de nulidade.¹⁶ Já na jurisprudência, o Supremo Tribunal consolidou a possibilidade de a Administração anular seus atos nos termos da Súmula 473.¹⁷

Ante todo o demonstrado, resta cristalina a ampla aceitação pela legislação e jurisprudência nacional do controle interno do ato administrativo pela própria Administração Pública. Ainda, soma-se a esta larga aquiescência o fato de que o controle administrativo poderá ser realizado antes da realização do ato e sem provocação do interessado, dando a essa espécie de exame uma enorme importância e eficácia.

3.3 Controle Legislativo

O controle parlamentar é aquele que é realizado pelo Poder Legislativo. Geralmente, ele é mais forte naqueles países que adotam o sistema parlamentarista, como a Inglaterra e a França. Já nos países de regime presidencialista, como o Brasil, a atuação do Congresso Nacional é mais restrita. Todavia, indo de encontro a este entendimento, a Constituição de 1988 procurou fortalecer o controle do Legislativo sobre o Executivo.¹⁸

No texto constitucional, podemos encontrar as mais diversas previsões que, ao menos em tese, ampliam o alcance desta espécie de controle. Dentre esses instrumentos podemos mencionar o processo de impeachment, conforme os artigos 85 e 86 da Carta da República, assim como as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no artigo 58, §3º do mesmo

renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder., Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

¹⁶ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.)

¹⁷ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473, de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.)

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 160-161., ARAÚJO, Flórida Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 142.

dispositivo. Ainda, a Constituição faz a previsão de controles generalizados, como no exemplo do artigo 70.¹⁹

Entretanto, mesmo diante da extensão do alcance, o controle legislativo ainda se dá de forma mais forte somente na elaboração orçamentária, ou então, no exame dos atos praticados sob o estado de sítio ou estado de emergência. É função dos membros do Legislativo garantir que os membros do Executivo não ajam com arbitrariedade e de forma lesiva ao patrimônio público.²⁰

O controle pelo Legislativo é eminentemente político, devendo fiscalizar as atividades administrativas do ponto de vista geral de sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo, e não aos direitos dos administrados. Por certas vezes, diante da relevância política interna ou externa do ato, a conveniência e oportunidade do mesmo somente podem ser bem valoradas pelo Congresso.²¹

Entretanto, parece fundamental a ressalva de que, mesmo havendo controle do Executivo pelo Legislativo, não deve haver a sobreposição de Poderes, conforme afirma Hely Lopes Meirelles (1989, p. 598), fazendo-se oportuna a transcrição:

No regime constitucional de separação de funções, como o nosso, os Poderes do Estado não se confundem nem se subordinam, mas se harmonizam, cada qual realizando a sua atribuição precípua e desempenhando restritamente outras que a Constituição lhes outorga para uma recíproca cooperação institucional.²²

Destarte, o Legislativo não só pode, como deve, controlar os atos do Executivo, verificando se estes estão de acordo com as diretrizes legais. Por vezes, inclusive, cabe ao Congresso analisar o mérito do ato administrativo, em situações previstas em lei ou na própria Constituição. Contudo, não se pode concluir que esse poder de controle de um Poder sobre o outro implica em uma hierarquia entre eles. Pelo contrário, os três Poderes devem estar em um mesmo nível, agindo em conjunto e harmonia, garantindo o sistema de freios e contrapesos fundamental ao Estado Democrático de Direito.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

²⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 129-131., CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 334-335.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 598., FAGUNDES, op. cit., p. 129-131.

²² MEIRELLES, loc. cit.

3.4 Controle Jurisdicional

O controle jurisdicional é de fundamental importância no sistema brasileiro, uma vez que o controle do Poder Legislativo sobre o Executivo é muito limitado, sendo o Judiciário o principal controlador externo da atividade administrativa.²³

Todo e qualquer ato administrativo está sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, diante do sistema de jurisdição única adotado pelo Brasil. Em sistemas de dupla jurisdição, os litígios entre particular e Administração são resolvidos por órgão do próprio Poder Executivo, independente do Judiciário. Logo, por ser o nosso sistema de única jurisdição, é função do Judiciário resguardar a legalidade dos atos da Administração, visto que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal,²⁴ prevê o amplo acesso à Justiça, princípio segundo o qual não se pode afastar nenhum ato da apreciação do Judiciário.²⁵

Os litígios que são apresentados perante o Judiciário são aqueles entre a Administração e o indivíduo, nos quais a primeira se encontra em uma condição de igualdade com o administrado, salvo na eventual existência de vantagens processuais. O Poder Público está tão sujeito às normas legais quanto qualquer particular.²⁶

São características do controle jurisdicional a realização posterior ao ato e a dupla fase. Como o Judiciário somente pode analisar o ato mediante provocação do interessado, é evidente que somente após a sua consolidação que há controle. Igualmente, o reexame se dá por meio de duas fases distintas: a primeira tipicamente jurisdicional, na qual se constata e se decide a contenda entre a Administração e o indivíduo; e a segunda, que será formalmente jurisdicional, contudo, materialmente administrativa, diante da execução da sentença por meio da força.²⁷

Ao analisarmos esta classe de controle, deve-se sempre ressaltar suas principais finalidades. A mais fundamental delas é garantir a eficácia do princípio da legalidade, garantindo-se que o Executivo manteve a sua atuação dentro dos ditames legais. Ainda, o

²³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 137.

²⁴ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 162-163.

²⁶ FAGUNDES, op. cit., p. 133-134., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 604.

²⁷ FAGUNDES, op. cit., p. 135.

reexame deve assegurar os direitos individuais dos administrados, uma vez que verifica, em cada caso concreto, se os pressupostos legais foram devidamente respeitados.

Já no que diz respeito ao alcance do controle jurisdicional, o entendimento majoritário é de que este trata unicamente da legalidade do ato, não podendo interferir no que chamamos de mérito administrativo, uma vez que a conveniência e a oportunidade são exclusivas do administrador.²⁸ Coelho, de outra banda, entende que essa compreensão agiganta o mérito administrativo, não se discutindo a existência de ocasional ofensa ao direito do administrado. Dessa forma, estaríamos ignorando a finalidade do controle jurisdicional, que é exatamente garantir estes direitos. Logo, o autor entende que o controle jurisdicional deve ser amplo e irrestrito sempre que for verificada lesão e ameaça a direito.²⁹

Igualmente, Coelho defende que os atos discricionários podem ser controlados por meio dos princípios constitucionais. Os aspectos discricionários dos atos não devem estar somente adequados às leis, como também aos princípios, que têm uma hierarquia normativa superior às normas ordinárias. A Administração está vinculada aos valores superiores do ordenamento, à “opção ideológica da Constituição”. A Carta da República não pode ser entendida como mero modelo retórico, programático e de linhas. Não há no poder discricionário a vontade absolutamente livre, muito menos imunidade total ao controle.³⁰

No entanto, a jurisprudência não parece aceitar essa tese, uma vez que é amplamente acolhido o entendimento de que não cabe ao Judiciário, sob qualquer hipótese, intervir no mérito administrativo. É esse entendimento que observamos em trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

A Corte de origem, ao considerar que o exercício de determinada atividade exercida pelo agravante lhe garantiria maior valoração nos títulos por ele apresentados no concurso para provimento do cargo de Procurador da Fazenda Nacional, culminou por interferir no próprio mérito administrativo, o que é vedado ao Poder Judiciário na hipótese.³¹

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 603 et. seq. ., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979., p. 172.

²⁹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 43-47.

³⁰ Ibidem, p. 50-54.

³¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1275889/RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em: 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=merito++adj+administrativo&b=ACOR#DOC5>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

Destarte, em que pese a fundada hipótese apresentada por Coelho, parece que não há a espaço no direito brasileiro para a possibilidade de o Judiciário intervir no mérito administrativo. Em razão disso, fortalece-se ainda mais a função da motivação nesta espécie de controle, uma vez que a sua inexistência ou, se existindo, sendo ela incongruente com a realidade, tem-se um caso de ilegalidade no qual cabe o controle pelo Judiciário. Logo, a motivação é o melhor meio de contenção do aspecto discricionário do ato administrativo, evidenciando-se sua vital importância.

Ainda a respeito do controle jurisdicional, há atos que não estão sujeitos plenamente a esta espécie de reexame, e sim a um controle especial. Dentre estes atos chamados especiais encontram-se os políticos, que são praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional, com fundamento na ampla liberdade de apreciação e da conveniência e oportunidade de sua realização, sem que se atenha a critérios jurídicos preestabelecidos. Ressalta-se, entretanto, que mesmo havendo maior restrição ao controle, ainda há o exame jurisdicional dos atos lesivos a direitos individuais e ao patrimônio público.³²

Também estão sujeitos ao controle especial os atos legislativos, uma vez que não podem ser anulados pelas vias processuais ordinárias, e sim por meio de ações especiais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que devem ser interpostas perante o Supremo Tribunal Federal. Por fim, também sofrem controle especial os atos chamados de “*interna corporis*” das Câmaras, os quais dizem respeito direta e indiretamente a economia interna do órgão legislativo. Não compete ao Judiciário substituir a deliberação do Legislativo de sua competência discricionária exclusiva, entretanto, cumpre a ele confrontar o ato com as prescrições legais e constitucionais.³³

Resta, por fim, após uma análise dos aspectos gerais do controle jurisdicional, verificar brevemente os instrumentos pelos quais é possível essa espécie de exame do ato administrativo, uma vez que o mesmo se dá somente mediante provocação dos interessados. Tais ferramentas de instigação de controle são muito variadas, partindo dos remédios constitucionais específicos até as ações mais recorrentes. Em razão disso, fez-se a opção de tratar daquelas que são unânimes na doutrina e se mostram presentes com mais força na realidade jurisdicional.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989., p. 607.

³³ *Ibidem*, p. 608-609.

A primeira delas é o mandado de segurança, que se manifesta como a mais essencial das ações em face de abusos da Administração Pública. É previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta da República³⁴, como meio de proteger direito líquido e certo quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder estiver no exercício de atribuições do Poder Público. Tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo (previsto no inciso LXX, do art. 5º da Constituição Federal),³⁵ são considerados remédios constitucionais e tratados em legislação própria, nos termos da Lei do Mandado de Segurança.³⁶ Cristalino, por conseguinte, que o administrado tem um meio de interpor perante o Judiciário a anulação de ato que afete seu direito líquido e certo.

Outro instrumento de realização do controle jurisdicional é a Ação Popular, prevista na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Tal ação pode ser interposta por qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de uma série de atos lesivos ao patrimônio público, conforme se pode conferir no artigo 1º da referida legislação.³⁷

Por fim, outra ferramenta fundamental do controle pelo Poder Judiciário é a Ação Civil Pública, descrita na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Trata-se do meio de reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, nos termos do artigo 1º da referida legislação³⁸.

³⁴ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

³⁵ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

³⁶ BRASIL. **Lei nº 12.016**, de 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

³⁷ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.)

³⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

3.5 Controle Popular

O controle popular é aquele realizado pelos próprios administrados, por meio dos mais diversos instrumentos. Ele não é reconhecido por todos os autores do Direito Público, entretanto, parece ser, cada vez mais, de extrema relevância, visto que a Constituição Federal deu maior efetividade às ferramentas de controle popular. O artigo 1º, parágrafo único da Carta da República afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”³⁹

Logo, verifica-se que um dos instrumentos do controle popular é a democracia indireta, por meio da qual o povo, pelo voto direto, secreto e universal, elege representantes no Poder Executivo e Legislativo. Um agente que praticar atos ilegais ou abusivos poder ser controlado pelo povo, de forma que não será reencaminhado ao posto público.

Ainda, é um meio de controle popular a democracia direta, que é concretizada por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular, nos termos do artigo 14 da Constituição Federal.⁴⁰ Em virtude deste instrumento, a população pode manifestar qual é o real interesse público a ser perseguido pela Administração Pública.

Juarez Freitas faz uma profunda análise da democracia como ferramenta de controle, seja ela representativa, direta ou participativa, afirmando que a mesma é de grande importância para que se possa, efetivamente, estabelecer o interesse público que guiará a atividade administrativa.

Interessante que se aprofunde no exame da democracia participativa, uma vez que esta parece ser a mais moderna, todavia, menos esclarecida, via de controle popular. Como afirma Juarez:

O controle participativo das relações da administração deve ser respeitado, de imediato, em sua cogência, na construção de uma esfera pública que não sucumba às artimanhas da senhoria prepotente, dos privilégios nefastos e dos patrimonialistas anseios.⁴¹

Diante disso, transparece a essencialidade do controle participativo, uma vez que permite o exercício da cidadania protagonista. Entretanto, para que essa espécie de controle se

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª Ed. ref. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009., p. 403.

efetive, é necessária a sua institucionalização, devendo-se atentar para que não se transforme o processo em burocrático, tornando-o um “ornamento de estruturas”. Ainda, deve haver uma “verticalização inclusiva”, criando-se um vínculo entre a atuação do controle social e daqueles com os poderes-deveres de controle.⁴²

É inegável que o melhor controle é aquele que agregar os demais, a fim de que todos atuem em conjunto. Nenhum instrumento controlador, nem mesmo o popular, deve ser excludente ou superior aos demais. Em razão disso, o controle direto e participativo, seja em matéria orçamentária ou em audiências públicas, não vincula inteiramente os três Poderes, entretanto, deve ter força para exercer pressão e reforçar o ônus de que as decisões devem ser bem motivadas.⁴³

O Estatuto das Cidades trouxe inovações e fortaleceu a democracia participativa como ferramenta de controle do Poder Público, ao menos no âmbito municipal. A participação da população é uma das diretrizes da política urbana (artigo 2º, inciso II), concretizando-se esta por meio gestão orçamentária participativa (artigo 4º, inciso III, alínea “f”) e da elaboração do plano diretor (artigo 40, §4º, inciso I). Por conseguinte, fica cristalino que a população controla a direção que o Poder Público toma nas cidades, fazendo um controle prévio da atuação administrativa.⁴⁴

Ademais, há outros meios de controle popular, podendo este se manifestar pelas legitimações coletivas e difusas para que se ingresse em juízo contra os entes estatais. Estas espécies de ações já foram devidamente analisadas no âmbito do controle jurisdicional, sendo elas a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Oportuno fazer o paralelo entre esta espécie de controle e o chamado “Constitucionalismo Popular”, sustentado por Larry Kramer em sua obra. Segundo o autor, o controle da Constituição deve se dar pelo próprio povo, ao invés do Judiciário. A Carta Constitucional é um instrumento do povo e pelo povo, somente cabendo a ele o seu controle. Nesse sentido, afirma o autor:

We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and

⁴² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª Ed. ref. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009., p. 400-416.

⁴³ FREITAS., loc. cit.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics.⁴⁵

Resta evidente que o autor entende que o Judiciário não tem a força representativa do povo. E, com efeito, parece não ter. Nenhum membro do Judiciário é eleito e, mesmo sendo o ingresso, na maioria das vezes, por meio de concurso público, não é possível garantir que o magistrado tenha a força de defender o interesse público. E, ainda que houvesse a força, já se verificou que o controle jurisdicional do ato administrativo não pode tocar no seu mérito, atendo-se aos aspectos de legalidade.

Quem teria a função e a representatividade para tanto seria o Legislativo, todavia, como já foi demonstrado, o controle por esse poder é muito limitado no sistema presidencialista brasileiro. Destarte, evidencia-se a importância do que o controle popular, como um meio em que efetivamente se garanta que o verdadeiro interesse público seja respeitado pelos atos administrativos.

3.6 Controle interno no âmbito do Judiciário e do Ministério Público

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foram criados órgãos de controle interno próprios do Judiciário e do Ministério Público.⁴⁶ Com a alteração do artigo 92 da Constituição Federal, incluiu-se o inciso I-A que coloca dentre os órgãos do Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça. Compete a este conselho, nos termos do artigo 103-B, §4º, da Constituição, “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.”⁴⁷ Logo, notável que não se trata de controle externo, e sim de um órgão específico de controle interno do Poder

⁴⁵ Tradução livre da autora: “Nós, no século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios distintos: o domínio da política e o domínio do Direito. Na política, o povo rege. Mas não no Direito. Direito é exclusivo de uma elite de juízes e advogados treinados, cuja a tarefa profissional é de implementar as decisões formais produzidas na e pela política.” (KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.**, p. 07. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=sQNCmG-19bcC&pg=PA42&dq=larry+kramer+constitutional&hl=pt-BR&sa=X&ei=pgWVUOGONIk8gTZj4CwDg&ved=0CC0Q6AEwAA#v=snippet&q=for%20people&f=false>>. Acesso em: 31 de outubro de 2012.)

⁴⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

⁴⁷ Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Art. 103-B, §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

Judiciário. E mais, não estão sob a égide do Conselho Nacional de Justiça os atos judiciais do Poder Judiciário, e sim os administrativos.

No mesmo sentido, a referida Emenda Constitucional acresceu o artigo 130-A à Carta Magna brasileira, criando o Conselho Nacional do Ministério Público. Segundo o §2º do aludido artigo, compete a este órgão “o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”.⁴⁸ Mais uma vez, como no caso do Conselho Nacional de Justiça, evidencia-se um órgão de controle interno do Ministério Público, o qual trata de seus atos administrativos e não judiciais.

Mesmo não sendo estes órgãos essenciais ao foco deste estudo, parece conveniente essa breve menção a essas novas formas de controle interno do Judiciário e do Ministério Público que dão maior credibilidade aos atos administrativos por estes órgãos.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Art. 103-B, §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

4 O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MOTIVAÇÃO

4.1 Considerações Iniciais

Até o momento, já foi possível vislumbrar que a motivação se mostra como elemento indispensável do ato administrativo, com a finalidade de permitir o seu controle. O dever de fundamentação determina que a falta de justificação enseja a nulidade do ato. Portanto, é possível considerar que a motivação atua como instrumento de controle na forma mais fundamental, vinculando a validade do ato administrativo.

Da mesma forma, a incoerência entre fundamentação e a realidade também traz vício ao ato. No entanto, cumpre salientar, que a justificação pode existir sem preencher completamente todos os seus requisitos. Nesses casos, se restar demonstrado que o ato foi razoavelmente justificado, se está diante de uma mera irregularidade, e não de uma nulidade. Logo, a invalidade da motivação deve ser averiguada no caso concreto, de forma que somente o defeito de fundamentação que se aproxime da sua inexistência enseja a nulidade dele.¹

Sem dúvidas, é de grande importância a atuação da fundamentação como causa de nulidade do ato administrativo. Essa manifestação de sua instrumentalidade, por mais simples que seja, é essencial para que o agente público se veja obrigado a ponderar as razões de fato e de direito que levam a prática de todo e qualquer ato administrativo. Todavia, a justificação se mostra como meio de controle do ato em demais aspectos, exercendo em cada um deles uma diferente função.

A mais verificada e recorrente instrumentalidade da motivação é sua aplicação no controle do ato administrativo pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. A justificação não é somente objeto de controle, como também auxilia na verificação dos demais aspectos do ato, como a legalidade e a moralidade.

Ademais, a instrumentalidade da fundamentação também se manifesta quando da existência de conceitos jurídicos indeterminados. O Direito é repleto de termos que têm o seu sentido aberto à interpretação, razão pela qual o mesmo conceito pode ser aplicado das mais diversas maneiras. Diante disso, a motivação tem uma importante função de garantir coerência à atividade administrativa na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Outrossim, a fundamentação é essencial para o controle do desvio de poder, vício de extrema relevância do ato administrativo. A motivação é o meio mais apropriado de

¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

verificação do desvio de poder, especialmente porque, por diversas vezes, ela é o instrumento utilizado pelo agente público para concretizar a ação desviada.

4.2 Instrumentalidade no controle do ato pelos três Poderes

A motivação demonstra sua importância no momento em que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário realizam o controle do ato administrativo. Ela é um elemento essencial ao ato, garantindo que os administrados possam compreender o conteúdo das ações da Administração Pública, assim como facilitar o controle do ato pelos três Poderes.

Quando do controle administrativo do ato, isto é, da revisão interna pela própria Administração, a justificação é instrumento de reexame em duas esferas: de garantia de direção coerente dos atos da Administração e exposição dos motivos que basearam tais atos.

No caso da fiscalização hierárquica exercida previamente, o conhecimento dos motivos dos atos já realizados na mesma esfera, por meio da motivação, serve de guia tanto para a atuação dos órgãos inferiores, quanto para controle pelos órgãos superiores. Ainda, o mero dever de justificação já obriga o agente público a tomar maiores cautelas no exame de questões inerentes ao ato, como a legalidade, conveniência e oportunidade. Ademais, quando o controle for posterior ao ato, somente a exposição dos motivos é que permite a verificação de sua legalidade, conveniência e oportunidade.²

Por sua vez, quando se tratar do controle administrativo por meio dos recursos, a motivação é essencial na medida em que pode prevenir a interposição do próprio recurso, uma vez que o administrado tem os meios para compreender a atitude da Administração e, possivelmente, se convencer dela. Mesmo que o administrado faça a opção pela sede recursal, a existência de fundamentação não só o auxilia na formulação de suas pretensões, como também demonstra ao agente controlador, na análise do recurso, quais as razões de fato e de direito que levaram à prática do ato.³

Analisada a instrumentalidade da motivação no âmbito do controle administrativo, cumpre verificar como ela se demonstra quando da ocorrência de reexame parlamentar. O artigo 70 da Constituição da República prevê que o controle parlamentar não é somente de

² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 138-140.

³ ARAÚJO, loc. cit.

legalidade, como também de legitimidade e economicidade, de forma que esta espécie de controle é competente para ingressar nos aspectos de conveniência, oportunidade e eficiência do ato.⁴ Destarte, parece ser impossível que se faça qualquer análise destes aspectos do ato sem que haja a sua devida fundamentação, a fim de que o controlador legislativo saiba o que levou a Administração a praticar tal ato.⁵

Ainda, tem-se outro ponto em que é essencial a motivação do ato para o controle pelo Legislativo. Conforme previsão constitucional do artigo 49, inciso V, é de competência do Legislativo “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.⁶ O regulamento pelo Executivo não tem poder de inovar na ordem jurídica, devendo ser mantido dentro dos ditames legais, sendo necessário, no controle do poder regulamentar, que se verifique se o ato regulamentar procurou garantir, simplesmente, a fiel execução à lei. Logo, a fundamentação demonstra grande importância, uma vez que funciona como uma espécie de “exposição de motivos de uma lei”, tendo a função de justificar sua orientação política e demonstrar a não exorbitância do estrito poder regulamentar.⁷

No que diz respeito ao controle jurisdicional do ato administrativo, a motivação toma ainda mais fundamental importância. O controle pelo Judiciário é realizado somente por provocação do administrado interessado que, por sua vez, unicamente é capaz de propor qualquer ação perante a justiça por meio da fundamentação do ato, seja pela sua irregularidade ou inexistência. No mesmo sentido, o magistrado encarregado do exame somente é capaz de verificar a existência de vícios no ato quando compreender quais foram as razões de fato e de direito que levaram à sua prática. Em suma, parece que o controle não só é facilitado pela motivação, como a pressupõe.

Quando utilizadas ações específicas, a motivação toma instrumentalidade ainda mais precisa. Na eventualidade de interposição de um mandado de segurança, deve-se lembrar de que o ato será nulo por falta de justificação, ainda que devidamente prestadas as informações pela autoridade coatora. Com efeito, as informações prestadas constituem uma espécie de

⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 142-144.

⁶ BRASIL., op. cit.

⁷ ARAÚJO, loc. cit.

motivação do ato, entretanto, ela é posterior, o que não é considerado válido, uma vez que a fundamentação deve ser anterior ou contemporânea ao ato, ainda que em documento apartado. Desta forma, a falta de motivação deve ser forma de anulação preliminar do ato, não sendo necessária a verificação do seu conteúdo uma vez que foi anulado preliminarmente.⁸

4.3 Instrumentalidade na aplicação de Conceitos Jurídicos Indeterminados

A linguagem no direito positivo é repleta de termos imprecisos, comumente chamados de conceitos jurídicos indeterminados. Estes conceitos não têm o seu conteúdo e extensão dotados de um sentido preciso e objetivo. Apesar de sua inerente incerteza, estes conceitos têm um núcleo conceitual, segundo o qual se tem uma noção do campo em que o termo se encontra e se tem a certeza da impossibilidade de sua aplicação. Entretanto, mesmo havendo estas certezas, há uma zona de incerteza nestes conceitos, que deve ser ampla o suficiente para que o termo possa ser denominado como indeterminado.⁹

A existência desses conceitos imprecisos é de grande importância na medida em que permite que a atuação do Direito não seja engessada, dando-se espaço à participação da interpretação na aplicação das normas. Entretanto, ao mesmo tempo, tem-se uma série de dúvidas interpretativas, podendo os preceitos, por muito tempo, não sofrer qualquer alteração sintática e, ainda assim, mudar a sua aplicabilidade por meio da mudança de interpretação.¹⁰

No Direito Administrativo, os conceitos indeterminados ganham notável importância, visto que têm relação direta com a discricionariedade da Administração Pública. Para a doutrina alemã moderna, os conceitos jurídicos indeterminados somente existem em abstrato, não persistindo quando repassados ao caso concreto. Logo, sendo o conceito plenamente definível diante de situação específica, não há qualquer discricionariedade por parte da Administração Pública.¹¹

⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992., p. 153-157.

⁹ ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

¹⁰ ENDRES, Silvana Bussab. **Motivação do ato administrativo**. In: Figueiredo, Lúcia Valle (org.). **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997., p. 203-238.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 22-28.

Na doutrina brasileira, há quem diga que somente é possível conferir discricionariedade ou vinculatividade diante do caso concreto. Quando o fato em questão se situar na zona de certeza do conceito jurídico indeterminado, a atuação da Administração é vinculada. Por exemplo, o termo “estado de pobreza” garante a certeza de que um sujeito que recebe um milhão de reais por mês não se encaixa no conceito jurídico. Logo, está-se diante de um conceito impreciso simplesmente. Já quando o fato se encontra na zona de incerteza do conceito jurídico, a interpretação pode resultar em mais de uma opção válida para o administrador, sobrevivendo a discricionariedade.¹²

Bandeira de Mello filia-se a este entendimento, compreendendo que não é todo e qualquer caso que tem a densidade suficiente para autorizar conclusões que dissipem totalmente dúvidas sobre a aplicação e interpretação de um conceito jurídico. Nas mais diversas situações é possível mais de uma interpretação considerada correta, cabendo nestes casos a discricionariedade administrativa. Destarte, se o administrador optar por uma aplicação que pode ser considerada razoável, perante o caso concreto, não é possível afirmar que houve violação da legalidade, subsistindo uma liberdade intelectual.¹³

A interpretação da lei não é matéria exclusiva do Judiciário, assim como a atividade da Administração Pública não se encontra restrita às questões volitivas, segundo critérios de conveniência e oportunidade. A Administração pratica também atividades intelectivas, podendo estas, inclusive, se darem no campo discricionário. Os efeitos jurídicos das atividades intelectivas e volitivas da Administração são os mesmos, não parecendo coerente tratá-las como realidades distintas. Notável que cabe a discricionariedade administrativa nas atividades intelectivas da Administração, por conseguinte, na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.¹⁴

De outra banda, o Judiciário vem apresentando o entendimento de que é vinculada a interpretação pela Administração dos conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, o controle jurisdicional alcança os atos administrativos decisórios que se basearam na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Neste sentido, oportuna a transcrição de trecho de acórdão, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, do Supremo Tribunal Federal:

¹² ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

¹³ MELLO, op. cit., p. 22-28.

¹⁴ MELLO, loc. cit.

[...] A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.¹⁵

Entretanto, parece mais razoável que havendo litígio sobre a interpretação aplicada ao conceito no caso concreto, caberá ao Judiciário, simplesmente, analisar se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação. Todavia, uma vez que for verificado que o agente público se manteve nos limites de uma interpretação plenamente cabível ao caso concreto, mesmo que fosse possível outra interpretação, o controle jurisdicional não pode impor a interpretação que compreender mais acertada. O ato, desde que dentro do campo de liberdade volitiva e intelectual conferida à Administração por lei, deve ser incensurável.¹⁶

Cumprido, por todo o demonstrado, citar a conclusão de Bandeira de Mello a respeito do controle judicial diante de conceitos indeterminados, nos termos que seguem:

[...] Ressalta-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne a correção judicial cabível.¹⁷

Compreendidos ambos os posicionamentos, evidencia-se que a motivação é de suma importância na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, assim como no âmbito de seu controle. Se considerarmos como vinculada a compreensão conferida à Administração aos conceitos jurídicos indeterminados, a motivação tem a sua instrumentalidade como

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213 MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 04 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28conceitos+jur%EDdicos+indeterminados%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 22-28.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 27.

garantidora da interpretação dada pelo agente público. Isto é, é por meio da fundamentação que o Poder Público pode demonstrar quais as razões de fato que o levaram a conferir determinada concepção a conceito indeterminado, de forma que, se não afastar, reduz a possibilidade de reforma do ato pelo controle judicial.

Por sua vez, se a interpretação dada pela Administração a conceitos fluidos for interpretada como eventualmente discricionária, a motivação ganha ainda mais especial importância. O mérito do ato somente pode ser revisto pela própria Administração, e como já verificado, a justificação tem uma dupla atuação no controle administrativo: a de guia para o desempenho em casos futuros análogos e de meio de controle hierárquico. Logo, somente através da exposição dos motivos que o agente público pode saber como a Administração interpretou determinado termo legal fluido em situações semelhantes, garantindo assim a coerência da atuação estatal.

Da mesma forma, o controle hierárquico somente se dá de forma eficaz quando o superior souber, por meio da motivação, o que levou o agente a entender que determinada interpretação, diante das demais possíveis e razoáveis, é a que melhor atende o interesse público. Na eventualidade de o superior hierárquico entender que não é a escolha feita a mais apropriada, terá ele a faculdade de conferir nova compreensão ao conceito jurídico indeterminado.

4.4 Instrumentalidade no controle do Desvio de Poder

A motivação é um importante instrumento no controle do desvio de poder nos atos administrativos. Este vício, também chamado de desvio de finalidade, é de difícil percepção, tratando-se de uma “ilegalidade disfarçada”¹⁸, uma vez que a ilicitude, à primeira vista, parece revestida de legalidade. A Lei da Ação Popular, em seu artigo 2º, alínea “e”, prevê a nulidade dos atos contaminados com o desvio de finalidade, explanando que este é verificado “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”¹⁹

¹⁸ DALLARI, Adílson Abreu. **Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 07, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

Deste modo, o desvio de poder sucede quando o agente público utilizar a competência por lei atribuída para alcançar fins diversos daqueles pretendidos na norma que lhe conferiu a competência. Entretanto, oportuno ressaltar que somente há desvio de poder quando a autoridade for competente para a prática do objeto do ato, uma vez que assim não o sendo, trata-se de mero vício de incompetência.²⁰

A Administração Pública não pode, como o particular, escolher livremente os fins que pretende alcançar, sendo vinculada à finalidade que a legislação confere ao seu poder de atuação. Tal fim pode ser considerado em sentido amplo, na medida em que o agente deve sempre buscar a concretização do interesse público, como em sentido estrito, que é o objetivo específico que cada ato deve perseguir de acordo com a previsão legal. A violação de quaisquer destas finalidades enseja o desvio de poder, e não somente do fim especificamente previsto na lei.²¹

Mesmo sendo diferente a liberdade da persecução dos fins entre o agente particular e o agente público, Bandeira de Mello entende que o desvio de poder não passa de uma modalidade pública do abuso de poder.²² Entretanto, Nohara explica que não há tanta semelhança entre os dois institutos quanto a doutrina, por vezes, afirma. A única afinidade entre estes conceitos é que em ambos há a busca por fins diversos daqueles pretendidos pelo Direito.²³

O controle deste defeito do ato administrativo é bastante complexo, já que ele pode se manifestar tanto pela busca ou não do interesse público. Logo, a finalidade que se alcançou pelo ato pode ser moral e justa, alcançando, inclusive, o fim coletivo. Contudo, uma vez que houver desvio da finalidade específica que a lei pretendia para determinada competência, o ato será eivado de vício.²⁴

A motivação tem relevância no estudo desta temática diante da relação existente entre finalidade e motivo. Ambos são fundamentais para a formação do ato, uma vez que ele parte do motivo, que são as razões de fato e de direito que levam à sua prática, para alcançar a finalidade, que é o objeto pretendido. Destarte, é aparente que o vício na finalidade, em

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p.49-58.

²¹ NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004., p. 52-53.

²² MELLO, op. cit., p. 57.

²³ NOHARA, op. cit., p. 55-57.

²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 87-89.

grande parte das vezes, acarreta o vício dos motivos, considerando que o motivo legal, geralmente, deveria levar a determinado fim.²⁵

Esta relação entre motivo e desvio de poder pode ser observada na jurisprudência, conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que o órgão jurisdicional afirma que a conduta realizada por motivos ilegais ensejam o desvio de finalidade. Oportuna a transcrição de trecho da referida decisão:

[...] Não sendo possível presumir o desvio de finalidade, ou seja, que estas condutas tenham sido realizadas por motivos ilegais, é necessário comprovar fatos que indiquem a ilegalidade, como, no caso das demissões, a indicação de que apenas os adversários políticos tenham sido demitidos, e não todos os contratados irregulares, bem assim que a designação/remoção e a demissão tenham desatendido alguma regra administrativa, o que não ocorreu.²⁶

De mesma banda, a motivação tem grande importância quando se ponderar que o desvio de finalidade pode se dar de forma intencional pela autoridade pública, sob a fachada de perseguição do interesse público. Portanto, a própria fundamentação, elemento que visa a garantir a moralidade e a legalidade do ato, pode servir de disfarce do vício de desvio de poder. Nesta senda, é notável que no controle do desvio de finalidade é de extremo valor a verificação da justificativa apresentada pelo agente público, a fim de que se verifique se os motivos apresentados são coerentes, de fato, com a finalidade alcançada.²⁷

Ainda, deve-se considerar que, havendo vício na motivação, os fins alcançados provavelmente não são legítimos, também ocorrendo o desvio. Neste sentido, é possível averiguar a afinidade entre fundamentação do ato e desvio de finalidade em decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme excerto que segue:

[...] A concessão de licença-prêmio está atrelada à discricionariedade administrativa, dependendo o deferimento de seu gozo de critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública. 2. No entanto, no caso, a justificativa apresentada pela Administração para não concedê-la está em dissonância com a realidade fática, pois a impetrante já havia adquirido o

²⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004., p. 58.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70038429007. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Segunda Câmara Cível. Julgado em: 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=administrativo+desvio+de+finalidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=10>. Acesso em: 22 de novembro de 2012.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010., p.49-58.

direito à licença, eis que implementado os requisitos legais, havendo atestado de sua chefia dando conta de que seu afastamento não acarretaria prejuízo ao serviço. 3. Ato administrativo praticado em desvio de finalidade, posto que a fundamentação não condiz com a realidade. Se era inoportuno ou inconveniente conceder a licença-prêmio, a motivação do ato deveria estar de acordo com essas pretensas razões, havendo a Administração se limitado a indeferir o pedido de forma genérica.²⁸

Esclarecedoras as posições adotadas pela Corte gaúcha, que demonstram como a motivação pode ser aplicada como instrumento de controle do desvio de poder no ato administrativo em dois aspectos fundamentais. Primeiramente, entende-se que o ato praticado por motivos ilegais gera o desvio de finalidade, visto que as justificativas são o que levam a determinado fim. Portanto, motivos desviados ensejam a finalidade desviada. Da mesma forma, a fundamentação deve ser condizente com a realidade, sob pena incidir o desvio de poder, uma vez que a motivação deve representar as reais razões pelas quais a Administração praticou determinado ato, e não meramente motivos capazes de justificar o fim legal.

4.5 Instrumentalidade na Jurisprudência Brasileira:

Cristalina a amplitude da aplicabilidade da motivação no exame dos atos administrativos. Ela pode ser instrumento de controle na medida em que obriga o administrador a ponderar os motivos que levaram à prática de determinado ato, assim como é capaz de permitir que os demais Poderes, especialmente o Judiciário, seja apto a compreender as razões de fato e de direito que fundam certo ato, exercendo o devido controle sobre ele.

Mesmo sob pena de cair em redundância, é essencial ressaltar brevemente o tratamento, previamente estudado, dado à fundamentação pela legislação pátria. Somente a partir da Constituição da República de 1988 que se pode considerar a motivação implicitamente como princípio da atividade administrativa. Na legislação ordinária, ela só foi expressamente classificada como tanto a partir do advento da Lei de Processos Administrativos Federais, em 1999. Portanto, é notável que a jurisprudência brasileira foi

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação e Reexame Necessário Nº 70041472606. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=administrativo+desvio+de+finalidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 22 de novembro de 2012.

obrigada a se adaptar, no decorrer dos anos, aos diferentes tratamentos concedidos pelas normas à fundamentação dos atos administrativos.

Em 1968, vinte anos antes da promulgação da Carta Constitucional atual, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Recurso em Mandado de Segurança nº 16807, afirmou que o exame da motivação do ato administrativo somente pode se dar mediante exigência legal. Ainda assim, o motivo nem mesmo precisa ser comprovado se a norma não determinar, expressamente, a constatação deles. Neste sentido, é fundamental a transcrição de excerto do voto do relator Ministro Themistocles Cavalcanti:

[...] Na hipótese dos autos o motivo é exigido, mas sua comprovação não o é, bastando que a autoridade declare em que texto de lei fundou o seu ato.

Ora, a Lei Orgânica do Estado do Pernambuco, dá ao Tribunal, competência para recusar a inscrição de candidato cuja a idoneidade moral não está comprovada ou é mesmo contestada.

O motivo é este que não precisa ser comprovado, mesmo porque seria oportunidade para uma controvérsia em torno do assunto. A idoneidade é de livre apreciação do Juiz da inscrição, não exige a lei a sua comprovação, é assim, ato discricionário inanscestível (sic) de controle jurisdicional.²⁹

Observa-se que o relator entendeu que a simples discricionariedade concedida na apreciação da idoneidade moral do candidato é motivo suficiente, bastando a mera remissão à legislação que garantiu essa competência para que o ato seja considerado motivado. Ainda, é desnecessária a comprovação de eventuais circunstâncias que demonstrem a inidoneidade por parte do candidato, uma vez que ela não é relevante diante da discricionariedade concedida.

Entretanto, já se verificou que esse entendimento não tem mais espaço na ordem jurídica brasileira. Mesmo o mais discricionário dos atos deverá ser devidamente fundamentado, a fim de que seja possível o controle de seus aspectos de legalidade, moralidade, conveniência e oportunidade, estes últimos somente em espécies específicas de controle.

O Supremo Tribunal Federal evoluiu, em um curto período de tempo, o seu entendimento. Ainda que não manifestasse a compreensão atual no que toca a fundamentação, a Corte já conferia, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, maior

²⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Mandado de Segurança nº 16807. Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti. Segunda Turma. Julgado em: 06 de março de 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114033>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

importância à motivação. Nos termos do Recurso Extraordinário nº 80255, julgado em 1975, o ministro Aliomar Baleeiro afirma o que segue:

[...] Penso que a motivação ou fundamentação é da essência do ato administrativo, não só quando a lei exige expressamente, senão também quando ela condiciona tal ato à existência de certas circunstâncias de fato. [...] Mas aqueles mesmo administrativistas, sobretudo Waline e Bonnard nos tópicos já indicados, admitem que o controle jurisdicional pode desprezar o formalismo abstrato da motivação e concentrar-se na apuração da real existência ou real inexistência dos motivos subjacentes do órgão público, do qual dimanou o ato.³⁰

O relator admite que mesmo quando a lei não exigir expressamente a motivação, o condicionamento do ato a determinadas situações de fato exige a fundamentação a fim de comprovar a existência dessas circunstâncias. Contudo, adota um posicionamento no sentido da possibilidade apuração empírica da existência dos motivos, sendo desnecessária a justificação formal. Tal entendimento é inadmissível, uma vez que a mera verificação das razões de fato não fundamenta o ato, pois se elas não são expressas em uma fundamentação, não há como saber com certeza se foram essas ocorrências que motivaram a atuação do agente administrativo.

Após o advento da Constituição de 1988, a motivação ganhou ainda maior importância no ordenamento jurídico nacional. Inclusive, as normas a partir de então passaram a considerar de forma mais essencial a fundamentação dos atos da Administração Pública, prevendo-a expressamente em seus textos. Exemplo disso é a Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, que trata do regime dos servidores públicos federais.

Neste sentido, o Mandado de Segurança nº 21402, de 1993, discute o indeferimento de produção de provas em processo administrativo sem qualquer justificação. Com efeito, não há na referida norma previsão expressa de fundamentação para a negação de produção de evidências. Entretanto, o artigo 159, §1º, da aludida lei confere a possibilidade de indeferimento de prova impertinente, meramente protelatória ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.³¹ Notável, portanto, a existência de motivos legais para a negativa

³⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 80255. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Julgado em: 18 de março de 1975. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+80255%29&base=baseAcordados>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

³¹ Idem. **Lei 8.112**, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2012.

de produção probatória, devendo eles serem demonstrados por meio de motivação, conforme afirma o relator em seu voto:

[...] Se a lei arrola os motivos do indeferimento, é inegável que eles devem ser declarados pelo agente público, exatamente para possibilitar o controle da legalidade do ato, seja pela própria Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário. Ou seja: se somente tais motivos legitimam o indeferimento de produção de prova, é imprescindível que o autor do ato exponha, ainda que sucintamente, qual deles o levou a tomar tal decisão.³²

Diante das decisões analisadas, é cristalina a evolução do entendimento da Corte máxima brasileira, que acompanhou em sua jurisprudência o fortalecimento das normas nacionais no que diz respeito ao dever de motivação. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar necessária a motivação também nos atos discricionários, o que anteriormente, como já foi visto, não era admitido.

Nesta senda, tem-se o Recurso Extraordinário nº 227480, de 2008, o qual discute se a aprovação em concurso público gera direito líquido e certo à nomeação ao cargo. Após amplos debates, o acórdão conclui que o que se dá no momento da aprovação em certame público é a mera expectativa de direito à investidura. Logo, o provimento ao cargo público é ato discricionário da Administração Pública e, mesmo assim, a decisão de não nomear o aprovado exige motivação suscetível de controle, nos termos que seguem:

[...] A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.³³

Vislumbrada a evolução do entendimento do Tribunal constitucional brasileiro no que tange a fundamentação dos atos administrativos, cumpre verificar como a motivação pode ser abordada pelas cortes nacionais nos mais diversos campos do Direito.

No âmbito tributário, o qual se trata de um panorama do direito no qual há especial restrição à liberdade do cidadão, a fundamentação tem ainda mais importante função. Nesta

³² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 21402. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 de março de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85517>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

³³ Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 227480. Relator: Ministro Menezes Direito. Relatora para Acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em: 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

direção, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 608426 do Supremo Tribunal Federal, o relator Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, se manifesta no sentido que segue:

[...] Por outro lado, a decisão administrativa que atribui sujeição passiva por responsabilidade ou por substituição também deve ser adequadamente motiva e fundamentada, sem depender de presunções e ficções legais inadmissíveis no âmbito do Direito Público e do Direito Administrativo. Considera-se presunção inadmissível aquela que impõe ao sujeito passivo deveres probatórios ontologicamente impossíveis, irrazoáveis ou desproporcionais, bem como aquelas desprovidas de motivação idônea, isto é, que não revelem o esforço do aparato fiscal para identificar as circunstâncias legais que permitem a extensão da relação jurídica tributária.³⁴

Evidente a força da fundamentação em matéria tributária, uma vez que o ato administrativo deve ser motivado e evidenciar o esforço do agente público em reconhecer as circunstâncias legais e fáticas que levaram a sua prática. Não bastam meras presunções de que as razões de fato e de direito ocorreram, devendo se dar a devida demonstração dos motivos.

Também no domínio tributário, o Tribunal de Justiça gaúcho segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal, compreendendo ser a motivação requisito formal do ato administrativo, conforme excerto de decisão na Apelação Cível nº 70048180871 da Primeira Câmara Cível, *verbis*:

[...] Ademais, e aqui reside o principal motivo pelo qual o apelo vai provido, nada há no auto de lançamento que identifique a infração material qualificada. Sabe-se que o ato administrativo deve ser motivado, sendo a motivação um dos seus requisitos de regularidade formal, conforme se denota do art. 142 do CTN.

.....
Consta apenas, como dito alhures, “apresentou nota fiscal modelo 1 considerada inidônea para a operação por não ser o documento legalmente exigível. Por se tratar de operação interestadual, deve obrigatoriamente ser realizada através de nota fiscal eletrônica”. Ora, tal motivação, quanto muito, sugere auto de lançamento por infração formal, mas jamais por infração material, como levou a efeito o agente fiscal.

Outro vício gritante no auto de lançamento é a ausência de motivação legal, vale dizer, consta apenas a disposição do RICMS na descrição da infração, o que certamente caracteriza violação à legalidade.³⁵

³⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 608426. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 04 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629030>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70048180871. Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. Primeira Câmara Cível. Julgado em: 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3>>

Outra perspectiva na qual o exame da fundamentação se mostra essencial é a dos atos administrativos proferidos por Tribunais que, segundo o artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, deverão ser motivados.³⁶ Para o Supremo Tribunal Federal, não há espaço para digressões a respeito da interpretação dessa norma, sendo a justificação fundamental no caso da remoção dos magistrados, conforme se pode observar de trecho da decisão:

[...] A questão central dos autos, portanto, cinge-se à discussão sobre obrigatoriedade de votação aberta e, conseqüentemente, de fundamentação expressa e pública (art. 93, X, da Constituição), para a decisão, em sessão administrativa, dos atos de remoção voluntária de magistrados. Ao analisar o presente caso, (...) há que se reconhecer força normativa à regra que obriga, de forma geral, fundamentar os atos administrativos praticados pelos tribunais (art. 93, X, da CF/88), tendo em vista que se trata de norma constitucional diretamente dirigida a tais instituições. A votação de atos de remoção voluntária de magistrados é decisão administrativa dos tribunais e deve, por conseguinte, observar a regra do inciso X do art. 93 da Constituição, não subsistindo a alegação de que a não aplicação da Resolução 06/2005 ao caso autorizaria, por conseguinte, a votação por meio de escrutínio secreto.³⁷

Outra espécie de ato administrativo que merece especial atenção é a rescisão unilateral dos contratos administrativos. Com efeito, a Administração Pública tem, de acordo com a Lei de Licitações, a discricionariedade de rescindir unilateralmente o contrato administrativo na superveniência de determinadas hipóteses.³⁸ Entretanto, uma vez que a norma elenca os motivos que são aptos a ensejar a rescisão, o ato administrativo deve apresentar fundamentação que devidamente os demonstrem. Neste sentido, observa-se excerto de decisão em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.759/SP do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A legislação fixa a possibilidade de que o contrato administrativo seja rescindido unilateralmente pela conveniência da administração (art. 78, caput, da Lei n. 8.666/93); no entanto, a prerrogativa deve observar

%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=50>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

³⁶ Art. 93. X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.)

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 25747. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 17 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187307>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

³⁸ Arts. 78 e 79 da Lei de Licitações. (BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 de novembro de 2012.)

estritamente as hipóteses previstas no art. 78, da Lei de Licitações e Contratos. 2. Na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93), deve haver oportunidade de manifestação ao contratado, motivação e caracterização do interesse público, bem como a apuração de perdas e danos - se for do interesse do contratado.³⁹

O trecho exposto evidencia que mesmo quando a rescisão unilateral se der por interesse público, o contratado deve ter acesso à devida motivação. Logo, mesmo diante de um ato altamente discricionário, como a rescisão contratual pela Administração Pública, ainda assim a fundamentação é elemento necessário do ato administrativo.

Da análise até então realizada, fica claro o posicionamento majoritário da jurisprudência pátria contemporânea no sentido da obrigatoriedade de justificação dos atos administrativos, sendo ela seu requisito essencial. Ratificando essa compreensão, verifica-se excerto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1108209/RS, o qual ao tratar da aplicação de sanções pelo Poder Público reforça a necessidade de motivação:

[...] Por fim, a origem, com base no acervo fático-probatório formado nos autos, asseverou que, na espécie, as sanções administrativamente aplicadas excediam o juízo de proporcionalidade/razoabilidade, pois "[a] infração cometida pela parte autora, por não ter causado qualquer dano efetivo ao meio ambiente ou oferecido significativo perigo de lesão, é suficientemente punida com a aplicação de multa". Ainda com base nos fatos e provas, entendeu que a multa cabível deveria ser fixada no menor patamar possível. Concluiu, portanto, que o auto de infração merecia revisão, porque, embora a aplicação de penalidades fosse discricionária, era necessária motivação adequada.⁴⁰

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não é dissidente do entendimento das Cortes máximas brasileiras, considerando a fundamentação um importante instrumento de defesa dos direitos dos administrados. Não basta sua mera existência, devendo a motivação ser consistente e demonstrar, com efeito, as razões de fato e de direito que levaram à prática do ato. Nesta senda, podem-se encontrar as mais diversas decisões, cumprindo transcrever ao menos parte de uma delas:

³⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.759/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 14 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802028570&dt_publicacao=24/09/2010>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

⁴⁰ Idem. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1108209/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em: 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802590630&dt_publicacao=03/02/2011>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

[...] A aplicação de sanções administrativas antes do encerramento do processo administrativo, sem que tenha sido assegurado o exercício do direito de defesa, é medida extrema que exige situação de emergência para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

A motivação de tal ato, a par de indicar a prova indiciária das infrações administrativas cometidas, deverá justificar a adoção da medida cautelar punitiva antes do exercício do direito de defesa. Com efeito, a aplicação de medidas e sanções administrativas, antecipadamente, está restrita a situações excepcionais para fazer frente a hipóteses de emergência e urgência criadas pelo ilícito administrativo.

Na espécie, há manifesta deficiência na motivação do ato administrativo. A um, porque se limitou a invocar a existência de um “substancial aumento no número de reclamações” para comprovar a prática de infrações administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sem qualquer especificação. A dois, porque justificou a urgência na medida apenas na probabilidade do perigo de dano econômico a ser suportado pelo consumidor. Tal, contudo, no caso, não basta para ensejar a suspensão provisória das atividades da Agravante sem a realização de regular processo administrativo. Para tanto, era indispensável a presença de situação emergencial e de urgência apta a causar risco iminente aos consumidores para justificar medida tão drástica.⁴¹

A decisão da Corte gaúcha exalta a motivação como meio de garantia em favor dos administrados diante do Estado. Portanto, ela não se trata de mera formalidade, devendo ter um conteúdo semântico que demonstre porque tal ato administrativo está sendo realizado. Insuficiente a mera menção a termos vagos, uma vez que a fundamentação deve ser compreensível pelo destinatário.

Por fim, no que toca o controle da justificação dos atos administrativos, o Supremo Tribunal Federal é claro no sentido de que ela é controlável, tanto no aspecto de legalidade quanto no de constitucionalidade, pelas vias difusas de exame. As ações especiais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, são reservadas para os atos normativos, conforme já foi observado. Ressalta-se, contudo, que até mesmo os atos normativos podem conter motivação, podendo esta, então, ser reexaminada pela via de controle concentrado. Nesta direção, oportuna a transcrição de parte de decisão da Corte no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2071, *verbis*:

[...] O ato impugnado na presente A.D.I. é mera deliberação administrativa, sem nenhum caráter normativo, não passando seus

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº 70052053915. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 14 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

"consideranda" de simples motivação. Se esse ato é inconstitucional ou ilegal, é questão que se não pode resolver no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante esta Corte, pois nesta só se há de impugnar ato normativo (federal ou estadual), nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição Federal. 2. Afora isso, o controle de constitucionalidade ou legalidade de ato administrativo é feito, nas instâncias próprias, pelo sistema difuso.⁴²

Destarte, todas as decisões demonstradas levam à compreensão de que na ordem jurídica brasileira atual não há espaço para a total liberdade por parte do administrador público. Mesmo quando se tratar de competência discricionária, as razões de fato e de direito que levaram à prática do ato devem ser expressas como instrumento de garantia do administrado, da mesma forma que os atos vinculados devem demonstrar seus motivos. Ainda que essa conclusão já houvesse sido alcançada por meio da análise doutrinária, a sua validação só vem por meio da aplicabilidade prática do conceito de dever de motivação, que vem sendo plenamente aceito pela jurisprudência pátria.

⁴² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2071. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 03 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI-AgR+2071%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

CONCLUSÕES:

O ato administrativo é um atributo de visceral importância para o bom funcionamento da atividade administrativa, uma vez que é por meio dele que se concretiza grande parte das funções da Administração Pública. Exatamente por ser tão fundamental, ele deve sempre ser moldado a fim de que não afete os direitos dos administrados.

Diante deste duplo gume do ato administrativo, pelo qual de um lado ele é essencial à boa atividade administrativa e por outro é capaz de restringir e afetar as liberdades e os direitos dos cidadãos, evidencia-se a importância do estudo desta temática. Passando-se a esta análise verificou-se, em um primeiro momento, que o ato administrativo consiste de um ato jurídico, visto que impõe efeitos, unilateralmente, aos administrados. Conferiu-se, ainda, que nem todo o ato praticado pela Administração Pública é ato administrativo, e sim somente aqueles que produzem efeitos. Na mesma senda, ele pode ser praticado por qualquer agente que estiver investido na função pública, e não somente por aquele que fazem parte do Poder Executivo.

Diante da ampla gama de sujeitos capazes de realizar o ato administrativo, assim como a possibilidade de imposição de efeitos unilateralmente ao administrado, é necessária a criação de um sistema que permita a sua limitação. O mais básico nível desse aparelhamento que se averiguou se trata dos requisitos do ato administrativo, que devem ser respeitados sob pena de nulidade. De acordo com o artigo 2º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), somente é válido o ato praticado por agente competente, pela forma prevista em lei, com objeto legal, motivos existentes e finalidade pública.

Apurou-se também que o ato administrativo é envolto em atributos que garantem a sua funcionalidade, isto é, permitem a sua aplicação fática. O primeiro deles é a presunção de legitimidade e veracidade, pela qual se presume relativamente que eles são sempre regulares. Outro atributo é a imperatividade, presente somente em alguns atos, pelo qual se garante a sua execução e imposição a terceiros. O último se trata da auto-executoriedade, que consiste na imediata e direta execução de determinados atos administrativos.

Outrossim, da análise do ato administrativo examinou-se que eles podem ser divididos entre vinculados e discricionários. Enquanto nos primeiros a lei já previu a situação fática que enseja a sua prática, restando ao agente simplesmente constatar a ocorrência desta situação, nos segundos há a liberdade de o administrador eleger critérios de conveniência e

oportunidade para a prática do ato. Os atos administrativos, igualmente, podem ser extintos pelas mais diversas formas, sendo as mais fundamentais as de revogação e anulação. Demonstrou-se que a revogação somente pode ser realizada pelo próprio emissor do ato, uma vez que consiste na finalização de um ato legítimo e perfeito por simples razões de conveniência e oportunidade. A anulação, por sua vez, se trata de uma restauração da legalidade, pois se extingui o ato ilegítimo.

Evidente, portanto, que o ato administrativo é envolto em formalidades na sua concepção para que seja mais em conformidade com a lei possível. Esse trabalho, por sua vez, focou-se em um plano mais profundo do ato administrativo, que é a sua motivação, consistente da exposição dos motivos que levaram à sua prática. Verificou-se que a fundamentação, como o próprio ato administrativo, pressupõe alguns requisitos a fim de ser válida, devendo ela ser clara, congruente com a realidade e a ordem jurídica, suficiente e exata.

Desenvolveu-se, ainda, uma análise da natureza jurídica da motivação do ato administrativo. Em suma, pode-se dizer que se trata de um mero ato da Administração, e não ato administrativo próprio, uma vez que não produz efeitos por si só. De uma vertente mais constitucional, pode-se compreender a natureza jurídica como uma garantia dos direitos fundamentais dos administrados, vetando a prática arbitrária do agente público.

Entretanto, parece que o aspecto mais relevante abordado no que tange a motivação é o de sua obrigatoriedade. Com efeito, averiguou-se que não há qualquer previsão expressa do dever de fundamentação na Constituição da República, entretanto, ela é assegurada no artigo 93, inciso X, para as decisões administrativas dos tribunais, sendo possível estender a interpretação a esta regra constitucional para considerá-la uma norma aplicável a todo e qualquer ato administrativo. Ainda assim, pôde-se verificar o dever de motivação no ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Processos Administrativos Federais (Lei nº 9.784/99), em seu artigo 2º, que a elege como princípio regente da atividade administrativa.

Há, portanto, menção expressa à fundamentação na ordem jurídica. Sucede que, ao mesmo tempo, a própria Constituição da República prevê situações em que não há qualquer necessidade de justificação, como a nomeação e exoneração de ocupante de cargo em comissão, conforme §10º do artigo 37 da Carta Magna. A jurisprudência, por sua vez, vem cada vez mais aceitando a necessidade de fundamentação, salvo em casos excepcionais. Destarte, constatou-se que, na ordem jurídica brasileira há o dever de motivação dos atos administrativos, salvo nos casos em que ela for expressamente dispensada. A Administração

é, por conseguinte, obrigada a expor as razões de fato e de direito que levaram à prática de determinado ato.

Examinou-se, ademais, que a fundamentação apresentada vincula a validade dos atos que justificou por força da teoria dos motivos determinantes, a qual afirma que mesmo não sendo obrigatória a motivação, uma vez que ela seja exposta, a existência e validade dos motivos dela são requisitos do ato.

Analisado o ato administrativo e um dos seus mais fundamentais instrumentos de controle – a motivação –, passou-se a verificação de como o controle do ato administrativo se dá. Geralmente, considera-se que pode haver controle por três vias harmônicas com os três Poderes: Administrativa, Legislativa e Judicial. Contudo, averiguou-se que, especialmente após o advento da Constituição de 1988, se tem um novo meio de controle, sendo ele o popular.

Viu-se que o controle administrativo é de extrema importância, uma vez que é o único capaz de examinar tanto a legalidade quanto o mérito de qualquer ato administrativo. Entretanto, por muitas vezes, esta espécie de controle é inerte, salvo quando instigado pelo administrado interessado. O direito de petição ao Poder Público é garantido pela Carta da República, no artigo 5º, inciso XXXIV, logo o agente público tem o dever de reformar seus atos ilegítimos, especialmente quando assim requerido pelo interessado.

O controle Legislativo, de outra banda, verificou-se extremamente fraco no sistema presidencialista brasileiro, tendo sua principal função no controle orçamentário. Por sua vez, o controle jurisdicional constatou-se extremamente forte, entretanto, limitado ao só poder agir quando provocado por meio de lide. Ainda, é restringido pelo mérito administrativo, uma vez que só pode tratar de critérios de legalidade. Este controle pode se dar por meio de ações específicas, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança.

Não obstante, apurou-se que o controle popular é tratado apenas por alguns autores do tema, se tratando daquele que é realizado pelos próprios administrados por meio da democracia direta e indireta. Verificou-se que essa espécie de controle tem estreita relação com o constitucionalismo popular, o qual crê que o povo, diretamente ou por seus representantes, é mais legítimo para controlar a atuação estatal e definir qual é o real interesse público.

Examinadas as vias de controle, passou-se à análise da motivação como efetivo instrumento de controle do ato administrativo. Averiguou-se que, na sua forma mais básica, a motivação apoia o controle pelas vias tradicionais de exame antes mencionadas. Já em uma

análise mais específica, verificou-se que a fundamentação auxilia na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que, da mesma forma que estes conceitos deixam a atuação estatal menos engessada, eles podem torná-la insegura. Conferiu-se, então, que a interpretação destes conceitos é discricionária pela Administração Pública, que pode escolher entre todas as interpretações possíveis e razoáveis para o termo, não podendo o Judiciário interferir neste âmbito. Todavia, ao mesmo tempo em que há esta liberdade, o agente administrativo deve justificar a adoção de determinada interpretação, a fim de guiar a aplicação do conceito futuramente em casos análogos pela Administração Pública, assim como demonstrar a legalidade dela ao Judiciário.

Ademais, examinou-se a maneira como a motivação pode funcionar como ferramenta de controle do desvio de poder, vício pelo qual o agente público se utiliza de competência a ele atribuída para alcançar fim diverso daquele pretendido pela lei que a conferiu. Verificou-se que o motivo e a finalidade têm uma relação muito próxima, uma vez que a finalidade ilegítima será alcançada pela eleição de motivos igualmente ilegítimos. Portanto, a análise da motivação permite a verificação do desvio de finalidade, sendo de grande importância.

Ante todo o exposto neste trabalho, constatou-se, de modo geral, a existência do dever de fundamentação na ordem jurídica brasileira, ainda que inexista previsão expressa constitucional para tanto. A motivação dos atos, por sua vez, serve de instrumento de controle da atividade administrativa que, por meio dela, deve demonstrar a legalidade e legitimidade de seus atos. Logo, aos órgãos de controle, a justificação se demonstra como a representação da regularidade, ou irregularidade, dos atos administrativos.

Por fim, diante de tamanha relevância da motivação e da tendência jurisprudencial cada vez maior na direção do dever de fundamentação dos atos administrativos, conclui-se que já é tempo de que a nossa Constituição da República a preveja expressamente em seu texto, uma vez que é na Carta Magna que estão as principais diretrizes da atividade administrativas brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 20**, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm#art11>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

_____. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

_____. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

_____. **Lei 8.112**, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2012.

_____. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

_____. **Lei nº 12.016**, de 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1275889/RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em: 11 de maio de 2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=merito++adj+administrativo&b=ACOR#DOC5>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 200201214348. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em: 08 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br/SCON>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança nº 9944/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção. Julgado em: em 25 de maio de 2005. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22TEORI+ALBINO+ZAVASCKI%22%29.min.&ementa=dever+de+motiva%E7%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1108209/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em: 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802590630&dt_publicacao=03/02/2011>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.165/DF. Relator: Ministro Vicente Leal. Sexta Turma. Julgado em: 29 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800650865&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 de outubro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.138/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em: 30 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exonera%E7%E3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6#>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.520/GO. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=exonera%E7%E3o%20ad%20nutum%20cargo%20em%20comiss%E3o>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.759/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em: 14 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802028570&dt_publicacao=24/09/2010>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213 MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 04 de abril de 2002.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28conceitos+jur%E Ddicos+indeterminados%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2071. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 03 de outubro de 2001. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI-AgR+2071%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 608426. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em: 04 de outubro de 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629030>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 663384. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em: 25 de setembro de 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28exonera%E7%E 3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança nº 21402. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 de março de 1993. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85517>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança nº 25747. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 17 de maio de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187307>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 80255. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Julgado em: 18 de março de 1975. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+80255%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 227480. Relator: Ministro Menezes Direito. Relatora para Acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em: 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Mandado de Segurança nº 16807. Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti. Segunda Turma. Julgado em: 06 de março de 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114033>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473, de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DALLARI, Adílson Abreu. **Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 07, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

ENDRES, Silvana Bussab. **Motivação do ato administrativo**. In: Figueiredo, Lúcia Valle (org.). Princípios Informadores do Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, 1997.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª Ed. ref. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, p. 07. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=sQNCmG-19bcC&pg=PA42&dq=larry+kramer+constitutional&hl=pt-BR&sa=X&ei=pgWVUOGONlqk8gTZj4CwDg&ved=0CC0Q6AEwAA#v=snippet&q=for%20people&f=false>>. Acesso em: 31 de outubro de 2012.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Rev. e Elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. Malheiros. São Paulo. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONCLARO, Pedro Menna Barreto. **Do Recurso Administrativo**. Tese para Livre Docência da Cadeira de Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná., p.39-42. Disponível em:
<[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24839/T%20-%20MONCLARO,%20PEDRO%20MENNA%20BARRETO%20\(T%202212\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24839/T%20-%20MONCLARO,%20PEDRO%20MENNA%20BARRETO%20(T%202212).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 07 de novembro de 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº 70052053915. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 14 de novembro de 2012. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70038386041. Relator: Desembargador José Luiz Reis de Azambuja. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 23 de maio de 2012.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dever+de+motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70048180871. Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. Primeira Câmara Cível. Julgado em: 27 de junho de 2012.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=50>>. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível Nº 70038429007. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Segunda Câmara Cível. Julgado em: 12 de setembro de 2012.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=administrativo+desvio+de+finalidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=10>>. Acesso em: 22 de novembro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível nº 70025861451. Relator: Desembargador Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Terceira Câmara Cível. Julgado em: 16 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=exonera%E7%E3o+ad+nutum+cargo+em+comiss%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3>>

%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação e Reexame Necessário Nº 70041472606. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 04 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=administrativo+desvio+de+finalidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 22 de novembro de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça.** Embargos de Declaração nº 70049651409. Relator: Desembargador Marco Aurélio Heinz. Vigésima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 18 de julho de 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=dever+de+motiva%E7%E3o+administrativo&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 29 de outubro de 2012.

ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.