
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzáles Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzo (Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam* (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam* (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam* (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - *in memoriam* (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam* (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belico
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

O princípio da motivação dos atos administrativos: regra meramente formal ou pressuposto substancial de validade dos atos?

Júlio Herman Faria

Bacharel em Direito pela PUC-PR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Resumo: Este artigo tem como objetivo demonstrar, à luz de alguns referenciais teóricos do moderno Direito Administrativo e Constitucional, que o “Princípio da Motivação”, um dos ícones do Regime de Direito Público, extraído implicitamente do artigo 37 da Constituição Federal, e cuja imprescindibilidade à validade do ato administrativo remonta da Lei nº 4.717/65 — Lei de Ação Popular — é na verdade uma regra — e não um princípio. Além disso, em consequência, particularmente no âmbito do Direito Administrativo quanto ao dever de motivar os atos administrativos (Lei nº 4.717/65, art. 2º, *d*), não deve esta regra ser cumprida sob o aspecto meramente formal, mas tida, antes, como uma imposição cogente a todo agente público, seja o ato vinculado ou discricionário, motivação essa que deve expressar — de modo transparente e congruente — as verdadeiras razões de fato e de direito que motivaram as decisões. Desse modo, estaria sendo dada efetividade ao princípio da sindicabilidade dos atos administrativos, pois o cidadão possui um direito subjetivo a um governo eficiente, moral e transparente.

Palavras-chave: Princípio da motivação. Ato administrativo. Lei nº 4.717/65. Lei de Ação Popular.

Sumário: 1 Introdução - 2 Regra essencial e direito fundamental do cidadão - 3 Palavras vazias ou verdade jurídica - 4 Conclusão - Referências

1 Introdução

Há no Direito Administrativo uma norma, inspirada na teoria administrativista alienígena, que se acha materializada, por exemplo, nos artigos 2º e 50, da Lei Federal nº 9.784/99, a Lei Geral dos Processos Administrativos, e no artigo 2º *d* e parágrafo único *d*, da Lei de Ação Popular, a Lei nº 4.717/65.¹

Esta regra, entre nós, é conhecida como Princípio da Motivação dos

¹ “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único: Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: ... d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.”

Atos Administrativos.

Este princípio, implícito na Lei Máxima e derivado de outros princípios que regem a administração pública (*v.g.* CF/88, art. 37) é na verdade uma *regra*, com fulcro no que conclui a moderna hermenêutica constitucional. Sendo regra, não admite uma interpretação aberta, pois é norma de observância obrigatória em todos os atos da administração pública.

A forma eficiente de utilização desse preceito não é o simples preenchimento de campos, como em um formulário, com palavras sem sentido. A verdade jurídica deve estar presente na motivação, quer como parâmetro de controle dos atos da administração pública, quer como manifestação procedimental de legitimidade das decisões em uma república democrática.

2 Regra essencial e direito fundamental do cidadão

Segundo a teoria constitucional da lavra de autores como Alexy, Dworkin e Canotilho, entre outros, a norma que emana de um texto constitucional pode constituir-se em regra ou em princípio. Os princípios são vagos e indeterminados ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação direta, dispensando uma mediação concretizadora, ou seja, não dependem de uma norma infraconstitucional para lhes dar eficácia. Nessa linha, princípios são normas com maior grau de abstração, enquanto que as regras são mais concretas.

Enquanto os princípios são normas impositivas de otimização do sistema jurídico, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida (*all-or-nothing*, segundo Dworkin). Se a convivência de princípios é conflitual — coexistindo os contraditórios —, a convivência de regras divergentes é antinômica, excluindo-se uma ou outra.²

No dizer de Paulo Bonavides, no “sistema axiológico-teleológico, originado na teoria material da Constituição, em rigor não se interpreta a norma, interpreta-se-lhe o conteúdo. Para o intérprete a norma aparentemente é secundária: o fundamental é o objeto de que ela se ocupa, que a faz inteligível no âmbito de uma consideração sistemática, cuja dilatação,

² Para mais aprofundamento recomenda-se CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 171-176 e ÁVILA. *Teoria dos princípios*.

por consequência, abrange todo o ordenamento constitucional”.³

Os princípios dos quais decorre a regra da motivação dos atos administrativos são, como interpretamos de modo teleológico e sistemático, o da publicidade dos atos de governo e o princípio republicano, estes com assento constitucional entre nós. Em consequência, o agente público não pode escolher se motiva ou não as suas decisões. Como imposição, não tem o cunho de facultatividade, ainda que parte da doutrina continue a dispensar essa formalidade nos atos vinculados, ou, pelo menos, a minimizar a sua essencialidade quando ausente a sua motivação.⁴

Quer-se assentar aqui, de início, com isso, que a regra da motivação é elemento essencial, por isso obrigatório, nos atos de um processo administrativo, ou como entende parte da doutrina, *procedimento administrativo*, visto que processo seria espécie do gênero procedimento.⁵

Ao externar os fundamentos normativos e fáticos das decisões, seguidos das razões técnicas, lógicas e jurídicas que confirmam suporte ao ato administrativo decisório e à subjacente eleição de meios razoáveis e proporcionais, a administração pública coloca-se em condição/posição de controlável interna e externamente.

Assim, o princípio constitucional da universalidade e inafastabilidade da jurisdição, contemplado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, nos parece ser o fundamento de maior hierarquia para a afirmação de que todo ato administrativo deva ser formado em condições de ter a sua legalidade controlada, quer diretamente pelo cidadão, quer pelos tribunais de contas competentes, quer por meio da provocação do poder judiciário, quando esta vier a ser necessária.⁶

O acesso à jurisdição, como instrumento de controle dos atos administrativos, é *direito prestacional* garantido por nossa Carta Maior. Assim, como entende Ingo Wolfgang Sarlet, os indivíduos (ou os cidadãos) possuem um *direito subjetivo* à instrumentalização de formas de garantia

³ BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 117.

⁴ A propósito, BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 383-384.

⁵ Esse o entendimento, entre outros, de BACELLAR FILHO. *Direito administrativo*, p. 56, para quem processo implica litígio e procedimento é a forma de agir da administração pública.

⁶ Para Ingo Wolfgang Sarlet, “o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), é típico direito prestacional *lato sensu*.” Para o autor, a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento, reside na “possibilidade de exigir-se do Estado (especialmente do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas, que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 196).

⁷ O autor ensina, com base na teoria dos quatro *status* de Jellinek, aperfeiçoada por P. Häberle, que agrega, ao

aos seus direitos fundamentais e os princípios democráticos adotados por nosso Estado inspiram o dever de motivação obrigatória das decisões de todo agente público para dar contas dessa garantia.⁷

E um dos elementos procedimentais da roupagem desses atos é a exarcação dos fundamentos normativos e de fato da decisão. Ensina, nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da motivação é decorrente do princípio da legalidade.⁸

O exame dos motivos, para Celso Antônio Bandeira de Mello, quer quanto à sua subsistência quer quanto à sua idoneidade para infirmar a vontade do agente, é o meio hábil para a “contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista”.⁹ Não se controla, na esfera judicial, a opção ou eleição de meios sob os critérios da conveniência ou oportunidade dos mesmos. Todavia, a correta, adequada, razoável, proporcional e idônea fundamentação das decisões as tornam perfeitamente sindicáveis, isto é, ensejam um crivo, um sopesamento, por parte de um terceiro-julgador, visando, eventualmente, escoimar-lhes as ilegalidades.

A moderna doutrina e a recente jurisprudência já começam a aceitar o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, na esteira do entendimento de que *mérito* é valoração dos critérios de oportunidade, conveniência e justiça (ou equidade), para a realização de atos ditos como discricionários, logo integrando *motivo* e *objeto* dos mesmos. Sob o prisma do controle da legalidade em sentido amplo, a apreciação jurisdicional é justificada quando essa valoração e os argumentos — expressos na fundamentação das decisões administrativas — forem incongruentes, desproporcionais ou inverídicos.

Este controle é resultado da luta de valor inestimável das modernas democracias contra a arbitrariedade dos governantes, nos diversos regimes de governo, mas utilizável com mais intensidade nos regimes democráticos *status activus*, aquilo que denomina de *status activus processualis*, o qual justamente se refere à dimensão procedimental dos direitos fundamentais, que também pode ser qualificada de um autêntico devido processo (*due process*) dos direitos fundamentais. Assim, ao partir-se de uma conjugação do *status activus processualis* com a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e sua função como direitos a prestações, poder-se-ia conceber a existência até mesmo de autênticos direitos subjetivos (fundamentais) de proteção por meio da (e participação na) organização e do procedimento (Idem, p. 194).

⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 76. Para o mestre, “obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo” (Idem, p. 82).

⁹ Ver, a propósito, BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 916-933. Controle que também defende Caio Tácito, ao relembrar o Acórdão do RE 17.126, em que o STF sentenciou que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração. Apud: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 931.

¹⁰ Para o sociólogo do direito Niklas Luhmann, “a função de terceiros no sentido neutralizante, objetivador,

republicanos, que não podem dispensar a alteridade de um órgão julgador, estranho à relação objeto do controle.¹⁰

Certo, assim, que a necessidade de um instrumento de viabilização da participação nos atos de governo, quer da sociedade, quer de atores externos aos próprios atos, institucionalizados para esse fim, faz da motivação das decisões públicas um algo imprescindível para a proteção dos interesses dos administrados, e que, segundo a mesma lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser capaz de convencê-los do acerto na providência adotada, e “suficiente” para justificá-la, de modo claro e transparente, como aderente ao interesse público almejado pelo legislador.¹¹

De outro lado, embora com um sentido de diretriz de eficácia irradiante dos princípios fundamentais da Constituição Federal, Ingo W. Sarlet assenta que: “Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público”, mas que, além disso, “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.¹²

Para José Carlos Vieira de Andrade, o conteúdo da fundamentação expressa, exigido sob a dimensão formal desse dever, não é o de uma qualquer declaração do agente sobre as razões do ato, tendo antes de consistir-se num “discurso aparentemente capaz de fundar uma decisão administrativa”. Logo, a diferença entre a dimensão formal e a substancial da fundamentação está, para o autor, em que “o dever formal se cumpre pela apresentação de pressupostos possíveis ou de motivos coerentes e credíveis, enquanto a fundamentação substancial exige a existência de

amenizador de disputas, nunca foi suficientemente distinta do papel do espectador. O espectador é um terceiro concretamente captável, suas disposições podem ser vacilantes, influenciáveis e modificáveis a partir da situação concreta. A ele, portanto, não pode ser confiada a instituição. Ao contrário, são os desconhecidos, anônimos terceiros, cuja suposta opinião sustenta a instituição. Os espectadores imediatos atuam apenas como órgãos de um senhor que nunca se mostra como tal. (...) É necessário chamar a atenção, para provocar o interesse de terceiros. E é principalmente nisso que residem as vantagens dos papéis profissionais de terceiros não participantes — os papéis para os juízes, nos quais inicialmente a competência é menos relevante que a presença: o que importa é a invocação facilitada” (LUHMANN. *Sociologia do direito*, p. 78-79).

¹¹ Op. cit., p. 108. Nesse sentido, também, Vieira de Andrade, para quem “a fundamentação dos atos administrativos deve ser suficiente, em sentido estrito, contendo os elementos bastantes, capazes ou aptos a basear a decisão” (VIEIRA DE ANDRADE. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 234).

¹² Op. cit., p. 140.

¹³ Como a distinção entre forma e substância reside numa zona fronteira cinzenta, entende este autor que a fundamentação obscura, contraditória e insuficiente é equiparada à falta de fundamentação. VIEIRA DE

pressupostos reais e de motivos corretos, suscetíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo”.¹³

Como um dos instrumentos de auxílio ao administrador público, no exame minudente de todos os aspectos de fundo e orientação acerca da aderência e pertinência da matéria às diretrizes e normas, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, em recente monografia sobre o sistema de controle interno na Gestão Pública, lembra que os pareceres técnicos ou mesmo as orientações das Cortes de Contas são de grande valia para esse encargo. Todavia, ressalva que “o controle, seja ele interno ou externo, ao exercer a sua atividade jamais poderá substituir o administrador na escolha da opção ótima para aquele caso concreto”.¹⁴

Para Romeu Felipe Bacellar Filho,¹⁵ a *motivação* faz parte da *forma* do ato, ao evidenciarem-se por escrito os pressupostos de fato existentes e a sua relação com o ato praticado, sendo, logo, as razões do ato. O *motivo* — este, entre nós, objeto da previsão expressa da Lei nº 4.717, art. 2º, *d* e parágrafo único *d* — se traduz nas circunstâncias de fato e nos elementos de direito que provocaram a produção do ato.

Temos para nós, *data vênia*, que as expressões *motivo* ou *motivação*, no fundo, dizem respeito à *forma* e *substância*, respectivamente, posto que exprimem na aparência e no conteúdo um mesmo e único dever de dar publicidade, de modo claro, suficiente, congruente e verdadeiro, às razões que ensejaram a decisão do agente público, e são, de fato, correlatas à “fundamentação expressa” de que exaustivamente falou José Carlos Vieira de Andrade em sua obra aqui referenciada. Ou, de um modo mais definitivo, *motivo* é forma, o “como” o ato se encontra fundamentado em seus aspectos lógicos e jurídicos; e *motivação* é substância, ou seja, o “que” justificou a decisão do agente público.¹⁶ Convergem para um mesmo sentido, neste pensamento, a noção de “causa” defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello e “motivação substancial”, como aqui a definimos.¹⁷

A doutrina também entende que a motivação deve ser contemporâ-

ANDRADE, op. cit., p. 230-232.

¹⁴ CASTRO. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*, p. 104-105.

¹⁵ Op. cit., p. 68-69 e 88.

¹⁶ Segundo o *Dicionário Houaiss*: *forma* é a aparência física de um ser ou de uma coisa. Modo, jeito, maneira, método; *Substância* é o conteúdo de algo. Característica verdadeira, realidade. Idéia principal, essência.

¹⁷ Causa do ato administrativo, para este autor, seria o pressuposto lógico entre o motivo e o objeto, ou seja, entre os fatos que justificaram a eleição adequada dos meios (conteúdo) do ato. Op. cit., p. 388-391. Con-

nea ao ato, ou pelo menos situada em suas cercanias fáticas e lógicas, isto é, visto o ato — sob um prisma isolado, num dado espaço-tempo — há que se interligá-lo aos seus fundamentos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os documentos, pareceres, laudos, relatórios, avaliações, mesmo distantes, indicados como fundamentos da decisão administrativa, passam a fazer-lhe parte integrante, como, aliás, dispôs o parágrafo 1º do artigo 50, da Lei Geral acima referida.¹⁸ Também leciona, no sentido de que a motivação deva ser anterior ou concomitante à emissão do ato, Marcus Bittencourt, pois o adequado momento de sua apresentação impediria a elaboração de razões “de encomenda” para justificar formalmente as condutas administrativas.¹⁹

Aliás, como adverte, com propriedade, José Carlos Vieira de Andrade, a fundamentação formal está intimamente vinculada à “autoria” do ato, à sua razão constitutiva. Para ser a “história interna” da decisão, como conclui, “quaisquer invocações a fatos ou avaliações anteriores só pertencem à mesma se estes forem expressamente assumidos pelo decisor ou se este a eles fizer remissão em sua fundamentação”.²⁰

De outro turno, Celso Antônio Bandeira de Mello fulmina o ato discricionário, tendo-o como inválido, se constatada ausente ou imprecisa a sua motivação. Mostrar os fundamentos lógicos, normativos e fáticos dos atos administrativos, expondo-os à luz do dia, é, para este autor, requisito indispensável de controlabilidade dos mesmos.²¹

O mesmo pensamento tem, também, José Carlos Vieira de Andrade, para quem a fundamentação deve ser clara, congruente e suficiente, sob pena de não legitimar o ato.²²

Não por outro motivo, Carlos Ari Sundfeld assevera que “como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou direitos íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência”,²³ ponto em que faz referência ao artigo 1º, da Magna Carta, que em seu §1º sentencia: “Todo o poder emana do povo. Sendo o povo o titular da *res publica*, tem o direito de controlar o

gruência, para Vieira de Andrade, é a relação entre a fundamentação e o conteúdo do ato, devendo este ser consequência lógica daquela (Op. cit., p. 254).

¹⁸ Neste mesmo diapasão, Cármen Lúcia Antunes Rocha que, ao comentar sobre a “Teoria dos motivos determinantes” de Gastón Jèze — leciona que os motivos são de exposição obrigatória, entre nós, e sempre vinculam o ato administrativo. ROCHA, op. cit., p. 137 e BANDEIRA DE MELLO, cit., p. 109. Bandeira de Mello chega a admitir a motivação ulterior do ato quando pré-existente o seu “motivo”.

¹⁹ BITTENCOURT. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo*, p. 37.

²⁰ Op. cit., p. 228. Nesse sentido, Vieira de Andrade demonstra não aceitar a motivação ulterior dos atos.

²¹ Op. cit., p. 76; 108-110.

²² Idem. *Ibidem*, p. 230-232.

²³ SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*, p. 177-180.

²⁴ Idem. *Ibidem*.

exercício desse poder, controle que se dá pelo conhecimento dos atos administrativos, “suas razões, sua base fática e jurídica”.²⁴

Esse dever de visibilidade nada mais é, com isso, do que um regramento, uma densificação, do princípio maior da publicidade dos atos de governo ínsito ao regime republicano e democrático de nosso País.

Ao analisarmos o teor do artigo 50, da citada Lei nº 9784/99,²⁵ todavia, tem-se como obrigatória a explicação, via motivação, de atos que possam afetar, de certa forma, direitos ou interesses individuais, talvez confirmando a noção de processo como instrumento para a solução de conflitos comentada no início deste artigo.

Mas este rol de situações normatizadas, na referida Lei, não deve ser taxativo, pois melhor seria interpretado como um piso de garantias mínimas aos cidadãos, que não excluem ou derogam o dever principiológico de transparência de todos os atos de governo, tão caro ao fundamento republicano. Ora, a regra da motivação implícita no artigo 37, *caput*, da Lei Maior, impõe-se, de forma imediata e plena, a todo agente público, em todo o seu agir, e não somente naqueles elencados na referida norma. Cabe destacar, a propósito, que o artigo 2º da Lei Geral dos Processos Administrativos densifica o “princípio” da motivação nos atos da administração pública.

Modernamente, não resta mais nenhuma dúvida doutrinária se a motivação é obrigatória nos atos discricionários ou se facultativa, nos atos vinculados. Já se tem como pacífico, na teoria administrativa que, mormente nos atos discricionários em que se verifica uma maior margem de liberdade de escolha de meios e fins pelo agente público, a motivação deva estar obrigatoriamente presente como pressuposto essencial de validade. O mesmo se poderia dizer quanto à motivação dos atos meramente vinculados, pois a simples menção do fundamento legal não atende de forma completa ao dever de exarar a fundamentação fática e causal do ato. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, “fórmulas ou frases sem significa-

²⁵ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

²⁶ Op. cit., p. 138. Como ressalta, no mesmo sentido, Vieira de Andrade, contra as fórmulas vagas ou de estilo se pronuncia a generalidade da doutrina e da jurisprudência portuguesa. Op. cit., p. 235.

²⁷ Idem. Ibidem, p. 235-236.

ção exatas não são suficientes para garantir o cumprimento da exigência de motivação”,²⁶ tornando-se obrigatórias, pois, a clareza e a precisão na exposição dos motivos, cuja clareza deve levar a um “esclarecimento concreto” das razões que levaram o agente à decisão, como quer José Carlos Vieira de Andrade.²⁷

3 Palavras vazias ou verdade jurídica

Qual a lógica dessa obrigatoriedade e de que modo seria ela atendida? Formalmente ou como requisito de eficácia (ou elemento da substância do ato)?

Em atendimento ou cumprimento da norma infraconstitucional explícita na Lei Federal nº 9.784/99 — a modo meramente pró-forma — ou como instrumento efetivo de concretização, de eficácia, aos princípios maiores constitucionais da república, da participação, da legalidade, da moralidade, da publicidade e da sindicabilidade dos atos administrativos?

Responderemos com supedâneo em Humberto Ávila ao citar Gottlieb: “Regras são destinadas a conferir o poder de decidir, bem como a controlar a discricionariedade. Com regras, ao invés de uma caixa opaca indefinida, os juízes têm uma série de instruções que podem ser razoavelmente bem descritas e que podem ser aplicadas de uma forma suficientemente clara...”²⁸

As regras, segundo Humberto Ávila, de fato, têm a função de gerar uma solução para um conflito, evitando que a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurja no momento de aplicação. E, como complementa o autor, a Constituição, em seu artigo 37, põe a moralidade como um dos princípios fundamentais da atividade administrativa, tendo sistematizado em vários outros artigos e incisos os rigorosos padrões de conduta esperados. O princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não regulamentadas na lei. E como conclui: “constitui violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração”.²⁹

²⁸ Op. cit., p. 109.

²⁹ Idem. Ibidem, p. 94-96.

³⁰ Precedente: AI n. 238.917-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20 out. 2000, entre outros. Não concordamos com a tese de que a regra da motivação seja um “postulado” e sim regramento implícito em nosso

A violação a esses preceitos constitucionais, na recente jurisprudência do STF, todavia, não encontra ressonância na mais alta Corte como matéria de primeira grandeza. No julgamento do AI-AgR 567797/RJ - Rio de Janeiro, como exemplo, em que foi Relator o Min. Eros Grau, em 28.03.2006 — com base em vastos precedentes — o STF entendeu que: “em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição”, circunstância essa que não viabilizou o acesso do caso à instância extraordinária.³⁰

Exatamente para fins de controle, não admite o Direito que se deem quaisquer palavras para o cumprimento desse importante pressuposto de validade dos atos administrativos, por mais que seja o Direito discursivo para poder ser visto como realidade no mundo e para fazer sentido no mesmo. O dever de fundamentação das normas jurídicas — e a motivação dos atos é contingente à própria norma concreta — deve ser cumprido com conteúdos que façam sentido principalmente para os seus destinatários.

Tanto assim, que Cármen Lúcia Antunes Rocha em seu ensinamento sentencia que “transgride o Direito e vicia-se pela antijuridicidade daí decorrente o comportamento aperfeiçoado com alegação pelo seu autor de motivo inexistente faticamente ou existente, mas dotado de contornos e natureza jurídica diversa daquela que lhe foi atribuída pelo agente”.³¹

Não há espaço para palavras vazias, formuladas, estereotipadas, como, por exemplo, as fundamentações que se arrimam na busca do “bem comum” e/ou se alicerçam na “supremacia do interesse público”, para justificar, por vezes, o injustificável, o inaceitável.³² Não há mais as razões de Estado. O Estado nada mais é que instrumento de ficção para o exercício do princípio democrático, onde a conjugação dos interesses de toda a so-

sistema constitucional, próprio dos vários direitos e garantias aqui discorridos. Para aprofundar a noção dos vários postulados presentes em nossa Magna Carta, ver, também, ÁVILA, op. cit., p. 121-166. Segundo Ávila, os postulados funcionam de forma diversa dos princípios e das regras. Os princípios são normas finalísticas e as regras densificam este estado ideal de coisas, concretizando o fim almejado pelos princípios, através da descrição de comportamentos devidos. Os postulados não impõem diretamente um fim, antes estruturam o ~~dever de promovê-lo~~; prescrevem modos de raciocínio e de argumentação em relação às normas. Ibidem, p. 123.

³¹ Op. cit., p. 136.

³² Nesse sentido Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem interesse público é um lugar comum e que, justamente por isso, dispensa definição precisa. Apud: JUSTEN FILHO, in *RTDP*, n. 26, p. 116.

³³ Op. cit., p. 188.

cidade deve estar presente e considerada.

A propósito, Marçal Justen Filho afirma que o “interesse público não consiste no interesse do aparato estatal. O Estado, como sujeito de direito, pode adquirir certas conveniências, em termos equivalentes ao que se passa com qualquer sujeito privado. Configura-se aqui a distinção apontada por Renato Alessi entre interesse público primário e interesse secundário”.³³

Por essa razão, a motivação deve ser verdadeira, correlata aos fatos que ensejam, de fato e de direito, as eleições de meios adequados para o atingimento dos fins almejados pela coletividade. É a “verdade jurídica” que deve revestir os atos administrativos.³⁴ Esse o dever do agente público, muito bem cristalizado por Cirne Lima ao imortalizar a máxima de que “o administrador público não é senhor absoluto de sua vontade”.³⁵

Como muito apropriadamente insistiu Marcus Bittencourt, com base em Hauriou: “a Administração Pública, como qualquer ser que atua, é levada a decidir, distinguindo entre o Bem e o Mal, contudo o Estado para decidir deve escolher não apenas entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, mas entre o honesto e o desonesto também. O ato administrativo deve estar não só de acordo com a lei, mas também de acordo com a Moral”.³⁶

4 Conclusão

A norma que emana de um texto constitucional constitui-se em regras ou em princípios. As regras nascem dos princípios para dar-lhes concretude e eficácia. A interpretação de uma regra é mais fechada, no sentido de que ou é cumprida ou não é, não se admitindo, assim, uma interpretação mais aberta, como nos princípios. Os princípios possuem uma carga valorativa mais ampla, ao passo que as regras possuem uma carga

³⁴ Esta verdade jurídica deve estar presente na situação fática que, comprovada, conduz à prática do ato e é indispensável para a sua validade jurídica, como ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, com base em *Laubadère* (op. cit., p. 136 e nota 77, em seu rodapé).

³⁵ Como ensina Vieira de Andrade, “as razões de um ato administrativo de autoridade não são redutíveis, num Estado de Direito, a um processo psíquico, pois que a vontade do ato não é a vontade livre do titular, mas a *vontade do órgão*, funcionalmente dirigida à satisfação de interesses heteronomamente definidos. Os poderes públicos só existem para a realização de necessidades públicas” (Op. cit., p. 229).

³⁶ BITTENCOURT, Marcus. *Direito administrativo contemporâneo*. Coordenação de Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 226.

de imperatividade maior.

A regra da motivação dos atos administrativos não é norma escrita, explícita em nosso texto constitucional, mas implícita, derivada que é dos vários princípios explícitos como os da publicidade, da legalidade, da inafastabilidade da jurisdição, ou ainda, dos implícitos, o democrático e o republicano.

A motivação expressa dos atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários — especialmente quanto a estes — é instrumento apto para possibilitar o controle da administração pública, quer por parte do cidadão (destinatário ou não do ato), quer dos vários legitimados para esse mister, quer do judiciário, a quem compete, em última instância, o zelo pelo cumprimento da Lei Máxima.

O acesso à jurisdição, aliás, é um direito prestacional garantido pela Constituição da República, podendo ser classificado mesmo como um dos vários direitos subjetivos do cidadão em face do Estado.

Logo, é por intermédio do exame dos motivos dos atos é que se pode conter o administrador dentro dos limites que a lei lhe estabelece.

Diante desta exposição, o dever de motivação dos atos administrativos não deve ser atendido apenas com a simples colmatação de lacunas, como no preenchimento de campos em um formulário, em homenagem às formas, empregando-se palavras vazias ou chavões, destituídos de sentido prático para os destinatários-cidadãos dos atos de governo.

Para além disso, somando-se à majoritária doutrina, compreendemos o dever de motivação dos atos administrativos como um pressuposto de validade do ato, um elemento substancial, que se prende a esse ato pela conexão de sentido com os fatos que o antecederam, com a adequada eleição de meios e, legítimo, pela justa subsunção de todos esses aspectos à lei.

O agente, exposto que está ao controle de seus atos públicos, deve ser verdadeiro em suas motivações. Antes de agir, seja para decidir dentro das margens discricionárias que a lei lhe confere seja de forma vinculada, deve indagar-se quanto aos seus motivos. Se não puder aclarar os seus motivos não deve agir. Se não puder ser transparente não deve ser agente público

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. Revista e atualizada até a EC 52. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Moralidade administrativa: evolução e conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n. 26, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>. Acesso em: 26 jun. 2007.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARIA, Júlio Herman. O princípio da motivação dos atos administrativos: regra meramente formal ou pressuposto substancial de validade dos atos? *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 133-145, abr./jun. 2008.