

O DEVER DE MOTIVAR E A AÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

Gisele C. Mazzali¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do conceito de Ato Administrativo; 3 Ato Vinculado e Ato Discricionário; 4 Motivo do Ato Administrativo; 5 Princípio da Motivação e a Teoria dos Motivos Determinantes; 6 Da necessidade da Motivação; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

A motivação é uma exigência do Estado Democrático e Social de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-lo, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido, por isso, é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão. A falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Estado Democrático de Direito; Ato discricionário; Princípio da Motivação; Controle Judicial.

ABSTRACT

The motivation is a requirement of the Democratic and Social State of Right, which is inherent, among others right of the managed ones, the right to an established, motivated decision, with explicitation of the reasons. The beginning of the motivation it determines that the administrative authority must present the reasons that had taken it to take a decision. Without the explicitation of the reasons one extremely becomes difficult to investigate, to sopesar or to survey the correction of what he was determined, therefore, is essential that the facts,

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL (Curitiba). Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela PUC-PR (Londrina). Advogada.

the done inferences and the beddings of the decision are pointed. The lack of motivation in the discretionary act opens the possibility of shunting line occurrence or abuse of being able, given the difficulty or, exactly, the impossibility of effective judicial control, therefore, for the motivation is possible to survey the true intention of the agent.

KEYWORDS: Public administration; Democratic state of Right; Discretionary act; Principle of the Motivation; Judicial Control.

1 INTRODUÇÃO

Paralelamente à evolução ocorrida no conceito de Estado (Estado de Direito; Estado de Direito Social; e depois Estado de Direito Social e Democrático) ocorreram mudanças nos princípios da legalidade e da discricionariedade administrativa. Aquele alberga hoje, além da lei formalmente considerada, o Direito impregnado de todo o conteúdo de valores contidos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. A discricionariedade administrativa que no período do *jus politiae*, tinha conteúdo meramente político e, portanto, não passível de apreciação pelo Poder Judiciário, no Estado de Direito passa a ser limitada pela lei, assumindo então feição jurídica. Hoje esse caráter jurídico encontra-se bastante alterado pela nova concepção do princípio da legalidade,² compatível com o Estado de Direito Social e Democrático. Ou seja, a discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito.³

² Nesse sentido DI PIETRO conclui que perante o direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade continua presente na Constituição tal como previsto na redação original dos artigos 37, caput, e 5º, II. Em consequência, a discricionariedade continua sendo um poder jurídico, ou seja, um poder limitado pela lei. (...) O grau de discricionariedade continua a ser poder jurídico, porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do poder público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pg. 64-65).

³ *Ibidem*. p. 232-233.

É certo que, ainda hoje, em sede de Direito Administrativo, identifica-se discricionariedade⁴ com a liberdade concedida ao administrador, para que este, diante de um caso concreto, possa escolher uma dentre várias soluções possíveis, todas, é claro, soluções decorrentes da norma. Essa escolha deverá ser baseada em critérios de mérito, ou seja, em critérios de oportunidade, conveniência, justiça e igualdade; e, uma vez que tais critérios não são definidos pelo legislador, deverão então sofrer uma profunda investigação por parte da autoridade administrativa.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que quando se fala em poder de ação administrativa discricionária, esta não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa a linha que demarca esses limites estará agindo de maneira arbitrária.⁵ Ou seja, é no próprio ordenamento jurídico positivo que a discricionariedade encontra seu fundamento.

Em regra, a discricionariedade está presente nos casos em que a lei expressamente a estabelece; nos casos em que a lei é insuficiente, ou seja, quando não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação; quando, embora a lei preveja determinada competência, não estabelece a conduta a ser adotada; e, também, nos casos em que a lei usa certos conceitos indeterminados. Portanto, encontraremos discricionariedade, nas etapas de formação do ato administrativo, na norma

⁴ A palavra discricionariedade tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas Regis suprema Lex*). Naquela época do chamado Estado de polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade teve seu apogeu (Apud BINENBOJM, Gustavo. Op.cit., p. 193). (...) Somente à partir do século XIX, com o advento da noção de Estado de Direito, é que a idéia de impor freios à atividades dos órgãos estatais foi sendo mais difundida, culminando com o reconhecimento de que o governo, o parlamento e a Administração, cada qual tinha identidade e lugar próprios na organização estatal. Ali principia o longo percurso da (tentativa de) *captura* do poder pela *juridicidade*. (BINENBOJM, Gustavo. Op.cit., p. 194).

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit. p. 210.

jurídica, no momento da prática do ato, nos elementos do ato administrativo (sujeito, objeto ou conteúdo, forma, motivo, finalidade).

É inegável que hoje tal liberdade conferida à Administração Pública, principalmente na seara das políticas públicas e da ação estatal planejada, tem encontrado justificativa nos mais variados critérios de caráter políticos. Daí concordarmos com Juarez FREITAS quando este assevera que com a expansão da sindicabilidade (decorrente dos princípios) tudo indica que devem ser afastados os critérios exclusivamente políticos, tendo em vista a natureza jurídica dos atos emanados legitimamente pela autoridade, inclusive, no campo das políticas públicas e de planificação. Daí que não merece prosperar a escolha não fundamentável juridicamente. O mérito relativo a juízos de conveniência ou de oportunidade pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre⁶.

Nesta seara Odete MEDAUAR aponta que “um dos aspectos referentes à democratização da Administração, que representa vínculo à discricionariedade encontra-se na *motivação* dos atos administrativos”⁷.

Ainda de acordo com esta autora, na França do final do século XIX - época que LEMASURIER chamou de *época da justiça retida* ou do *juíz-ministro*,⁸ em que se contrapunham as decisões jurisdicionais, que deviam ser motivadas, aos atos administrativos que dispensavam justificativa -, o autor do ato administrativo não estava obrigado a formular expressamente as razões do ato e, nem os administrados tinham o direito de conhecê-las, salvo se assim determinasse a lei. Esse modo de proceder era tradição em todos os ordenamentos influenciados pelo ordenamento Francês até julho de 1979, do século XX, quando foi editada na França uma norma tornando obrigatória a motivação dos atos administrativos individuais. Nesta orientação alinha-se a Constituição do Estado do Paraná, de 24

⁶ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217.

⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p, 197.

⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p, 197.

de abril de 2000 (atualizada em 30.06.2006) que, determina a observância, nos procedimentos de despacho ou decisões motivados:

Art. 27. A Administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, *motivação*, economicidade e, também, o seguinte: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11/2001.

No Brasil, a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, no artigo 37, caput, dispõe que os atos administrativos requerem a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, além daqueles princípios previstos no artigo 2º, caput, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dentre os quais destacam-se os princípios da finalidade, *motivação*, razoabilidade, segurança e interesse público, que devem ser considerados no momento da elaboração administrativa.

A aludida Lei de Processo Administrativo, no art. 50, acolheu diretrizes axiológicas superiores, estampando entre outros, o critério da observância de formalidades consideradas essenciais à garantia de direitos dos administrados, no intuito de superar formalismos desconexos. Dentre estas formalidades, encontra-se o dever de *motivação*.

Juarez FREITAS assevera que apesar da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos, traduz-se como suficiente motivo, na maior parte das vezes, para o impositivo dever de decretar a nulidade e, em muitas situações, não se deveria hesitar em reconhecer que se trata de causa decisiva para a decretação de nulidade absoluta.⁹ (...) Estas são, na opinião deste autor, implicações vertentes da leitura do processo administrativo sob o prisma de que o Direito Público precisa ser o Direito não-autoritário, dialógico e,

⁹ Juarez de Freitas para ilustrar o fato de que a não-motivação de ato de remoção gera nulidade, consoante julgamento, no STJ, do MS 8383-DF, DJU de 19.12.2003; e, no mesmo tribunal o MS 8465-DF de 19.12.2003. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 263.)

concomitantemente, promotor da concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁰

Embora o avanço representado pelo controle judicial dos elementos vinculados do ato administrativo, tanto em seus aspectos formais - ligados à competência e à forma, incluindo nesta última a *motivação* -, como em aspectos materiais - ligados à finalidade e ao motivo -, as arbitrariedades perpetradas sob a égide do mérito administrativo, não foram freadas. Por isso, concorda-se com Gustavo BINENBOJM para quem “a teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública”.¹¹

Este trabalho pretende trazer algumas reflexões no sentido de saber o que muda no sentido da postura da Administração Pública com a observância do critério da motivação de suas decisões e qual o papel do Poder Judiciário neste contexto de uma Democracia Constitucional Representativa. Nesse sentido e como apoio para uma posterior argumentação far-se-á uma breve passagem pelo conceito de ato administrativo, pela sua classificação quanto à margem de escolha do administrador, bem como, procurar-se-á estabelecer a diferenciação entre motivo e motivação, sendo esta, requisito essencial possibilitador de um controle racional por parte do Poder Judiciário, considerando este Poder, como quer Rogério Gesta LEAL, avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo algumas ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais Poderes estatais (saúde, educação, trabalho, segurança, etc.).¹²

¹⁰ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 205.

¹² LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista*. Coleção Estado e Constituição – 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

2 DO CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Ato administrativo é o ato jurídico que concretiza o exercício da função administrativa do Estado ou como quer Odete MEDAUAR “para fins de conceito, configura manifestação unilateral de vontade que declara, reconhece, modifica e extingue direitos em matéria administrativa”.¹³ Sob o enfoque de Guido ZANOBINI, em seu *Corso di Diritto Amministrativo* (v.i. Milano: Giuffrè, 1958, p. 243) “concebem-se tais atos jurídicos como declarações (volitivas ou cognitivas) da Administração Pública, agindo nessa condição e com os poderes a ela inerentes, ou emanados por quem as exerça por delegação, invariavelmente de modo infra-legal *lato sensu* (ainda quando atos normativos), com o fito de produzir efeitos concretos no mundo jurídico”.¹⁴ O conceito de ato administrativo formulado por Maria Silvia Zanella DI PIETRO diz que é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produza efeitos jurídicos imediatos, com observância à lei, sob regime jurídico de direito público sujeita a controle pelo poder judiciário”.¹⁵ Para Diógenes GASPARINI ato administrativo é “toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na

¹³ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p.203.

¹⁴ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V.I Milano, Giuffrè, 1958., p.243. Apud. FREITAS, Juarez de. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, p.23.

¹⁵ Para DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: “Nem todo ato da administração é ato administrativo, pois este é somente a emanção produtora de efeitos jurídicos, concreto, imediato, não normativo e não meramente materiais. Tal conceito exclui também os atos bilaterais, os contratos, os atos de gestão, os atos políticos, os atos de expediente, os despachos, os atos enunciativos, os pareceres, mesmo os pareceres jurídicos, as certidões, os atos de direito privado, as compra e vendas efetuadas pela Administração, as locações, em fim, só são considerados atos administrativos aquelas emanções produtoras de efeitos jurídicos diretos e imediatos.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 181).

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.62

conformidade ou compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário".¹⁶

3 ATO VINCULADO E ATO DISCRICIONÁRIO

Uma vez ultrapassada a noção preliminar do conceito de ato administrativo, é pertinente mencionar que existem diferentes figuras que caracterizam os diferentes graus de vinculação do ato administrativo à juridicidade que, na opinião de Gustavo BINENBJOM nada mais são do que *códigos dogmáticos* para uma delimitação jurídico-formal dos âmbitos da própria Administração e dos órgãos jurisdicionais. Um desses códigos – que diz respeito à liberdade ou à margem de escolha do Administrador na prática do ato administrativo – divide os atos administrativos em atos vinculados e atos discricionários.¹⁷

Nesse sentido é relevante a posição de Hely Lopes MEIRELLES para quem:

Atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.(...). Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.¹⁸

É pertinente salientar, no entanto, que não se confunde margem de escolha com liberdade absoluta, pois o ato discricionário deve sempre respeitar os limites legais e, conforme aduz Odete MEDAUAR "aos poucos, o caráter totalmente livre invocado na idéia originária de discricionariedade vai se atenuando".¹⁹ Na

¹⁶BINENBJOM, Gustavo. Op. cit., p.40.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170-171.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 195.

atualidade, o administrador não possui total liberdade, estando sempre norteado pelas imposições legislativas.

Importante é a posição de Gustavo BINENBJOM quando assevera que as transformações recentemente sofridas pelo direito administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa e, informa que “pretende-se caracterizar a discricionariedade como um espaço *carecedor de legitimação*. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de *fundamentação* dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei”.²⁰

Mario NIGRO quando trata da questão da conceituação do ato administrativo discricionário, afirma que “a liberdade-vínculo que se chama discricionariedade consiste no poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos: ter em conta não é considerar; mas atribuir a cada um o justo peso”.²¹

A “discricionariedade não é nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional”²² passando a ser entendida, na opinião de Maria Silvia Zanella DI PIETRO como um “*poder jurídico*”.²³

Essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe na opinião de Gustavo BINENBJOM “a percepção de que não há diferença de natureza entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário, sendo a diferença o grau de vinculação. Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios (...)”²⁴.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 39.

²¹ MEDAUAR, Odete. Ibidem p. 197.

²² BINENBOJM, Gustavo. Ibidem p. 39.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p.198.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p p. 210.

4 MOTIVO DO ATO ADMINISTRATIVO

Cumpra esclarecer que *motivo* não se confunde com *motivação*. De acordo com Gustavo BINENBOJM o motivo “caracteriza-se como pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam a realização do ato, podendo vir expressos na lei – vinculado – ou não – discricionário”.²⁵ Ou como quer Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato e o pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Ex. de motivos: no ato de punição de servidor, o motivo é a infração prevista em lei que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário.²⁶

5 O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Pelo Princípio da Motivação a Administração Pública tem a obrigação de motivar (justificar) de fato e de direito as razões de seus atos. Este princípio apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal – é princípio infraconstitucional previsto na Lei 9.784/99 -, já está amplamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência.

A motivação é dada pela autoridade administrativa e afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do *porquê* de determinado ato, portanto, é um requisito formal do ato administrativo. De acordo com Celso Antônio Bandeira de MELLO a motivação é “a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o

²⁵ Ibidem, p. 200.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 203

agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado".²⁷

A motivação a que se refere tal princípio tem que ser demonstrada previamente ou contemporaneamente a expedição do ato a ser praticado pela administração pública. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a motivação é regra, necessária, tantos para os atos vinculados quanto para os discricionários já que constitui garantia da legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da CF.²⁸

Fundado na teoria do desvio do poder²⁹, desenvolveu-se a chamada *teoria dos motivos determinantes*,³⁰ segundo a qual a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo.

As razões de fato apresentadas pelo Administrador, na motivação do ato, estão vinculadas tanto à realidade como à juridicidade, ou seja, "ainda que se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à *existência* dos fatos apontados pela Administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à *juridicidade* de tal escolha".³¹

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366-367.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 204

²⁹ V., sobre o tema BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 202-204.

³⁰ V. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. Se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, Filho, op. cit. p. 112. Ex: administração revoga permissão de uso sob a alegação de que a mesma tornou-se incompatível com a destinação do bem público objeto da permissão, e logo a seguir permite o uso do mesmo bem a terceira pessoa, restará demonstrado que o ato de revogação foi ilegal por vício quanto ao motivo; servidor tem seu pedido de férias indeferido sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, poderia o agente público não ter declinado o motivo, já que o fez e em caso do servidor provar o contrário, o ato estará viciado uma vez que presente a incompatibilidade entre o motivo expresso no ato (motivo determinante) e a realidade fática.

³¹ BINEMBOJM, Gustavo. *Ibidem* p. 204.

A invocação dessa teoria é crescente na jurisprudência pátria, sendo a seguinte ementa ilustrativa dessa tendência:

I - Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes. (...) ³²

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, assevera que pela teoria do desvio de poder, elementos de moralidade administrativa foram incorporados à idéia de legalidade para invalidar os atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência. Depois, a teoria dos motivos determinantes tornou possível o exame dos motivos pelo Poder judiciário, para invalidar atos administrativos baseados em motivos falsos ou inexistente. Afirma ainda esta autora que hoje, o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana, entre eles, o princípio da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa, os princípios gerais de direito e o princípio da supremacia do interesse público.³³

6 DA NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO

Tendo em vista os diversos posicionamentos acerca da necessidade ou não da motivação do ato administrativo, tais como: (i) o de alargar a extensão de incidência da necessidade de motivação dos atos administrativos; (ii) o da obrigatoriedade de motivação apenas quando a lei impor; (iii) o da motivação ser sempre obrigatória; e, (iv) o da necessidade de motivação depender da natureza do ato, exigindo ou não a lei. E, com a finalidade de dar uma resposta a essas

³²Superior Tribunal de Justiça, Resp. 725537 / RS, RECURSO ESPECIAL 2005/0024122-6. Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 01.07.2005, p. 621.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 233.

questões, foi editada a Lei nº 9.784 de 29.01.99, que, em seu artigo 50 estabelece as situações em que os atos deverão necessariamente ser motivados e, estabelece, com efeito, o § 1º que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”.

Em relação à exigência de motivação expressa e clara, veja-se a ementa do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - SILENCIO DA ADMINISTRAÇÃO PRAZO PRESCRICIONAL. A TEORIA DO SILENCIO ELOQUENTE E INCOMPATIVEL COM O IMPERATIVO DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. SOMENTE A MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA ADMINISTRAÇÃO PODE MARCAR O INICIO DO PRAZO PRESCRICIONAL.³⁴

Embora a lei disponha expressamente os casos em que a motivação é necessária, defende-se que todo o ato discricionário deve ser necessariamente motivado.

No que tange ao ato vinculado, a lei já pré-definiu qual a única possibilidade de atuação do administrador diante do caso concreto. Assim, nas hipóteses não esculpidas na lei, em não havendo motivação, mas sendo possível se identificar qual o motivo, não há que se falar em vício, não havendo efetiva necessidade de motivação.

Entretanto, no que concerne aos atos discricionários, entende-se pela sua necessária motivação, independente de designados ou não na lei; caso não motivado estará o ato eivado de vício, pendendo à conseqüente invalidação.

Defende-se tal posicionamento, a vez que, no ato discricionário o administrador possui uma margem de liberdade de atuação e, como não se encontra na qualidade de detentor da coisa pública, mas de mero gestor dos anseios da coletividade, deve explicação à população como um todo, fazendo valer o princípio da publicidade sempre que houver qualquer margem de liberdade na

³⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 16284 / PR, RECURSO ESPECIAL 1990/0013363-7, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. DJ 23.03.1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416.

tomada de decisões. Afinal, o fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito confere ao cidadão o direito de saber os fundamentos que justificam o ato tomado pelo administrador.

Ressalta-se ainda que, se todas as decisões do Poder Judiciário, bem como as decisões administrativas dos Tribunais, devem necessariamente ser fundamentadas; há de ser motivado também o ato administrativo, principalmente o discricionário.

Nunca é demais repetir que a motivação deve ser sempre anterior ou concomitante a execução do ato, caso contrário, abrir-se-ia margem para a Administração, após a prática do ato imotivado e diante da conseqüente possibilidade de sua invalidação, inventar algum falso motivo para justificá-lo, alegando que este foi considerado no momento de sua prática.

Diante do exposto, defende-se a necessária motivação de todo o ato discricionário, de modo a fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Queremos acreditar seja verdadeira a postura (correta, necessária e urgente) desse Estado que se auto-intitula democrático e representativo, que afirma ter como único o caminho que leva ao encontro de medidas urgentes voltadas às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do modelo de crescimento econômico imposto pelo mercado globalizado, cumprindo assim um novo papel tal qual o da burguesia e do Estado de Direito quando da passagem da Idade Média à Idade Moderna.

Os Poderes públicos, sob a perspectiva dos diferentes contextos políticos e normativos, foram assumindo diferentes posições no que se refere à superação de crises institucionais e populares, especificadamente desde o modelo de Estado Social de Direito, no século XX. Desde então o papel do Estado tem sido o de

interventor, chamando para si a responsabilidade exclusiva de responder pelo equilíbrio social, garantindo que a ordem fosse mantida. É certo que os poderes estatais restam divididos para que não aglutinem força e poder excessivos e, para que se comprometam reciprocamente e, todos em relação à sociedade no sentido de manter a ordem, a segurança e a paz coletivas. No que diz respeito à Administração pública esta deve observar e dirigir suas ações nesse sentido.

No período atual, do Estado Social e Democrático de Direito, cabe ao Estado promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva de forma livre e igual dentro da sociedade; isso requer mecanismos de participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais. Hoje só existe lugar para uma Administração Pública que democrática, onde o consenso e o diálogo prevaleça; onde a gestão dos recursos humanos seja descentralizada; onde o cidadão passe a ser entendido como um cidadão usuário; enfim, uma administração que prime pelos princípios consagradores dos direitos sociais e econômicos.

Como tal, o princípio da motivação deve ser observado pela Administração Pública como um seu dever em relação ao cidadão usuário. É, pois, uma exigência do Estado Social Democrático de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos.

A exteriorização dos motivos na atuação administrativa visa garantir o exercício democrático do poder voltado ao entendimento de interesses coletivos, negando a justificação do poder pelo poder, protegendo o cidadão das intemperanças do Poder Público.

Ademais a ausência de motivação torna impossível a sindicância, o sopesamento ou a aferição da correção daquilo que foi decidido, em sede dos atos administrativos discricionários, por isso é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão. A falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de efetivo controle judicial.

O princípio da motivação foi acolhido de forma implícita na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.784 de 1999. A importância desse princípio reside no fato de que – em conjunto com os demais princípios aludidos anteriormente –, limita a ação discricionária da Administração Pública, norteia a tarefa do legislador e amplia a ação do Poder Judiciário, que não pode mais limitar sua ação ao mero exame formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados constitucionalmente.

Esta nova Administração Pública, dialógica e consensual, voltada para o cidadão e para a sociedade deve motivar sempre suas ações, as vinculadas e principalmente as discricionárias, porque somente desta forma poderá demonstrar que é uma administração pública bem intencionada, transparente e responsável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZALI, Gisele C. O dever de motivar e a ação administrativa discricionária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GASPARIN, Diógenes. **Direito Administrativo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexibilidade.** Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea.** Uma perspectiva procedimentalista. Coleção Estado e Constituição - 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** 2. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17 ed., rev. e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial.** 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO. **Diogo de Figueiredo.** Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008.