

**LARISSA SOLEK TEIXEIRA**

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA DO ATO  
ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

**FLORIANÓPOLIS  
Dezembro/2.001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO – INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS**

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA DO ATO  
ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

**Larissa Solek Teixeira**



**Orientador:**

**Professor Doutor Volnei Ivo Carlin**

**Florianópolis  
Dezembro/2.001**

# **O DEVER DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

**LARISSA SOLEK TEIXEIRA**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.**



Orientador:  
Professor Doutor Volnei Ivo Carlin

Florianópolis  
Dezembro/2.001


A dissertação O DEVER DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO, elaborada por Larissa Solek Teixeira e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:



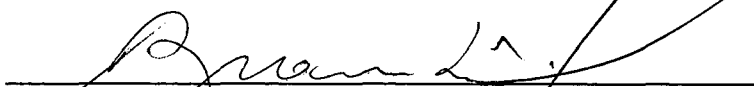
---

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - Presidente  
Curso de Pós-Graduação em Direito / CPGD  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA / UFSC



---

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi - Membro  
Curso de Pós-Graduação em Direito / CPGD  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA / UFSC

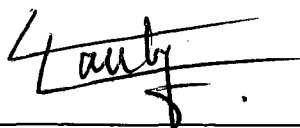


---

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão - Membro  
Curso de Pós-Graduação em Direito / CPGD  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA / UFSC

---

Prof. Dr. José Isaac Pilati - Membro Suplente  
Curso de Pós-Graduação em Direito / CPGD  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA / UFSC



---

Prof. Dr. Christian Guy Caubet  
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito / CPGD  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA / UFSC

*A Célia Maria Teixeira, minha mãe, pelas primeiras noções de responsabilidade, persistência e orgulho de uma etapa cumprida.*

*Rendo calorosas homenagens:*

*- ao Professor orientador deste trabalho, Doutor Volnei Ivo Carlin, por me chamar a atenção para a arte do beletismo e pelo incentivo permanente à pesquisa e ao estudo do Direito Administrativo;*

*- a Evandro Alencar Scussiatto, companhia de alguns anos, pelo apoio nos momentos em que as palavras escritas no papel pareciam não fazer sentido e pela confiança no resultado desta pesquisa.*

*- aos funcionários do CPGD/UFSC e do CNPq, pelas preciosas informações e pelo apoio financeiro ao preparo destes originais.*

*- a Daniele Ballock, Mariana da Silva Pioner, Marlon Wagner Grafe, Samira Perito Deitos e Olavo de Aguiar, pela valiosa opinião nas muitas vezes em que leram trechos deste material e pela bela amizade edificada dia após dia.*

“O ser humano não precisa justificar sua existência nem sua ação, porque é um valor procedente da ordem natural, recebido pelo direito. Os órgãos do Estado, ao contrário, como criação artificial que são, não têm mais competência que aquelas atribuídas pelas normas. Em um caso procede a interpretação ampla (da liberdade) em outro a estrita (da competência). Portanto, é natural que se exija das autoridades justificar sua competência, invocar a norma que lhes atribui o poder jurídico exercido. E é natural que se lhes exija ademais, demonstrar que se dão, no caso concreto, os requisitos de motivo e finalidade que condicionam a validade do exercício desse poder. O direito do administrado – que deixou de ser o súdito do príncipe para tornar-se, como cidadão, partícipe da formação da vontade do Estado – requer a justificação legal da competência e de seu exercício racional”.

(Alberto Ramon Real)

## SUMÁRIO

**RESUMO, IX**  
**RESUMEN, X**  
**INTRODUÇÃO, 1**

### **CAPÍTULO 1**

#### **EVOLUÇÃO DIACRÔNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 6**

- 1.1 Precedentes nos séculos XVIII a XX, 8
- 1.2 Princípios constitucionais norteadores da Administração Pública hoje vigentes, 17
- 1.3 Aspectos gerais da discricionariedade administrativa e de seu controle, 40

### **CAPÍTULO 2**

#### **ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E TEORIA DO DESVIO DE PODER, 50**

- 2.1 Conceito e regime jurídico dos atos da Administração Pública, 51
- 2.2 Elementos estruturais, pressupostos e mérito do ato administrativo, 62
- 2.3 Anulação do ato administrativo discricionário por desvio de poder, 76

### **CAPÍTULO 3**

#### **O CONTROLE JURISDICIONAL DOS MOTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO DEVER DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA, 89**

- 3.1 A juridicidade da atividade administrativa, 91
- 3.2 Extensão do controle de legalidade, 97
- 3.3 Revalorização do direito das formas, 108
- 3.4 Motivação expressa como requisito de boa administração, 122

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS, 127**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 131**



## RESUMO

Este trabalho objetiva verificar a relação entre desvio de poder e atos administrativos discricionários, bem como propor controle desvelado da própria Administração Pública mediante o cumprimento, por ela, do dever de expressar a motivação dos seus atos. Vale-se do método indutivo, analisando sobretudo conceitos e princípios para desenvolver a matéria em três capítulos.

O dever de motivar o ato administrativo discricionário, tema destituído de espaço para debate no Estado absolutista, desponta como um dos mais instigantes com a chamada jurisdicionalização da Administração Pública, cuja principal consequência foi a correlação direitos do homem / deveres do Estado. O Estado de direito pôs termo tanto à irresponsabilidade do administrador, veículo da vontade do soberano, quanto à concepção da discricionariedade como técnica a serviço dos privilégios de nascimento.

Os órgãos do Estado têm competência na medida exata que as normas lhes conferem. Eles, como criação artificial que são, precisam justificar a si próprios, invocando a norma que lhes outorga competência e demonstrando os requisitos de motivo e finalidade que condicionam a validade do exercício desse poder (dever).

O administrado, agora consumidor de serviços públicos, é partícipe da formação da vontade do Estado e requer a justificação legal da competência e do exercício racional do poder. Em meio a tal contexto, o dever de motivação expressa é verdadeira declaração de autoria do ato. Ela contribui para a visibilidade dos órgãos do Estado quando exprimem o caráter público da decisão.

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo verificar la relación entre el desvío de poder y los actos administrativos discrecionales, así como proponer control desvelado de la propia Administración Pública mediante el cumplimiento, por ella, del deber de expresar la motivación de sus actos.

Se basa en el método inductivo, analizando sobre todo conceptos y principios para desarrollar la materia en tres capítulos.

El deber de motivar el acto administrativo discrecional, tema destituído de espacio para debate en el Estado Absolutista, despunta como uno de los más instigantes con la llamada jurisdiccionalización de la Administración Pública, cuya principal consecuencia fue una correlación directa de hombre/deberes del Estado. Él pone término tanto a la irresponsabilidad del administrador, vehículo de la voluntad del soberano, como a la concepción de discrecionalidad como técnica al servicio de los privilegios del nacimiento.

Los organismos del Estado son competentes en la medida exacta en que las normas los confieren. Ellos, como creación artificial que son, precisan justificar a sí mismos, invocando la norma que les otorga competencia, demostrando los requisitos de motivo y finalidad que condicionan la validez del ejercicio de ese poder (deber).

El cliente, ahora consumidor de servicios públicos, es partícipe de la formación de la voluntad del Estado, requiere una justificación legal de competencia, de ejercicio racional de poder. En medio de tal contexto, el deber de motivación expresa es verdadera declaración de autoría del acto. Él contribuye a la visibilidad de los organismos del Estado en cuanto expresen el carácter público de la decisión.

## INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional do ato editado pela Administração Pública no uso da faculdade discricionária que lhe é conferida por lei vem ganhando especial atenção da doutrina administrativa desde a metade do século XIX. Para isso, foi preciso opor-se à velha concepção, cujo *standard* pode ser resumido na idéia de que o controle significava intromissão indevida, que tornava inviável ao juiz ir além da mera verificação de conformidade entre ato administrativo e finalidade legal<sup>1</sup>.

O tema ganhou contorno próprio com a paulatina sedimentação do Estado de direito<sup>2</sup> e com as boas novas trazidas pelo princípio do *dever de boa administração*.

Ainda que sobre tal dever se tenham debruçado especialistas no afã de uma precisão conceitual, até hoje não obtida, ele transmite a idéia de uma

---

<sup>1</sup> Em termos de controle jurisdicional dessa espécie de ato, é considerado o *leading case* brasileiro, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p.348, nota n. 34.), o acórdão pioneiro do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Miguel Seabra Fagundes, em que acolhe a noção de desvio de finalidade, já na década de quarenta, e rompe com o modelo vigente àquela época, ou seja, é possível ao Judiciário cotejar os motivos de fato e de direito do ato administrativo discricionário.

<sup>2</sup> Por *Estado de direito* tome-se, aqui, o conceito emitido pela definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Estado sotoposto a leis e à jurisdição tal qual qualquer sujeito. É a consagração jurídica de um projeto político cujo objetivo é o de garantir o cidadão contra intemperanças do poder público, mediante prévia subordinação do poder e seus excedentes a um quadro normativo geral e abstrato para conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos". (O controle judicial dos atos administrativos, *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, abr./jun. 1983).

Administração Pública relacionada ao contexto em que se insere e razoável nas providências que toma.

A lógica do *dever*, função em sentido estrito, acompanha o Direito Público. E, se assim é, ao encontro do dever de boa administração vem o da motivação expressa dos atos administrativos discricionários.<sup>3</sup>

A fundamentação do ato administrativo discricionário, inexistente no Estado absolutista<sup>4</sup>, porque o poder justificava a si mesmo e porque às prerrogativas independia uma contraprestação do monarca, constitui-se hoje num dos pontos fulcrais do Direito Administrativo. Por isso, foi estabelecida como objeto do presente estudo.

Este, longe de pretender exaurir o tema do dever de motivar ou quaisquer outros a ele conexos, a exemplo do desvio de poder ou, mesmo, da discricionariedade, concentra-se na possibilidade de controle de atos administrativos discricionários e da própria Administração mediante motivação expressa.

O primeiro capítulo trata do desenvolvimento por que passaram tanto a atividade administrativa do Estado quanto a discricionariedade,

---

<sup>3</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO explica, em *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16, que a expressão *ato discricionário* "deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem'". Realmente, discricionária é a competência do agente, enquanto que o ato é o produto dela. Entretanto, por motivo de economia no uso dos símbolos, emprega-se largamente, neste trabalho, a elíptica expressão *ato administrativo discricionário*, ainda que ela implique impropriedade.

<sup>4</sup> Para efeitos deste estudo, ante a falta de justificação de seus atos e porque a forma de governo adotada no Estado de polícia é a monarquia absoluta, consideram-se os Estados de polícia e absolutista sinônimos.

especialmente a partir da revolução científica, e culmina no estudo de certos princípios informadores da Administração Pública e da normatividade deles.

O capítulo seguinte focaliza o desvio de poder e o seu porto quase seguro: o ato administrativo discricionário. E pode sumariar-se nos seguintes termos.

A ação administrativa do Estado desdobra-se segundo preceitos legais estabelecidos. A iniciativa do agente administrativo depende, primariamente, de uma regra de competência que o autorize a agir. Tal subordinação a uma lei anterior, entretanto, não significa que do processo de edição de uma providência administrativa não participem razões técnicas ou políticas. Inconcebível seria uma Administração Pública, um Estado, em que toda a atividade fosse vinculada, porque o fenômeno social não está preso a esquemas teóricos.

Encontra-se, então, no processo de edição do ato administrativo um campo de livre desenvolvimento, no qual se faculta a seleção de critérios e fórmulas. Ao administrador, subordinado à legalidade, é lícito orientar-se, livremente, no que se refere à oportunidade e à conveniência. Essa capacidade de autodeterminação constitui o dever/poder discricionário<sup>5</sup>.

A inconformidade entre o ato administrativo discricionário e a finalidade legal gera o desvio de poder, ou seja, o uso da competência criada

---

<sup>5</sup> A Administração Pública está sujeita à finalidade a ser cumprida. É a situação de *doverosità*, isto é, dever, a que se referem os italianos. Como não há outro meio de atingir tal finalidade senão o de irrogar a alguém certo poder instrumental, este se impõe como mera decorrência do cumprimento do dever. Mas é este (dever) que comanda toda a lógica

por lei para atingir fim diverso daquele que conforma a prerrogativa<sup>6</sup>. Tal inconformidade macula a atividade administrativa porque faz resultar um falseamento de intenções por parte do agente, que, valendo-se de artifícios, edita atos administrativos com a aparência ilusória da legalidade.

O desvio de poder se efetua nos casos em que o agente se desvia do alvo obrigatório, em virtude do qual está habilitado a operar. A ação dele se torna ilícita e passível de ser fulminada judicialmente.

O terceiro e último capítulo cuida do controle do ato administrativo por meio da motivação expressa sem entrar em minúcias, como conceitos operacionais de motivação material, formal, subjetiva ou objetiva. Ele parte do legalismo estrito e da submissão do intérprete unicamente à lei – já deixados de lado – para chegar a uma releitura do princípio da legalidade. Trata-se de uma nova formulação, mais relativista, porque a lei não exaure o Direito; antes, ao contrário, há inúmeros princípios e valores inerentes ao Estado de direito que devem ser aplicados.

Trazer à reflexão o dever de motivar o ato administrativo discricionário, a par de temas, tais como, desvio de poder e controle de legalidade, significa não só discutir um aspecto da jurisdicionalização da

---

o Direito Público; não é outro o seu eixo metodológico (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 14-15).

<sup>6</sup> É atribuída ao Conselho de Estado da França a paternidade da teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) como vício dos atos administrativos. Segundo Seabra Fagundes, é o seguinte o relato que a entranhou: “Um prefeito que tinha atribuições para regular a permanência e circulação de veículos de transporte coletivo e cargas, na proximidade das estações ferroviárias, com o fim de bem ordenar o trânsito no interesse público, usou tal poder para assegurar o monopólio de determinada empresa. Firmou-se a existência de

atividade administrativa, mas também atender a um reclamo dos tempos atuais: o exercício, sem máscaras, do poder.

O método que aqui se utiliza é o indutivo, porque se opera com a coleta de elementos, que se analisa para compor o tema.

Quanto à bibliografia, procurou-se colacionar obras, predominantemente nacionais, em número suficiente para a fundamentação das idéias aqui defendidas.

Frise-se não ter havido a intenção de esgotar a matéria tratada, que, ademais, encontra-se em plena fase de transição. É incômodo o paradoxo que se abre entre Estado democrático de direito, *res publica*, lógica do *dever*, que acompanha o Direito Público, e dispensa de motivação a atos administrativos discricionários, só porque uma verificação dos fatos mais aprofundada pelo juiz poria em risco a harmonia entre os três Poderes. O que se pretendeu aqui foi apenas contribuir para a doutrina no que tange ao debate de proposição tão estimulante.

É oportuno esclarecer que a aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do Professor Orientador, nem da Banca, nem do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ao conjunto de idéias que o fundamenta ou nele são esposadas.

## CAPÍTULO 1

### EVOLUÇÃO DIACRÔNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 1.1 Precedentes nos séculos XVIII a XX. 1.2 Princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. 1.3 Aspectos gerais da discricionariedade administrativa e de seu controle.

Uma análise adequada do tema da Administração Pública<sup>7</sup> requer que ela vá muito além da simples exposição dos conceitos ou definições que desta se possa ter hoje. Porque a Administração Pública ocupa posição central no âmbito do Direito Administrativo e constitui parte indissociável da intrincada organização estatal, o estudo dessa disciplina jurídica acompanha o modo de o Estado se transformar e atuar, até porque os valores dele repercutem na configuração de conceitos das instituições públicas, sobretudo as administrativas.

Nesse contexto, as relações de coordenação e subordinação, nas quais não há titularidade de pessoa ou de órgão público, o Direito Privado se

---

<sup>7</sup> Seguindo a lição de Hely Lopes Meirelles, a expressão *Administração Pública* será grafada com as iniciais maiúsculas quando ela se refere a entidades e órgãos administrativos; com minúsculas – *administração pública* – quando se fizer alusão à atividade ou função administrativa (*Direito administrativo brasileiro*. 24. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999. Nota de rodapé n. 1, p. 54).

No que se refere a conceitos de Administração Pública, Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*. 2.ed. rev. atual. aum.. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 30-31) apresenta os mais variados critérios acolhidos pela doutrina para tal expressão: *negativista* (atividade do Estado que não a legislativa ou a judiciária); *formal ou subjetivo* (complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas); *material ou objetivo* (complexo de atividades



sedimenta e aperfeiçoa apenas paulatinamente. Já as relações terçadas entre Estado e indivíduos, especialmente a partir da revolução científica (século XIX), passam por radical transformação e espantoso desenvolvimento.

Ressaltem-se aí a discricionariedade, que dos temas relacionados com a função administrativa<sup>8</sup>, é dos mais importantes tanto pelo roteiro que tem no comportamento da Administração quanto pela natureza das relações atingidas por esse tipo de decisão, e também o dever de motivação expressa dos atos emanados da Administração Pública no uso de tal faculdade.

De tais mudanças é que se ocupa este capítulo.

---

concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado, visando ao atendimento de necessidades coletivas).

<sup>8</sup> Conceituar função administrativa é defrontar problema tormentoso ao Direito Administrativo. Na prática tem caráter residual: é aquela que não representa nem a formulação da regra legal nem a composição das lides *in concreto*. Pode-se dizer que ela é exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacente à ordem constitucional, sob regime de direito público e com vistas a alcançar os fins pela ordem jurídica colimados. (Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.4).

## 1.1 Precedentes nos séculos XVIII a XX

A sistematização da teoria e da prática dos processos administrativos do governo não teve desenvolvimento recente, como se poderia supor. O reconhecimento da importância de ordenar racionalmente as atividades governamentais vem acompanhando a história da humanidade. Tanto é assim, que exemplos de “burocratismos até certo ponto claramente desenvolvidos”<sup>9</sup> são observados no Egito, à época do Império Novo. Eles desconstruem a tese que situa esta disciplina exclusivamente nos séculos XIX e XX, ainda que, nesse período, tenha havido um desenvolvimento sem precedentes. Advirta-se, contudo, haver atividades administrativas, mas não Direito Administrativo.

As concepções hoje aceitas sobre a Administração Pública, seja como conjunto de pessoas e órgãos que exercem, no Estado, a função administrativa, seja como “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos”<sup>10</sup>, estruturaram-se somente no Estado moderno, mais especificamente no Estado de direito<sup>11</sup>.

Espera-se que um mínimo de racionalização passe a imperar na organização estatal, para ser possível assistir ao surgimento de entidades

---

<sup>9</sup> Pedro MUÑOZ AMATO transcreve excertos de Max Weber, como o aqui ministrado, os quais demonstram a existência da burocracia já na Antigüidade (*Introdução à administração pública*. Trad. Benedicto Silva. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1958. p. 47).

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 11.

<sup>11</sup> A noção de Estado de direito já foi aduzida nas considerações iniciais deste estudo (v. nota n. 2, p. 1).

verdadeiramente administrativas e do ramo do Direito que as tem como tema<sup>12</sup>. Isso teve início em fins do século XVII, quando movimentos político-ideológicos contribuíram para a implantação do Estado moderno, do que resultaram transformações radicais na cultura ocidental. Continuaram no século seguinte (XVIII) e seu apogeu foi alcançado já no século XIX.

As sociedades dos tempos modernos viram a Igreja perder seu prestígio de autoridade suprema na moderação e conciliação dos povos e se conscientizaram da necessidade de buscar outro fator de unidade. O fracionamento do poder, uma das deficiências da sociedade política medieval, causa e conseqüência de instabilidades políticas, econômicas e sociais, gerou a necessidade de ordem e de autoridade, que passou a ser o germe de criação do Estado moderno<sup>13</sup>. Duas etapas – pode-se dizer – compuseram-no: a primeira delas é conhecida como *Estado de polícia* ou de *absolutismo tardio*<sup>14</sup>; a segunda, como *Estado de direito*. Opõem-se no campo funcional exercido pela Administração, porque, no primeiro, esta se acha legalmente incondicionada, e o preceito jurídico é o direito ilimitado de administrar; no segundo, a Administração é condicionada pela lei.

---

<sup>12</sup> Está-se falando no Direito Administrativo. A esse respeito cf. COTRIN NETO, A.B.. A administração pública e o direito no Estado antigo. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 3, p. 8, jan./mar. 1975.

<sup>13</sup> Dalmo de Abreu Dallari é quem estabelece, para fins didáticos, a configuração da sociedade política medieval como instável, heterogênea e fragmentada e aponta o cristianismo, as invasões bárbaras e o feudalismo como fatores que, conjugados, a caracterizaram (*Elementos de teoria geral do Estado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 56).

<sup>14</sup> Quem refere a esse binômio é Odete Medauar, em *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 95.

As idéias de soberania e de polícia caracterizam as monarquias absolutistas dessa época, cujo apogeu foi alcançado com o Iluminismo (século XVIII). Os príncipes é que então se tornaram os soberanos, os déspotas esclarecidos. Por isso, não prestavam contas a ninguém, exceto a Deus<sup>15</sup>. A polícia era a preocupação do desenvolvimento, do brilho e da grandeza. Na realidade, a intenção da ausência de limites não era a do engrandecimento pessoal, mas a de exaltar o ideal de racionalidade e espaiá-lo na busca de uma nação culta.

A corrente voluntarista, que deu sustentação ao absolutismo, recebeu apoio valioso da obra de Thomas Hobbes (século XVII), para quem os poderes do Estado devem estar concentrados nas mãos do soberano tanto quanto a lei não é razão, mas poder e vontade.<sup>16</sup>

Os súditos ficavam à mercê do príncipe. Nenhuma medida judicial era a ele oponível; e as relações jurídicas das quais a Administração era parte, regiam-se pelo Direito Civil e eram submetidas a tribunais que não guardavam nenhuma vinculação com o monarca<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Obviamente que a referência é feita em linguagem figurada.

<sup>16</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 84, p. 48, out./dez. 1987.

<sup>17</sup> Nesse período, na tentativa de combaterem o poder absoluto do príncipe, doutrinadores alemães elaboraram a *teoria do fisco*, em que há bifurcação da personalidade jurídica do Estado. "O patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes e mando de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 1991, p. 12).

O ideal do Estado de polícia (século XVIII) de tudo fazer pela glória e brilho da nação foi então substituído pelo do Estado liberal, que, com um mínimo de interferência, tratava de garantir o livre desenvolvimento das forças e dos impulsos sociais e econômicos. Sob o otimismo típico da época (século XVIII), acreditava-se que o equilíbrio era encontrado pela *mão invisível* da metáfora de Adam Smith<sup>18</sup>.

As aspirações liberais, garantidoras de liberdade aos administrados, provinham do reconhecimento de que o poder era limitado por um Direito que lhe era superior, cuja mudança exorbitava do alcance dele: um Direito Natural<sup>19</sup>, porque inerente à natureza do homem. Era exatamente a fronteira que sua atuação legítima não podia ultrapassar. Correspondia essa fase ao Estado de direito.

Estruturado inicialmente sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, visava assegurar os direitos individuais não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Instaurado um conflito entre o Estado e o indivíduo, a sua composição não se há de fazer

---

<sup>18</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo. 1997, p. 30. Adam Smith, autor escocês, viu no interesse próprio de cada indivíduo o motor mais poderoso para conseguir, de maneira espontânea, a harmonia natural. É famosa sua metáfora da mão invisível: Deus. Deixar o homem livre para procurar aquilo que seja o seu bem; agir conforme o que julgue melhor; assim, pode-se estar certo de que a "mão invisível" o guiará para que realize o melhor para o indivíduo e, conseqüentemente, para todos.

<sup>19</sup> Para o Direito Natural (o Jusnaturalismo), há uma "lei natural eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social ou, mesmo, da consciência e da razão do homem". (WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2. ed. rev. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 147-148).

autoritariamente, o que vale dizer arbitrariamente, mas juridicamente, o que vale dizer vinculadoramente<sup>20</sup>.

É a época do constitucionalismo, que vê a constituição como instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida em que ela limita o arbítrio do poder público. A idéia da vontade do rei como fonte de todo o Direito cede lugar à lei como resultante da vontade geral.

As reações contra o Estado liberal<sup>21</sup> ocorreram em meados do século XIX, inaugurando um período de evolução sob o acicate da Revolução Científica, que alterou tanto as necessidades da vida humana quanto a própria concepção do homem e do universo.

O êxito das ciências naturais granjeou, para o método científico, um prestígio que dominou a ideologia da época e que penetrou todos os campos do conhecimento e da prática. A atitude cientificista triunfou sobre a escola do Direito Natural e impôs o método positivista de observação, indução e experimentação. As normas que regiam a conduta humana em sociedade foram deslocadas para o ideal que buscava a exatidão do conhecimento dos fatos, dos quais derivavam generalizações descritivas.

Em todos os setores prevalece a atitude científica, o empenho em analisar a realidade tal como é para predizer os acontecimentos e, em alguns casos,

---

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. rev.aum. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 28-29.

<sup>21</sup> O *Estado liberal* aqui mencionado é compreendido, para fins didáticos, como a primeira fase do *Estado de direito*, seguido do *Estado social de direito* (Estado do bem-estar social e Estado legal) e *Estado democrático de direito*. A orientação seguida é a de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 11-39.

até para converter as interpretações descritivas em fórmulas de validade normativa<sup>22</sup>.

A Revolução Industrial teve especial significação, pois o progresso tecnológico e as novas formas de organizar o trabalho para a produção em massa geraram o caudal de técnicas administrativas que caracteriza o capitalismo.

A visão liberalista<sup>23</sup> do Estado como simples espectador dos acontecimentos entrou em colapso. Em lugar dela surgiu a visão intervencionista, que divisava o Estado como partícipe da tarefa de melhorar as condições de vida. Essa visão se bifurcou: uma, radical, a do *Estado social de direito*, dominador e hipertrofiado, repressor da iniciativa particular para o controle amplo dos processos de produção, circulação e consumo de riquezas, em que o resultado é o sacrifício da liberdade individual em favor do êxito econômico; outra, moderada, a do *Estado do bem-estar social* ou *welfare state* (em meados do século XIX), que disciplina os fenômenos econômicos e as forças de trabalho.

---

<sup>22</sup> MUÑOZ AMATO, P. *Introdução à administração pública*, 1958, p. 51.

<sup>23</sup> Para Ubiratan Borges de Macedo (*Liberalismo e justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995. p. 21), o “liberalismo abrange a política, a cultura e a economia, uma visão sobre a sociedade, a educação, relações entre sexos, papel da mulher e da Igreja na sociedade ... Não há definições perfeitas do liberalismo, pois ele é antes uma práxis histórica continuada ao longo dos anos do que uma doutrina individual”. Basicamente, o liberalismo representou uma atitude de defesa do indivíduo desafiando atos arbitrários; voltou-se contra o absolutismo político; e a sociedade estamental do *ancien régime* travou combate com a economia feudal estéril, que, com as corporações de ofício, obstava a liberdade de iniciativa econômica e o progresso.

A tendência do Estado na época era a da escola do *voluntarismo jurídico*, que fez o Direito verter da razão e que o desvincula da idéia de justiça, passando a lei a constituir apenas uma ordem.

A concepção do Estado de direito direcionou-se ao formalismo, com o esquecimento dos valores de liberdade e igualdade, pela influência de muitas teorias deformadoras, em especial a de Kelsen. Estado de direito passou a significar observância de regras de competência e forma, sem preocupação com o conteúdo de justiça das atuações governamentais. Menciona-se, com freqüência, que a ascensão dos nazistas ocorreu com toda a cobertura legal; a Alemanha, que foi o berço do Estado de direito, renegou-o no período nazista. O advento dos Estados totalitários, que, na sua atuação, negavam os postulados do Estado de direito, mas pretendiam apresentar-se como tal, trouxe confusão conceitual. A doutrina buscou, então, associá-lo novamente a valores.<sup>24</sup>

Traço característico da Administração, no século XIX, foi o de ser informada pelo princípio da hierarquia, que passou a enaltecer a relação entre indivíduos no interior da mesma, em vez da relação de coordenação de atos e comportamentos norteados por valores diversos.

Do excessivo formalismo resulta a Administração 'por documentos': o que não é documento não existe; a preocupação com a legalidade (na verdade legalismo) deixa em segundo plano o aspecto de resultado ou de 'mérito'.<sup>25</sup>

A Administração fecha-se sobre si mesma, por ter vida autônoma, e reproduz a quase ausência de comunicação entre Estado e sociedade,

---

<sup>24</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 1992, p. 97-98. Cumpre observar não ser esta a idéia defendida pela autora. O excerto é trazido tão-só para ilustrar o conteúdo apresentado.



predominante no século XIX. E, embora todo o ideário axiológico que informa as instituições estatais se volte para a valorização do indivíduo e de seus direitos, o tipo de Administração decorrente o mantém na condição de súdito ante as recusas dela em indicar os motivos de suas ações, responder a requerimentos e dar vista a documentos.

As conseqüências danosas produzidas pelo positivismo legalista e o insucesso do Estado social na conquista dos valores tão apregoados pelo liberalismo provocaram reações que vincula a lei aos ideais de justiça, bem como estabelecer normas consagradoras da participação popular em vários setores da Administração.

À concepção de Administração Pública unificada, típica do século XIX, seguiu-se então, no século seguinte, uma concepção desagregada, cuja confusão organizacional foi tornada regra, a tal ponto de suscitarem dúvidas quanto à controlabilidade pelo poder central.

Em virtude das mudanças havidas no modo de atuar do Estado, cresceram também as atividades. Assim, as funções assumidas pelo Estado da segunda metade do século XX passaram a ser realizadas principalmente pelos órgãos e entidades administrativos. “À burocracia guardiã, segue-se a burocracia prestacional”.<sup>26</sup> As atividades passaram a ser variadas, assim como os meios e os fins: enriqueceram-se as funções; cresceram a

---

<sup>25</sup> MEDAUAR, Odete, 1992, p. 125.

<sup>26</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 1992, p. 127.

tecnicização das atividades e a necessidade de pessoas dotadas de conhecimentos altamente especializados.

O aparato administrativo encontra-se cada vez mais relacionado ao contexto no qual está inserido. Grupos e associações exercem pressão para o atendimento de seus pedidos, de modo que a Administração acaba por ampliar seu espectro, envolvendo-se em relações múltiplas, a ponto de inclusive assumir o papel de mediadora entre grupos na busca de consenso. Dessa interação decorre a preocupação com o resultado, com a eficiência das providências dela.

E se essas transformações expressam mais tendências do que alterações em profundidade da Administração Pública, importa realçar que contribuíram para jurisdicionalizar sua atividade, que passa a defender o direito por ela própria violado, ao encerrar e permitir um controle – mínimo que seja – dos seus atos.

## **1.2 Princípios constitucionais norteadores da Administração Pública hoje vigentes**

A análise desses três últimos séculos, em que a sistematização da atividade administrativa do Estado alcançou seu ápice, permite constatar que, ora com maior ora com menor grau de liberdade e na esteira dos ideais que inspiraram a época, toda a trajetória da atividade administrativa girou em torno da possibilidade de sujeitá-la a uma concepção de legalidade, qualquer que tenha sido, no intuito de controle.

No Estado de polícia, o atuar administrativo se confundia com o do rei, tanto que ato discricionário podia significar, nele e só nele, um ato arbitrário ou um ato oportuno e justo, dependendo dos desmandos reais.

O Estado liberal de direito trouxe a substituição da vontade do príncipe como fonte de todo o Direito pelo juízo da lei como resultante da vontade geral. Tal fato, por um lado, representou um avanço e, por outro, vinculou, apenas negativamente, a ação administrativa, já que só eram impostas barreiras externas à autodeterminação dela.

O Estado social de direito veio substituir a anterior doutrina da sujeição negativa da Administração à lei pela positiva: não se podia conceber a Administração desvinculada do sistema jurídico.

Na realidade, o Estado Social de Direito (ou Estado Legal), sob determinado aspecto representa um avanço, porque coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei. Mas, vista a questão sob o aspecto da evolução sofrida pela própria

idéia de lei, houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além do que passou a promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da idéia de justiça<sup>27</sup>.

Já em tempos hodiernos, o modo e o meio por excelência da atuação da Administração são os atos administrativos, que expressam sempre a superioridade, o *imperium* do Estado, sendo, porém, autorizados por lei. E, sob os auspícios do Estado de direito, na missão de controlar esses atos bem como a própria Administração, surge a necessidade de os cotejar com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo, em sua dimensão de rede hierarquizada de princípios, normas e valores, em lugar da antiga concepção, que se concentrava no ineliminável princípio da legalidade<sup>28</sup>.

À guisa de introdução, princípios derivam da geometria, das premissas de seu sistema e designam verdades primeiras, universais. Da concepção civilista preponderante nas primeiras décadas do século XX, segundo a qual princípios têm vida própria pelo simples fato de serem princípios, a doutrina deu seu passo mais largo à conceituação atual, identificando neles um traço de normatividade.

---

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 1991, p. 28.

<sup>28</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. 168 p.

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência, os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas<sup>29</sup>.

A juridicidade dos princípios passa por três fases distintas. A primeira, *jusnaturalista*, é a mais antiga e tradicional. Nela os princípios habitam uma esfera abstrata, com normatividade nula ou duvidosa, contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa da noção que inspira os postulados de justiça. Concebe-os como axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão.

Na fase posterior, a *juspositivista*, os princípios já entram nos códigos como fonte normativa subsidiária. Já estão no direito positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. O valor dos princípios não decorre de serem eles editados pela razão ou de constituírem um direito natural, mas de que derivam das próprias leis.

O *pós-positivismo* corresponde à terceira fase e equivale aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios e os convertem em "pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 232.

<sup>30</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 1997. p. 237.

O ponto central da grande transformação principiológica reside no caráter e no lugar da normatividade dos princípios, que salta dos códigos, nos quais os princípios eram fontes de mero teor supletivo, para as constituições<sup>31</sup>, fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Os princípios ocupam, no Direito Positivo hodierno, espaço tão vasto, que já se admite até falar em *Estado principial*<sup>32</sup> na fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de direito.

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam da normatividade e do exercício do poder, conforme as mais arraigadas exigências da natureza humana, e dêem nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na constituição.

No Brasil, os princípios norteadores das relações de administração encontram-se, em geral, agasalhados de modo expresso e até reiterado no Texto Constitucional<sup>33</sup>, não obstante outros somente serem conhecidos por inferência ou por desenvolvimento interpretativo.

---

<sup>31</sup> Constituições são sistemas abertos de regras e princípios, cuja estrutura é dialógica, “traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165); de modo que todo princípio fundamental é norma das normas, e a constituição é a soma de todos os princípios fundamentais. (BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 1997, p. 365).

<sup>32</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 1997, p. 264.

<sup>33</sup> Cumpre relevar que os princípios constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas “princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando ao ideal e Justiça materialmente buscado

São arrolados pela Carta da República Federal, artigo 37, *caput*, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo este último sido acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

Além desses princípios, há outros que são implícitos, dotados de atributos vinculantes, imperativos e coercitivos, tanto quanto o são os princípios e as regras constitucionais expressos. Não obstante sejam vários, interessam aqui os que guardam relação direta com o dever de motivação expressa, podendo-se citar os seguintes: supremacia do interesse público sobre o interesse privado; finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, subsidiariedade e controle judicial dos atos administrativos.

#### *Princípio da legalidade*

É certamente a diretriz básica da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei<sup>34</sup>.

Cumpra, neste sentido, recordar a evolução pela qual a Administração Pública passou: do estreito legalismo, que impunha servidão do intérprete à lei e formalismos excessivos aos seus atos, para uma posição principiológica substancialista, que confere autonomia relativa ao princípio da legalidade.

---

pela sociedade" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.28).

<sup>34</sup> Frise-se que o fato de toda a atividade administrativa dever ser por lei pautada não significa observância irrestrita ao princípio da legalidade. Ao contrário. Defende-se aqui atenção a toda uma rede principiológica expressa e implícita na Constituição da República.

Deve-se entender a expressão *autorizada por lei* como submissão ao regramento jurídico. Isso porque o tradicional entendimento de completa subordinação administrativa à lei mudou, ou seja, a função de garantia dos direitos permanece, mas a concepção do princípio da legalidade que girava tão-somente em torno da lei é que acabou por soçobrar. As bases administrativas são outras: a dos preceitos fundamentais, que norteiam todo o ordenamento jurídico.

A aplicação do princípio da segurança jurídica é exemplo elucidativo da relativização do princípio da legalidade<sup>35</sup>:

A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos (...) sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Pode parecer paradoxal a afirmação, eis que já se afirmou ser o princípio da legalidade a diretriz da Administração (*vide* p. 22); entretanto, com ela se quer dizer que a idéia do Direito reduzido à legalidade foi substituída pela noção de juridicidade. É que a constitucionalização dos princípios gerais de Direito acabou por ocasionar o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que reinou absoluto, por muito tempo. Assim, não é possível mais solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. “Como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito “por regras” ao “direito por princípios”, ocorre a substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública” (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.24). A noção de legalidade é reduzida ao sentido estrito de *conformidade* dos atos às leis, às regras; a juridicidade abrange a conformidade dos atos às regras jurídicas e exige que a produção desses atos não contrarie os princípios previstos na Constituição da República.

<sup>36</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo. 1987, p. 47.



É bastante recente a admissão de limites à aplicação do princípio sob comento, até então tido como incontestável, porque abriga hipóteses em que a confiança dos indivíduos em atos do Poder Público, que diretamente lhes dizem respeito e lhes outorgam vantagens, precisa ser resguardada, eis que são atos regulares, praticados com a observância das leis e dos princípios constitucionais.

O princípio da legalidade é a base dos princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atividade da Administração. Os demais princípios servem para esclarecê-la e explicitar-lhe o conteúdo. Mas, com essa assertiva, não se quer dizer que haja uma hierarquia de importância; apenas que desse princípio derivaram os demais.

#### *Princípio da impessoalidade*

Impessoal é o que não pertence a nenhuma pessoa em particular ou a ninguém em especial, mas a todos, de tal sorte que o princípio da impessoalidade visa à igualdade de tratamento dispensado pela Administração àqueles que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Ele parece derivar do princípio geral da igualdade<sup>37</sup>, que, de certa forma, traduz a vedação constitucional à discriminação ilícita e que atente contra a dignidade do homem.

---

<sup>37</sup> Com tal assertiva concordam Juarez Freitas (*O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 64) e Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 2000, p. 84). Dela discorda Lúcia Valle Figueiredo, para quem impessoalidade é qualidade de impessoal, de independente. Assim, impessoalidade, imparcialidade são preceitos que impõem à autoridade pública, no exercício

Em última análise,

quer-se, através da implementação do referido princípio, a instauração, acima de sinuosos personalismos, do soberano governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunho personalista e antagônicos à consecução do bem de todos<sup>38</sup>.

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração significa, simultaneamente, que atuações administrativas se destinam a fins públicos e coletivos e dele não se devem beneficiar pessoas em particular e que atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa, em nome do qual o funcionário age.

A prática do nepotismo e o uso da máquina administrativa, quer para promoção pessoal ou política do administrador, quer para quaisquer outros fins que não os do interesse público, o que transforma a atividade administrativa neutra em personalizada, constituem violações graves e infelizmente corriqueiras a tal princípio. Em outras palavras, a personalização administrativa pode configurar uso indevido do poder ou desvio de finalidade.

### *Princípio da moralidade administrativa*

---

da atividade administrativa, a consideração objetiva dos interesses públicos e privados a avaliar; implicam ao administrador estabelecer regras objetivas de agir (*Curso de direito administrativo*. 1994, p. 49). Aqui se entende ser a primeira a mais plausível.

<sup>38</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 1997, p. 65.

A promulgação da Lex de 1988 dá contorno positivo a um tema que dominou quase todo o século XX: a relação entre direito e moral.

Preocuparam-se em separá-los as razões históricas dos séculos XVII e XVIII, em que o homem tomava consciência de sua liberdade e pretendia que lhe fosse reservada uma área livre da intromissão do monarca.<sup>39</sup>

Na concepção hodierna, Administração e agentes públicos têm que atuar dentro de princípios éticos<sup>40</sup>, ou seja, igualdade na aplicação da norma ou licitude na conduta pública.

A moralidade administrativa resulta de uma moral extraída do conjunto de valores pelo qual a sociedade pauta sua conduta. Ao contrário da moral comum, em que se pressupõe a liberdade do indivíduo de fixar seus

---

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. p.98.

<sup>40</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2.ed. Curitiba: Genesis, 1993. p. 19.

É importante distinguir algumas definições, como as de moral – tomada em sua acepção genérica e não a administrativa – , ética e direito, porque se entende que grande parte da resistência ao reconhecimento da moralidade como norte da atividade administrativa resulta da própria imprecisão de seu conceito.

Segundo CARLIN, Volnei Ivo (*Deontologia jurídica: ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 36), “a moral tem por objeto o comportamento em sociedade, as relações entre pessoas e, ao final das contas, a maneira como um indivíduo trata o outro ...”

A ética “expõe e fundamenta princípios universais sobre a moralidade dos atos humanos (...) traduzindo-se, enfim, no respeito a regras de conduta não sancionadas por outras normas” (CARLIN, Volnei Ivo. *Ibidem*. p. 33-34 e 37).

O direito “se consubstancia num conjunto de regras obrigatórias para que todos vivam em sociedade e sancionadoras em caso de seu descumprimento” (CARLIN, Volnei Ivo. *Ibidem*. p. 34).

A este propósito, duas outras definições são importantes. A de *deontologia*, que opera no campo profissional e que tem relação com os deveres de certo ofício; e a de *bioética*, cujo nome, um neologismo, significa ética da vida e que se origina da verdadeira revolução científica por que vêm passando a medicina e a genética molecular, acompanhada de questões éticas a reclamarem “o estabelecimento de limites definidos no âmbito da pesquisa, sob o forte argumento de se preservar a dignidade humana” (CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio. 1998. p. 167).

próprios fins, a moral administrativa é orientada pelo resultado; a finalidade institucional deve ser atendida<sup>41</sup>.

A noção de moralidade administrativa, na realidade, nasce vinculada à de desvio de poder<sup>42</sup>, pois, tanto em uma quanto em outro eram utilizados meios lícitos para atingir finalidades irregulares. A partir disso, muitos autores entenderam que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que atinge os atos administrativos. A moral administrativa, assim relacionada à disciplina interna da Administração, permitia apenas um controle interno, impossibilitando ao Judiciário a verificação do mérito e da moralidade.

Quando se pretende sujeitar a moralidade administrativa ao exame judicial, o desvio de poder passa a ser visto como hipótese de ilegalidade, ficando submetido, portanto, ao mesmo controle. Mesmo o desvio de poder caracterizando vício na consciência de quem pratica o ato, ainda assim a matéria passa a integrar o conceito de legalidade administrativa, e “o direito amplia seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito à moral”.<sup>43</sup>

A moral administrativa constitui pressuposto da validade de todo ato da Administração, sem a qual toda atividade pública é ilegítima. Ela é também um dos fundamentos da ação popular, sendo considerado nulo o ato

---

<sup>41</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos*. [on line] Disponível na Internet via <<http://www.ussc.alltheweb.com>>

<sup>42</sup> Cf. CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 37.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 1991, p. 103.

administrativo praticado “visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra da competência”<sup>44</sup>.

Ao lado do princípio em análise, encontra-se a noção de bom administrador, que deve desempenhar o cargo “assumindo condutas jurídicas, pelas quais se realiza a função administrativa, juntar uma reta intenção moral a uma atividade jurídica correta – isto é – marcada pela estrita legalidade de seus atos”<sup>45</sup>.

A figura do *ombudsman*, órgão que auxilia diretamente a Administração em países como a França (onde é chamado *médiateur*), é excelente colaborador dos poderes públicos, por ajudar no exame do ato, retificando os que forem irregulares, viciados ou de eficácia duvidosa,<sup>46</sup> e por ter caráter informal, de acesso direto ao administrado, eis que se trata de uma pessoa física e não de um órgão burocratizado.

### *Princípio da publicidade*

Por força do princípio em epígrafe, os atos administrativos devem merecer a mais ampla divulgação entre os cidadãos. Trata-se da transparência dos atos da Administração Pública, de tal sorte que ela nada oculte, mas, antes, suscite a participação do administrado.

---

<sup>44</sup> Lei n. 4.717/65, art. 2º, e.

<sup>45</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ética e administração pública, *Genesis – revista de direito administrativo aplicado*, Curitiba, v. 1, p. 82, abr. 1994.

<sup>46</sup> FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. A moralidade administrativa nos atos e contratos administrativos. *Genesis – revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 1, abr. 1994.

A questão da publicidade dos atos traz a lume o caráter público do poder,<sup>47</sup> um dos critérios fundamentais para distinguir entre o Estado constitucional e o absoluto. Nada além do ideal iluminista: iluminar e esclarecer as amplas camadas sociais para tornar mais justa a sociedade.

*Publicidade* significa a “comunicação transparente à sociedade dos atos, contratos e procedimentos da Administração Pública e funciona, no mais das vezes, como requisito para a geração de efeitos jurídicos plenos em face da sociedade”.<sup>48</sup>

Em sede administrativa, o sigilo só é admitido, a teor da Constituição da República, artigo 5º, XXXIII, quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, a exemplo dos assuntos relacionados à segurança nacional.

#### *Princípio da eficiência*

A Emenda Constitucional n. 19, de 1998, chamada de *Reforma Administrativa*, acrescentou aos demais princípios constitucionais o da *eficiência*. A este propósito, cabem parênteses aqui. Diz-se que a *eficiência*, contrariamente ao que se supõe, jamais será princípio, mas finalidade, consequência.

---

<sup>47</sup> Dele se ocupa Norberto Bobbio nas obras: *O futuro da democracia: por uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. 171 p.; e *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990. 173 p.

<sup>48</sup> FREITAS, J. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 1997, p. 70.

Em todo o caso, a idéia é de ação, de resultado rápido e preciso. Ao ser referida à Administração, significa ação rápida para produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população.

Eficiência contrapõe-se a lentidão, descaso, negligência e omissão. Logo, não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade em face da antiga impotência para lutar contra a deficiência na prestação de serviços.

O princípio traduz o dever jurídico que impende sobre o agente público de produzir de modo eficiente em situações reais e concretas, de tal forma que a conduta administrativa dele deve ser modelada pelo *dever de boa administração*, o que implica não só obediência à lei e honestidade, mas produtividade, profissionalismo e adequação técnica do exercício funcional em favor da satisfação do interesse público.<sup>49</sup>

#### *Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*

É o princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. A especificidade dele reside em prescrever que, em caso de colisão, o que deve preponderar é a vontade geral, não mais a do monarca. Em outros termos, a vontade do grande grupo é preferível à pertencente a determinados

---

<sup>49</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 32-33.

segmentos sociais. Não radica em dispositivo constitucional, mesmo que outros princípios impliquem manifestações concretas dele<sup>50</sup>.

É através dele que a Administração, nos termos da lei, pode constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Por força desta posição, ela pode também executar a pretensão traduzida no ato, sem recorrer às vias judiciais (auto-executoriedade), e revogá-lo quando inconveniente ou inoportuno (autotutela).

Claro que a Administração tem a compostura que a ordem jurídica lhe confere na Constituição e nas leis. Por isso, as prerrogativas que exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração: esta não dispõe de poderes, mas de deveres/poderes<sup>51</sup> no desempenho de sua função.

### *Princípio da finalidade*

Este princípio é inerente à legalidade. Sua raiz constitucional brota da própria consagração do princípio da legalidade.

Ele impõe ao administrador, no manejo de sua competência, atuar com rigorosa obediência às finalidades das leis: não apenas à finalidade

---

<sup>50</sup> Por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente (artigo 170, III, V e VI) ou os pertinentes à esfera administrativa, como os elencados no artigo 5, XXIV e XXV.

<sup>51</sup> Mais à frente, quando se tratar da discricionariedade, ver-se-á que a Administração Pública tem o dever de buscar o atendimento de certa finalidade e que os poderes seriam instrumentos para o manejo de tal desiderato (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000. e em *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. 110 p.).



própria de todas as leis , a saber, o interesse público, mas também àquela *específica*, abrigada na lei que executa.

Desde que o princípio da finalidade exija que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, é defeso ao administrador buscar outro objetivo ou praticá-lo no interesse dele próprio ou de terceiros. O que se veda são os atos administrativos destituídos de interesse público ou de conveniência à Administração, visando apenas a interesses privados, o que caracteriza o desvio de finalidade<sup>52</sup>.

#### *Princípio da razoabilidade*

Este princípio é essencial no que diz respeito a limitar a discricionariedade.

As raízes do *princípio da ponderabilidade*, como também é chamado, ensina Volnei Ivo Carlin<sup>53</sup>, são identificadas nos interesses da sociedade e também na Sociologia, porque a aplicação do Direito não pode ser algo puramente técnico ou prescindir de valorações e estimativas. Tomar decisões complexas, no afã de atender a interesses, não é simplesmente prosseguir caminhos racionais para obter resultados; é preciso usar a *lógica do razoável*.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> O desvio de finalidade ou desvio de poder constituem objeto do próximo capítulo (p. 81), que trata especificamente deste tema.

<sup>53</sup> CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*. Florianópolis: OAB, 2001. p. 98.

<sup>54</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que na Filosofia essa *lógica do razoável* parte de Dilthey (razão histórica), de Dewey (experiência prática) e, sobretudo, de Ortega y Gasset (razão vital e histórica); no Direito, a gênese pode ser identificada na jurisprudência

A Constituição Federal da República não o menciona explicitamente, a despeito de ter sido incluído no projeto original, dentro do dispositivo do qual resultou o artigo 37.<sup>55</sup> Nem por isso deixa de existir o princípio da razoabilidade como inerente à atividade estatal, uma vez que se tenha em mente a idéia de princípio como proposição posta na base do sistema jurídico. Mas é fácil vê-lo fulcrado nos mesmos preceitos dos princípios da legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (artigo 5º, LXIX).

Com ele, a lei quer condicionar a atuação administrativa, no exercício de sua discricção ou discricionariedade, ao senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que autorizam o exercício da competência.

Em outras palavras: “A razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade”<sup>56</sup>.

Nos casos em que a lei confere margem de discricção ao agente administrativo, ele tem a obrigação de adotar, ante a diversidade de

---

sociologia, como se disse, desenvolvida nos fins do século XIX por Oliver Wendel Holmes, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e, na Alemanha, pelos expositores da *jurisprudência dos interesses*, com Philipp Heck, Max Rümelin e Heinrich Stoll, em destaque. Sob o influxo dessas linhas de pensamento, a preocupação formalista foi cedendo lugar ao primado dos interesses tutelados (em: *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 55).

<sup>55</sup> No projeto de Constituição de Bernardo Cabral constavam: a *motivação suficiente*, como condição de validade dos atos administrativos, e a *razoabilidade*, como requisito de sua legitimidade. A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, prevê o princípio expressamente.

<sup>56</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 1994, p. 42.

situações, a providência mais adequada. Daí ser o respeito à lei justamente o parâmetro de atuação discricionária da Administração.

Isso significa justeza dos motivos que deram origem à atuação *in concreto* da Administração; e, como tal, só será auferível e, em consequência, contida a discricção, se motivado for o ato administrativo.

### *Princípio da proporcionalidade*

Este princípio é uma faceta do princípio da razoabilidade. Pode ser entendido como “máxima fundamental para a ordenação do relacionamento do Estado com os indivíduos a ele submetidos, em seu conjunto e isoladamente, ao impor a compatibilidade das ‘razões de Estado’ com a realização das finalidades da existência humana”.<sup>57</sup>

Redescoberto nos últimos duzentos anos, sua acolhida e aplicação pelo Direito, especialmente o alemão que lança suas raízes mais profundas na doutrina e na jurisprudência, podem ser entendidas como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jusfilosóficas posteriores à segunda guerra mundial. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, põem em evidência a dimensão valorativa do Direito, bem como a busca de critérios para a correta aplicação dele em fontes além da legislativa. A seara tradicional dele é constituída pelo Direito Administrativo. A grande novidade é que, em fins do

---

<sup>57</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989. p. 69.

século XX, a aplicação dele se estendeu ao domínio do Direito Constitucional, assim como aquele da razoabilidade.

Este princípio jurídico se revela importante na medida em que expressa um pensamento que é aceito como justo e razoável em geral e que apresenta comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, mas também em outras disciplinas, ao se tentar descobrir o meio mais adequado, compatível e apropriado (em extensão e intensidade)<sup>58</sup> para atingir certo objetivo.

Para melhor compreensão, pode-se decompô-lo em três subprincípios<sup>59</sup>: *adequação (a)* dos meios pelo legislador utilizados na consecução dos fins colimados; *necessidade (b)* da utilização daqueles meios em lugar de um outro menos gravoso; e *proporcionalidade em sentido estrito (c)* ou efetiva razoabilidade da medida, aferida por meio do ato de sopesar o significado da intervenção com os objetivos pretendidos pelo legislador.

### *Princípio da subsidiariedade*

---

<sup>58</sup> Marino Pazzaglini Filho traz exemplos do que seria o meio apropriado em extensão e intensidade: agente sanitário que, no exercício do poder de polícia, fecha toda a praça de alimentação de um *shopping*, em lugar de interditar apenas as lojas que vendem alimentos deteriorados ou, quando recebe reclamação de poluição sonora em via pública, interdita todos os bares e casas noturnas, em vez de averiguar e punir os que efetivamente a causam (*Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. 2000, p. 44).

<sup>59</sup> Consulte-se também a obra de BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 194 p.

É princípio pouco conhecido e está intimamente relacionado com a reestruturação do Estado e com sua atuação (subsidiária) na sociedade.

A subsidiariedade comporta várias investigações, diz José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>60</sup>. Trata-se de noção discreta e solitária.

Muitos conceitos jurídicos decorrem de regras, princípios, ou conceitos primários que os condicionam; o mesmo não ocorre com a subsidiariedade, porque seu conhecimento não provém diretamente de uma teoria que permita designar ou compor concepção anterior; não determina sentido jurídico preciso para que possa ser usada pelo legislador, agente administrativo ou juiz.

Etimologicamente, *subsidiário, subsidiariamente ou subsidiariedade* provém do termo latino *subsidium*, derivado de *subsidiarius*<sup>61</sup> e dá a idéia de complementariedade, secundariedade. Exemplificando, na ausência de regras, o princípio serve de suplemento.

A doutrina<sup>62</sup> aponta antecedentes do princípio da subsidiariedade pode ser encontrada no Direito Canônico (Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931).

Ainda que seu conceito seja fluido, pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção estatal. Postula o

---

<sup>60</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.23.

<sup>61</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, 1997.p. 23.

<sup>62</sup> A obra-referência é a de José Alfredo de Oliveira Baracho; entretanto, ele cita vários autores que sobre o tema se dispuseram a escrever (*O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, 1997. nota n. 1, p. 25).

respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos e também participação da sociedade civil.

Em análise global, o princípio da subsidiariedade não pode ser considerado nele próprio, eis que está constantemente ligado a um outro: o da unidade. E, como tal, deve ser entendido vinculadamente a noções de justiça, regulação, e às grandes questões inerentes a finalidades e funções do Direito.

#### *Princípio do controle judicial dos atos administrativos*

Em razão de, no Direito brasileiro, viger a unidade de jurisdição, nenhuma contenda há de ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, por força da Constituição da República, artigo 5º, XXXV. Esse Poder detém a universalidade da jurisdição, competindo a ele resolver em definitivo quaisquer litígios de direito.

Nessa ordem de idéias é que se estranha ainda a resistência, especialmente por parte da chamada doutrina tradicional<sup>63</sup>, em opor

---

<sup>63</sup> Citem-se: - Miguel Seabra Fagundes (Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951) para quem a grande diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside na sindicabilidade, ou não, pelo Judiciário. Em outros termos, em havendo mérito, não há controle de legalidade, eis que um e outro se opõem; não existindo aquele, pode o ato ser verificado pelo juiz; - José Cretella Júnior (O mérito do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 79, p. 23-37, jan./mar. 1965) quando sustenta que só quem edita atos administrativos, *in casu*, a Administração Pública, é capaz de valorar as razões, os motivos, a justiça e a moral do ato. Para ele, é exame subjetivo, portanto, não pode ser procedido pelo Judiciário; - ainda: "Ao Judiciário é vedado, no exercício do controle jurisdicional, apreciar o mérito dos atos administrativos, para dizer do acerto da justiça, da utilidade, da moralidade, etc., de cada procedimento. Não pode o juiz substituir-se ao administrador; compete-lhe, apenas, contê-lo nos estritos limites da ordem jurídica ou compeli-lo a que os

obstáculos a que o Judiciário proceda ao controle do ato administrativo, sob o argumento de que o mérito – a indagação política da conveniência e oportunidade – não deve ser objeto de análise, devendo ele restringir seu controle à conformação, ou não, com a lei.

Hoje se percebe que a falta de delimitação clara entre o mérito e a legalidade que compõem o ato administrativo discricionário pode conduzir à visão errônea de que a investigação judicial chegue ao ponto de substituir o critério administrativo pelo critério do togado.

Em verdade, tão-só a verificação da racional adequação entre ato praticado e o fim legal é que está em pauta. Ademais, são exigências do dever de boa administração e do princípio da eficiência que se coadune a providência administrativa que sobre o administrado pesa a tais parâmetros. E isso só será possível quando se entender que a ampla investigação dos fatos não invade a esfera da discricionariedade administrativa.

O controle judicial, a par do princípio da legalidade, constitui também um dos fundamentos que sustenta o Estado de direito. De pouco adiantaria a Administração Pública sujeitar-se à lei se os atos dela não pudessem ser controlados por um órgão dotado da garantia de imparcialidade para apreciar e invalidar os atos ilícitos que ela pratica<sup>64</sup>.

---

retome' (TJSP, REO 165.977)", cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.101, nota n. 13.

<sup>64</sup> Em se tratando de controle, é reconhecido à Administração Pública a possibilidade ampla de revisão do ato administrativo – mérito e legalidade. Há assim uma possibilidade de distinção dos motivos que invalidam aquele, disto decorrendo a revogação e a anulação. A revogação se dá por análise de conveniência ou oportunidade, e só quem emite a providência pode revisá-la sob estes aspectos. É pacífico este entendimento, tendo o

### *Princípio da motivação*

Percebe-se ser relativamente recente a atenção que a doutrina administrativa vem dispensando a este princípio. Enquanto, em Portugal, ele vem expresso na Constituição, por aqui seu fundamento se encontra implícito em alguns artigos da Carta Federal, tais como: no 5º, XXXV, já mencionado, que assegura o direito de apreciação, pelo Poder Judiciário, de toda ameaça ou lesão a direito; no dispositivo que exige a motivação de todas as decisões administrativas dos tribunais (artigo 93, IX e X); além de, por óbvio, na exigência contemporânea do dever de boa administração e de conduta administrativa transparente.

O dever de observância de tal princípio não é apenas do Poder Judiciário, mas dos Poderes Públicos em geral. Ora, se a Carta de 1988 impõe àquele, quando no exercício de função atípica, a motivação de toda a atividade administrativa por ele realizada, é evidente que essa exigência constitucional, frente ao princípio da isonomia<sup>65</sup>, cabe aos demais Poderes.

Para a Administração Pública, o princípio significa o dever de ela justificar e fundamentar seus atos, bem como de apontar os fundamentos de direito e de fato, tais como a correlação lógica entre os eventos que ela deu por existentes e a providência que tomou. Destina-se a aclarar a conduta

---

Supremo Tribunal Federal sumulado a matéria. Súmula 473 – “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.



administrativa e compará-la com a estabelecida em lei, sobre a qual ela se estriba. O ato administrativo passa, então, de justificável a justificado.

Este princípio é fulcral entre os princípios constitucionais que regulam a função administrativa, na medida em que ele volve o olhar para o caráter democrático do Estado em ação, porque afirma a supremacia dos direitos do administrado, que, sabendo a razão da providência administrativa, pode conter e controlar a autoridade.

O rol de princípios apresentados, articulados de tal modo que não se excluem nem sobressaem uns aos outros, representa, sem dúvida, mais que duzentos anos de avanços e retrocessos. Os princípios, ao darem contorno à atividade administrativa não divorciada da realidade dinâmica da sociedade, carregaram em sua trajetória, desde os códigos até as constituições, toda a fecundidade e possibilidade de atualização, permitindo à Constituição renascer e se adequar ao sentido acolhido por seu povo daquilo que seja justo.

---

<sup>65</sup> Ou princípio da igualdade, explicitamente consagrado na Constituição da República, artigos 5º e 37, ambos no *caput*.

### 1.3 Aspectos gerais da discricionariedade administrativa

Com o advento do Estado de direito (século XVIII), as grandes discussões suscitadas em seara administrativa são a da sobrevivência, ou não, da discricionariedade e o modo como conciliar aquela *liberdade* atribuída à Administração com a observância da rede principiológica que informa o Direito Administrativo.

A Administração Pública, entendida inicialmente como técnica a serviço dos privilégios de nascimento no período absolutista, encerrava uma discricionariedade amplíssima. No binômio prerrogativas públicas / direitos individuais, as primeiras eram sempre resguardadas, enquanto a lei era vista dentro de um esquema formalista, cujo conteúdo axiológico é retirado. Assim, a discricionariedade tornava-se mais forte, já que tanto a Administração quanto o Poder Judiciário a consideravam a lei apenas em seu aspecto formal<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Não se pode falar em formalismo sem mencionar Hans Kelsen, que propõe um purismo metódico no qual o direito é confundido com a norma; a interpretação esgota-se em torno da mesma, na busca de seu sentido, e é estranha à tarefa qualquer valorização. A maior crítica à obra foi tecida pelo próprio autor, nestes termos: "Como se mantém completamente alheia a toda a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico". Críticas à parte, a obra e o ideal que propugna cumpriram seu papel numa dada época e hoje é superada pela idéia de que não há como o Direito ser dissociado de valores (*Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Machado, 1979. p. 9).

Já se entendeu, inclusive, ser ela um fenômeno inerente à própria natureza da função administrativa, eis que ninguém conhece os interesses da coletividade mais do que a própria Administração Pública<sup>67</sup>.

À proporção que a discricionariedade é contida pelo princípio da legalidade, a extensão do referido binômio é alterada, e é a própria discricionariedade que vai constituir a chave desse equilíbrio.

Aquele pensamento da lei vista sob um esquema unicamente formalista torna-se insuficiente; acrescem-se valores, trazidos pelos princípios, já no Estado de direito. Estes definem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando-lhe sentido harmônico, ao mesmo tempo em que delimitam o âmbito da discricionariedade que a lei confere à Administração e, paralelamente, ampliam a esfera de controle pelo Judiciário.

Dessa maneira, após acesos debates, hoje a discricionariedade – não mais concebida como algo inteiramente nato à Administração e que deveria, por qualquer meio, ser eliminada – é que habilita aquela a melhor cumprir seu desiderato<sup>68</sup>.

Se, por vezes, a atividade administrativa está condicionada a estreitos limites preestabelecidos, há casos em que os mesmos perdem parcialmente a rigidez para se reconhecer ao Poder Executivo uma certa liberdade de movimentos. A variedade e multiplicidade das situações em que lhe são presentes, excluem, em muitos casos, disciplinação uniforme e precisa. O seu exercício é condicionado por uma série

---

<sup>67</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*, 1979, p. 37.

<sup>68</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao fazer alusão à discricionariedade, refere-se a ela como um princípio (*Curso de direito administrativo*. 1976, p. 74).

de circunstâncias ocasionais e com respeito a elas não é possível tudo prever.<sup>69</sup>

Assim é que a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, tidas como obrigatórias ao agente estatal. A busca dessa ordenação normativa tem o caráter de *dever*, o que caracteriza uma função em sentido jurídico. Para o cumprimento dele – que *deve* ser obrigatoriamente atendido por alguém, mas no interesse de outrem – o sujeito maneja *poderes* indispensáveis à satisfação do interesse alheio, cuja provisão está a seu cargo.

Trata-se da eterna discussão que envolve a questão de a discricionariedade ser um *poder* ou um *dever*, a que Celso Antônio Bandeira de Mello muito apropriadamente põe termo, dizendo que, de forma errada e até paradoxal, a Ciência do Direito Administrativo quer articular os institutos em torno da idéia de poder, quando o correto é a do dever, finalidade a ser cumprida.<sup>70</sup>

Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de 'doverosità', isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o

---

<sup>69</sup> FAGUNDES, Miguel. Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 103. - A lei, em certos casos, regula determinada situação de forma tal que não deixa margem alguma de liberdade ao administrador, porque prefigura com rigor os pressupostos requeridos para a prática do ato, bem como seu conteúdo, ocorrida a hipótese legalmente prevista.

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998. p. 15.

poder, como *mera decorrência, como mero instrumento imposterável para que se cumpra o dever.*<sup>71</sup>

É o dever que comanda toda a lógica do direito público. É esse o seu eixo metodológico<sup>72</sup>. Sobre isso se diz que a dificuldade que os publicistas têm em caracterizar a posição do órgão público como titular de poder ou dever (também poder/dever ou dever/poder), ora dando ênfase ao Estado, ora ao administrado, sugere a necessidade de se buscar na Teoria Geral do Direito – na faculdade de inordinação, mais precisamente – a explicação adequada à posição do agente público no exercício de sua função<sup>73</sup>.

Se a discricionariedade decorre de certa esfera de liberdade conferida em proveito e a cargo do administrador, cujo preenchimento se dá com seu juízo subjetivo, pessoal, a fim de satisfazer a finalidade legal, não há que se pensar ser o tema da discricionariedade estranho ao princípio da legalidade, visto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa que prevê exatamente regular certa matéria sem manietar aquele. Isto porque a lei pretende que se adote, no caso concreto, unicamente a

---

<sup>71</sup> MELLO, C.A. Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p.15.

<sup>72</sup> A expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello (cf. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 14), embora se possa indagar se o mais apropriado não seria *eixo axiológico*, por ser relativo a valor.

<sup>73</sup> A questão é aventada por Johnson Barbosa Nogueira (A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. v.3., Curitiba, dez./1994, p. 735 e 742) para quem o problema da discricionariedade, seus limites e controles, “resume-se à **hermenêutica existencial**, valorativa, afastadas as surradas concepções a hermenêutica tradicional, que cinge a tarefa da interpretação jurídica ao conhecimento das normas, ao desvendamento do seu sentido”. Quanto à “inordinação – que consiste no direito de cumprir o próprio dever, isto é, subordinar-se à norma ...” – a referência feita por J. Barbosa Nogueira é a Carlos Cossio. Adota-se o termo *dever-poder* por ser consentâneo às idéias de Bandeira de Mello e para dar um tom de uniformidade a este trabalho.

providência capaz de atender com precisão capilar a finalidade que a inspirou.

Ora, a lei, prevendo vinculadamente a conduta, vale dizer, estabelecendo um único comportamento perante a situação definida em termos objetivos, poderia vir a padronizar sempre a solução, tornando-a invariável, mesmo perante aquelas situações que necessitam ser distinguidas e que não se poderiam antecipadamente catalogar com segurança, porque predefinições normativas estanques levariam a resultados por vezes indesejáveis.

Enquanto a vinculação requer mera interpretação da norma jurídico-administrativa – estando presentes ou os pressupostos fáticos ou a finalidade do ato a ser editado e enunciados via conceitos precisos, rígidos, teóricos – tal não ocorre na discricção. Nesta, ao cabo do processo hermenêutico da norma legal, terá o agente que realizar a valoração da conveniência ou da oportunidade do ato, ou com referência aos seus motivos, ou acerca do próprio momento da conduta a ser tomada, ou o seu conteúdo e até mesmo sobre a finalidade.

Os conteúdos normativos que traduzem as realidades do mundo do ser, na incidência da discricionabilidade, são conceitos imprecisos, vagos, indeterminados, ou seja, todos aqueles que se opõem aos denominados conceitos teóricos, conceitos unívocos, que não comportam mais de uma significação.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. 1979, p. 37.

O Direito, por excelência, é fonte de conceitos de conteúdo indeterminado a trazerem a lume a velha problemática das coisas do mundo do dever-ser, precisamente porque admite mais de uma interpretação razoável, ainda que apenas uma *in concreto* possa ser considerada justa.

A expressão *conceito jurídico indeterminado*, embora criticável, está consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, Brasil. Seu emprego ocorre na designação de vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, e que são encontrados facilmente nas normas jurídicas dos vários ramos do Direito.

O Direito nem sempre pode realizar, de maneira adequada, sua função ordenadora, limitando-se a condensar, numa fórmula rígida, todos os aspectos multiformes das relações vitais, e aí reside a razão pela qual o legislador emprega conceitos mutáveis, indeterminados. Assim é que os conceitos 'ordem pública', 'bons costumes', 'eqüidade', 'abuso', 'justa indenização', introduzem uma multidão de conceitos sociais e econômicos no campo do Direito. Se o legislador aplicasse sempre conceitos rígidos, a vida, que é movimento, faria com que eles se despedaçassem<sup>75</sup>.

No Direito Administrativo, o tema em causa ganha especial relevo, porque se relaciona com a discricionariedade administrativa. Eis um conceito mínimo deles: "Conceitos jurídicos indeterminados são todos aqueles cuja

---

<sup>75</sup> RODÓ, L. Lopes. O poder discricionário da administração: evolução doutrinária e jurisprudencial, *Revista de direito administrativo*, v. 35., Rio de Janeiro, jan.-mar./1954, p. 44.

expressão de valor possui textura variável e aberta e a que o direito confere significado próprio”.<sup>76</sup>

Diferentes tendências animam a discussão doutrinal em torno da natureza da discricionariedade. Ela procederia de *deliberado intento legal*, que confere à Administração certa liberdade de decisão, porque goza de posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer à finalidade da lei; ou procederia da *impossibilidade material* de o legislador tudo prever, e recorrer a fórmulas flexíveis viria ao encontro da necessidade de abarcar, de forma ampla, a complexa relação social; procederia também da *impossibilidade jurídica* da supressão da discricionariedade, em razão da tripartição dos Poderes e da imprescindível abstração legal; procederia, enfim, da própria *impossibilidade lógica* em obstá-la, em virtude do que a lei se serve de conceitos práticos.<sup>77</sup>

A discricionariedade, em cada caso, verteria da carência de determinação precisa da vontade legal, que, por uma ou por várias das razões antes aduzidas, não determinou, de modo exaustivo, todo o *iter* a ser percorrido pelo administrador no seu dever de satisfazer ao interesse público.

---

<sup>76</sup> MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v 6, p. 705, set. 1995.

<sup>77</sup> Também teóricos ou determinados, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 458.



A discricionariedade, assim como a vinculação, decorre dos três elementos que integram a estrutura da norma jurídico-administrativa, a saber, hipótese legal, mandamento e finalidade da norma jurídica:

- da hipótese da norma, pelo modo impreciso com que a lei haja descrito o acontecimento do mundo empírico sobre o qual irá deflagrar o seu comando ou sua omissão;

- do comando da norma, quando traz em aberto alternativas de conduta ao agente administrativo para expedir, ou não, o ato, por caberem apreciações de oportunidade adequada, forma jurídica a observar, ou qual a medida mais satisfatória perante as circunstâncias;

- da finalidade, que aponta para valores expressos pelos conceitos jurídicos indeterminados<sup>78</sup>.

As causas determinantes da discricção residem num dos três fatores já mencionados. No entanto, não é neles que ela se expressa, mas “em um único elemento, que é o conteúdo do ato”.<sup>79</sup> É na ocasião em que se pratica o ato, na providência adotada que realmente se traduz a discricção. Seja por força da imprecisão do pressuposto, da liberdade do comando ou da finalidade, importa saber que ela vai ser expressa naquele ato praticado, que traduz, em última instância, o conteúdo do ato. Salvo obviamente hipóteses que impliquem omissão do agente. Esse dever de buscar a medida que

---

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 19 e s.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 21.

atenda excelentemente à finalidade legal não corresponde ao poder de opções livres, como os do direito privado. Se à discricionariedade faltassem os diques para contê-la, não seria a ela inculcado o caráter intralegal. Assim é que há meios, até por imperativo racional, de se determinar a extensão dela; se não, os ditames da lei que a postulam e lhe desenham o perfil perderiam o sentido.

O primeiro limite ressalta da própria natureza do dever-poder discricionário: a competência de que é investido o seu titular<sup>80</sup>, seguida dos pressupostos legais justificadores do ato administrativo, os motivos e a finalidade normativa, bem como a causa do ato e o objeto dele. Por mais paradoxal que possa parecer, os mesmos fatores que podem gerar a imprecisão – os pressupostos legais que justificam o ato e a finalidade normativa – engendram os seus pontos de demarcação<sup>81</sup>. Isso equivale a dizer que o parâmetro da atuação discricionária é o respeito ao princípio da razoabilidade.

A apreciação dos fatos para a edição de uma providência administrativa há de ser razoável, ou seja, considerado aquilo que a sociedade admite como uma das soluções possíveis ao caso concreto: é o padrão social a respeito de certas condutas, como visto. E se não pode ser aferida senão quando inserta num determinado contexto, envolve os motivos, o fim e a causa do ato administrativo.

---

<sup>80</sup> RODÓ, L. Lopes. O poder discricionário da administração: evolução doutrinária e jurisprudencial. 1954, p. 45.

Daí poder-se entender a discricionariedade como:

Margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>82</sup>

Essa pequena digressão rumo à discricionariedade, bem como ao caminho percorrido pela Administração Pública até hoje, especialmente com a inclusão dos valores trazidos pelos princípios, serve para introduzir a questão do mérito do ato administrativo. Precisar o limite dele, objeto do capítulo seguinte, é condição *sine qua non* para que a ponderação feita pela autoridade, ao editar um ato administrativo discricionário, bem como à luz da razoabilidade e da motivação, possa ser verificada.

---

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 463.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p.48.

## CAPÍTULO 2

### ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E TEORIA DO DESVIO DE PODER

**2.1 Conceito e regime jurídico dos atos da Administração Pública. 2.2 Elementos estruturais, pressupostos e mérito do ato administrativo discricionário. 2.3 Anulação do ato administrativo discricionário por desvio de poder.**

Segundo a proposta desta dissertação, em que se parte do estudo da Administração Pública para se chegar ao dever de motivação expressa, dois temas merecem destaque: ato administrativo, em especial o discricionário, e desvio de poder.

Salienta-se a providência administrativa porque ela constitui o modo de atuação por excelência do administrador público no mundo jurídico. É o ato administrativo que completa a relação entre Administração Pública e administrado, eis que cria, modifica, declara ou extingue direitos.

A teoria do desvio de poder aparece como limite à impunidade administrativa. Surge na França (século XIX), tendo-se difundido, depois, pelos mais diversos sistemas jurídicos.

Ambos os assuntos, trazidos aqui não por acaso, servem à análise da lisura das relações administrativas para além de um controle meramente formalista. Melhor dizendo, eles são questões primordiais a evidenciarem a premente necessidade do dever de motivar.

## 2.1 Conceito e regime jurídico dos atos administrativos

O emprego generalizado da expressão *ato administrativo* se deu no início do século XX<sup>83</sup>. A idéia nasceu do ato jurídico, extraída dos civilistas franceses e italianos no final do século XIX, que entenderam-no manifestação da vontade administrativa<sup>84</sup>.

Se os autores acordam sobre o fato de a teoria dos atos administrativos ser o ponto central do estudo do Direito Administrativo, o mesmo não acontece quanto à conceituação deles, até porque a lei nada diz a esse respeito.

A tentativa de se fixar uma definição de ato administrativo começa pela importante tarefa de dar uma noção da própria função administrativa, pois “a existência de uma específica função administrativa, correspondente a uma atividade autônoma do Estado, é que subordina e confere ao Direito Administrativo autonomia como disciplina jurídica”.<sup>85</sup> Essa é a primeira e séria dificuldade: também não há consenso em torno da definição de função administrativa<sup>86</sup>.

No que versa sobre as questões relativas à *subordinação à ordem jurídica até a atividade do Estado dirigida à satisfação do interesse coletivo*,

---

<sup>83</sup> Embora Celso Ribeiro Bastos noticie que a expressão *ato administrativo* aparece pela primeira vez no *Repertório de Merlin de Jurisprudência*, na edição de 1812, portanto no século anterior (XIX), cf. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.89.

<sup>84</sup> CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo*. 2001, p. 79.

<sup>85</sup> LEÇA, Fernando. Ato administrativo: noção e elementos. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 72, p. 105, out./dez 1984.

<sup>86</sup> A respeito disso também se falou no capítulo primeiro, nota de rodapé n. 8.

a doutrina que melhor sintetiza as idéias aqui trabalhadas é a de Lúcia Valle Figueiredo<sup>87</sup>:

*A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas), atos estes, revisíveis pelo Judiciário.*

Carlos Ari Sundfeld, não discordando da tormentosa tarefa que é a de oferecer conceito de função administrativa, diz que ela é uma parcela, com caracteres próprios, da atividade estatal. É “a atividade do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), revestida de uma hierarquia, sujeita a controle de legitimidade pelo Poder Judiciário”<sup>88</sup>.

Paralela ao conceito que se vai dar ao ato editado pela Administração Pública é a idéia de que ele deve ser extraído, explicado e criticado à luz dos princípios constitucionais, de vez que se está no Estado de direito e, como tal, ela deve espelhar com fidedignidade as garantias dos administrados.

A segurança do administrado é valor inerente ao Direito, que se expressou na área administrativa pelas idéias de legalidade, dever de lealdade administrativa e formalismo. Eis o porquê de o ato administrativo ser preso a esquemas formais. É ato sublegal.

---

<sup>87</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 1994, p. 87.

<sup>88</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 75, p. 126, nota n. 8. jul./set. 1985.

A Administração produz tanto atos quanto fatos jurídicos. A predominância dos primeiros é também indicativo da importância que se atribui à segurança do administrado. Ato é norma, declaração prescritiva; é um liame necessário entre o comando genérico e a concretização da realidade material. Ele precede a ação, o que tem profundo significado prático: chama à adesão; adverte. Propicia uma defesa mais eficaz, porque prévia<sup>89</sup>. Os fatos jurídicos não. Eles não pronunciam coisa alguma; apenas ocorrem<sup>90</sup>, e é a lei que sobre eles fala. É importante esta observação, porque:

(a) Atos administrativos podem ser anulados e revogados dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos, não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo<sup>91</sup>.

Assim o ato administrativo pode ser definido como uma “norma concreta, emanada do Estado ou por quem esteja no exercício da função

---

<sup>89</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. 1985, p.126.

<sup>90</sup> José Cretella Jr. adverte que fato jurídico não é de modo algum *gênero* de que o *fato administrativo* constitua espécie. Não há a mesma relação de gênero e espécie existente entre ato jurídico e ato administrativo. Fato administrativo é a operação material realizada pelo agente público, mas que, por si só, não envolve a idéia de juridicidade; ele só existe como decorrência de atos administrativos anteriores. “Assim, pelo ato administrativo da nomeação, determinada pessoa ingressa nos quadros do funcionalismo, torna-se funcionário e, portanto, credenciada para a prática de novos atos administrativos ou de fatos administrativos” (*Manual de direito administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.133).

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 171.

administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário”.<sup>92</sup>

O conceito pode ser desdobrado nos seguintes tópicos:

#### *Norma concreta*

A norma concreta afasta, de pronto, as normas gerais, o regulamento e o contrato administrativo<sup>93</sup>.

#### *Norma emanada de quem esteja no exercício da função administrativa*

É isto que a doutrina vem afirmando: não apenas os atos administrativos praticados por qualquer dos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário em suas funções típicas ou atípicas –, mas também os praticados pelos delegados de serviço público no exercício da função administrativa são compreendidos pela norma concreta.

#### *Finalidade de criar, extinguir, modificar ou declarar direitos*

---

<sup>92</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 1994, p. 88.

<sup>93</sup> A orientação trazida é a de Lúcia Valle Figueiredo. Excluem-se da norma concreta o decreto regulamentar (ato expedido pelo Presidente da República dentro dos limites de sua competência, conforme o artigo 84, IV, da Constituição da República) por ser seu regime mais próximo da lei, no que tange à generalidade e à abstração, e também o contrato administrativo; a Administração pode constranger à obediência do ato, independentemente da anuência da vontade do administrado; o contrato, por sua vez, leva em conta a vontade para a formação do vínculo (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 1994, p. 88).



Os termos em epígrafe significam que os atos meramente declaratórios são abarcados tanto quanto os ilícitos. (Mesmo após a declaração da sua invalidade, eles deflagram importantes conseqüências jurídicas; na hipótese de serem impugnados ou revistos pela Administração, permanecem no mundo jurídico.) Ficam de fora os fatos administrativos e os atos de administração (atos materiais). Observe-se que, entre esses, está a motivação expressa. É ela, como se verá *opportuno tempore*<sup>94</sup>, requisito procedimental; é desprovida de eficácia jurídica.

#### *Relações jurídicas entre o Estado e o administrado*

De um lado figura o Estado ou quem dele faz as vezes; de outro, aqueles para quem é exercida a relação de administração.

#### *Contestabilidade do ato pelo Poder Judiciário*

Esta é, aliás, característica essencial do ato administrativo no Estado de direito. Durante muito tempo, a doutrina clássica se posicionou pelo mero cotejo entre ato administrativo e norma de direito.

O Judiciário, em nome do cuidado extremo para não exorbitar de sua esfera de atribuições, realizava um controle, *pro forma*, pode-se dizer; não ia além da análise do motivo legal. Os fatos não eram investigados.

---

<sup>94</sup> O capítulo terceiro trata especificamente da motivação expressa, inclusive adotando o entendimento de Carlos Ari Sundfeld, em *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, *Revista de direito público*, São Paulo, v. 75, p. 124-125, jul./set.1985, e Antônio Carlos de Araújo Cintra, em *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, segundo os quais é ato autônomo, sem eficácia jurídica.

A ordem jurídica dispensa tratamento diferente aos fins públicos e privados. Em função dos interesses da coletividade – os únicos que ela deve colimar –, a Administração está sob uma disciplina peculiar, que impõe certos ônus e restrições à sua atuação, ao mesmo tempo em que lhe confere prerrogativas não dispensadas a particulares. Trata-se dos *deveres/poderes* administrativos, já discutidos em outro momento.<sup>95</sup>

Nenhum deles se constitui em benefícios conferidos à Administração, simplesmente por esta ser órgão do poder. “Não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à ‘força governante’ (...) pelo mero fato de ser força governante.”<sup>96</sup> Antes se justificam privilégios para a realização de interesses públicos.

São atributos dos atos administrativos<sup>97</sup>:

#### *Estrita conformidade à lei*

Seria inadmissível o Estado editar uma vontade dotada de coercibilidade e em desacordo com seus próprios padrões de conduta; em princípio, o Estado não é incoerente.

---

<sup>95</sup> Vide seção 1.3, p. 41a 44.

<sup>96</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 193.

<sup>97</sup> Segue-se novamente a lição de Lúcia Valle Figueiredo, porque ela amplia o rol dos traços fundamentais do regime jurídico dos atos administrativos. Comumente os apontados por administrativistas são: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 2000, p. 195); e imperatividade, presunção de legalidade, eficácia, exeqüibilidade e executoriedade, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*. 1976, p. 111).

Pontua-se também que a legalidade não é só a conformidade com a lei, mas também a compatibilidade com todos os princípios constitucionais, explícitos ou não, que informam a Administração Pública.

#### *Presunção de legitimidade*

É uma característica comum aos atos administrativos em geral; presumem-se verdadeiros e conformes ao Direito até prova em contrário (*juris tantum*), isto é, até serem questionados em juízo.

#### *Imperatividade*

É o dispositivo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente da sua concordância. Possibilita ao poder público editar provimentos que vão além da esfera pública do sujeito emitente. Os atos administrativos interferem na esfera jurídica de outras pessoas e as constituem em obrigações unilaterais.

#### *Exigibilidade*

É a possibilidade de o Estado, no exercício da função administrativa, exigir de terceiros o cumprimento das obrigações que ele impôs. O alcance dela é maior do que o da *imperatividade*, porque, para sua observância, impele à obediência, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

#### *Indisponibilidade do interesse público*

A Administração tem o dever de ofício de implementar os fins públicos e aplicar a lei, bem como de ser co-gerente no que tange à implementação do interesse público postulado pela norma, que, vale lembrar, é o bem jurídico de interesse coletivo, que deve ser perseguido pela Administração.

#### *Auto-executoriedade dos atos administrativos*

É o atributo que o poder público tem de compelir materialmente o administrado ao cumprimento da obrigação que ele impôs e exigiu. A auto-executoriedade é utilizada apenas quando a lei expressamente dispuser e pode ser contestada em juízo quando: desnecessária, exorbitante (o que configura o excesso de poder) ou exercida em descompasso com a finalidade do ato (desvio de poder). O método de aferição é dado pelo princípio da razoabilidade.

#### *Dever de motivação*

Ele corresponde à Administração serviente, que se pauta na necessidade de servir à coletividade.

Motivação é a exposição administrativa das razões que levaram a Administração à prática do ato. Por isso, não se pode concebê-la como simples alusão aos dispositivos legais que, por si sós, não autorizam qualquer providência nem abrem a possibilidade de aferir se o ato se

manteve dentro da competência e da razoabilidade norteadoras da ação administrativa.

Ela requer mais: justificação da conveniência e oportunidade levadas em consideração no momento da providência administrativa, o que leva não só ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, mas também à responsabilidade decisória da autoridade quando edita o ato administrativo.

#### *Possibilidade de contraste pelo Judiciário*

É matéria que se ressentite, muitas vezes, de um tratamento em que ocorre acrítica utilização de raciocínios, conceitos e fundamentos superados, marcados por resquícios de um período já vencido, o do Estado de polícia. Tanto é assim, que a possibilidade de um controle judicial é a mola propulsora do Estado de direito.

Nesse sentido, a abertura constitucional é a mais ampla possível. Por força do artigo 5º, XXXV, a simples ameaça ou lesão a direito já autoriza a apreciação jurisdicional<sup>98</sup>.

#### *Possibilidade de revogação, com a ocorrência de motivo superveniente*

Certo ato, se já não convém à Administração, em função do interesse público ou da cessação da oportunidade, pode ser retirado do mundo jurídico.

---

<sup>98</sup> A essa questão se dedica especificamente o último capítulo; mas, desde já, se adianta que, *a priori*, a zona isenta de controle judicial há de ser mínima.

A revogação é também um ato administrativo, que só pode ser praticado pela Administração. Aqui sim, a participação de um outro poder, que, além da verificação da conformidade entre ato e direito positivo fosse para verificar sua conformidade, significaria interferência indevida.

Revogar, nada mais é do que tornar sem efeitos, desfazer o ato administrativo por consideração de mérito, porque outro motivo surgiu e haveria descompasso entre o anterior e o superveniente.

*Dever de invalidar, de sanear ou de manter o ato administrativo por impedimento do próprio ordenamento jurídico*

O ato administrativo apresenta vício de validade quando transgredir princípio ou norma do sistema jurídico, contrariando a lei. Invalidez é a contraposição mais ou menos grave do ato à rede hierarquizada de normas, princípios e valores das relações de administração.

Da mesma sorte que se preconizam limites à anulação de determinados atos administrativos portadores de vícios já não tão graves, em decorrência, por exemplo, da preponderância do princípio da boa-fé, também se revela possível a mitigação dos efeitos da decretação de nulidade relativa. Depois de observados os requisitos substanciais, devem ser tidos como parcial ou totalmente sanáveis.

Convém chamar a atenção de que certos atributos dos atos, expressos como prerrogativas necessárias da autoridade, só podem ser aceitos se tiverem como contrapartida o dever de motivar. Do contrário,

podem desnaturar a própria substância da função de garantia do Direito Público.

A presunção de legitimidade é típico exemplo: como pretender outorgar tal eficácia a um ato que não demonstre os motivos determinantes nem sua base legal? E se o *onus probandi* da ilegalidade pesa sobre o administrador público, como pode o administrado atacar o ato se não são conhecidas as razões dele?

Forçoso é concluir que a presunção de legalidade dispensa o recurso ao Judiciário para obtê-la. Só que isso não quer dizer desonerar o Estado da motivação expressa.

A exigibilidade segue raciocínio idêntico.

Supor que essas prerrogativas independem de contraprestação – motivação expressa – é concepção déspota, na qual o poder se autojustifica. No Estado de direito, o que confere legitimidade<sup>99</sup> ao poder estatal é a sua adequação à vontade popular expressa nas leis.

A idéia de revisibilidade segue raciocínio semelhante.

O dever de motivação expressa impõe, em linhas gerais, a obrigação de agir em estritos limites e força a autoridade a prestar permanentemente conta de seus atos, quando demonstra, em cada ação, a legitimidade dela.

---

<sup>99</sup> Por legitimidade se entende aqui o dever de atender ao interesse público; “a conformidade do agir do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 1998. p.25).

## 2.2 Elementos estruturais, pressupostos e mérito do ato administrativo discricionário

Em função do caráter de serviência que a Administração Pública deve ter, está depositado nas mãos dela um plexo de poderes (instrumentais), cujo manejo está previsto para certas circunstâncias e determinado fim, mediante formas específicas. Daí o necessário entrosamento entre *elementos*, *pressupostos* e *requisitos* do ato administrativo.

Os administrativistas não são unânimes em adotar uma das expressões anteriores; por vezes utilizam mais de uma, o que acaba por gerar confusão metodológica<sup>100</sup>.

Usam, por exemplo, a expressão *elementos (estruturais ou constitutivos) do ato administrativo*, por permitir a melhor descrição de seus vícios. Outros preferem *requisitos (de validade)* ou, ainda, *pressupostos (formativos)*, por entenderem infeliz aquela expressão, já que a palavra *elemento* sugere parte de um todo. Alguns dos elementos, na realidade, são exteriores ao ato, podendo evidenciar um contra-senso.<sup>101</sup> Importa acrescentar que tampouco há unicidade sobre o número e a identificação

---

<sup>100</sup> Sobre isso Régis Ferandes de Oliveira diz haver verdadeiras "discrepâncias de rótulo" (*Ato administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 46).

<sup>101</sup> Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 1994, p.104) utiliza *requisitos extrínsecos*; Juarez Freitas (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1997, p. 29) insiste em *pressupostos formativos*; e Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 2000, p. 176-190), por sua vez, faz uso das três expressões, não como sinônimas, mas cada qual com uma função.



desses *elementos* ou *pressupostos* ou, ainda, *requisitos*, porque muitos autores englobam em um único elemento aspectos que, para outros, estariam desdobrados.

Opta-se aqui justamente por fazer a distinção entre os *elementos*, os *pressupostos* e os *requisitos* do ato administrativo. Trata-se de aspectos distintos, porquanto, sem os elementos, não há ato jurídico algum, e, ausentes os pressupostos, não há que se falar em ato administrativo válido.

São elementos do ato administrativo o *conteúdo* (ou objeto) e a *forma*.

O *conteúdo*, também designado *objeto* por muitos doutrinadores, é o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.<sup>102</sup> É o próprio ato em sua essência. É importante assinalar que, a par de ser necessariamente um conteúdo lícito, como em qualquer ato jurídico, o objeto do ato administrativo há de ser compatível com a função administrativa. Por tal razão, a idéia de licitude aqui é mais ampla. Não basta o objeto não ser proibido por lei; é preciso que ela o autorize expressamente.

Na *forma* estão compreendidos todos os requisitos de caráter extrínseco que a lei assinala como necessários à decisão administrativa. É o modo pelo qual a providência administrativa aparece e revela sua existência. Eventualmente a forma pode não ser necessária, ou seja, a lei é silente. Mas, como não há ato sem forma, pois o Direito não se ocupa de pensamentos e

---

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 176.

intenções quando não exteriorizados, disso resulta que a forma acaba por ser imprescindível.

Em tal acepção, a *forma* não se confunde com a *formalização* nem com o *procedimento*. A formalidade é a maneira específica pela qual o ato deve ser mais do que externado. Cumpre que o seja segundo certo figurino. E *procedimento* é o conjunto de operações exigidas para a sua perfeição; é dotado de dinamicidade.

O procedimento usual é a forma escrita, por razões de segurança e certeza jurídicas. Também se cita a forma *oral* ou *por sinais convencionais* (pictóricos, eletrônicos, mímicos).

Os pressupostos do ato administrativo podem ser agrupados em: pressupostos de *existência* e de *validade*.

#### *Pressupostos de existência*

São o objeto sobre o qual o ato dispõe e a pertinência à função administrativa. Ora, se a decisão não puder ser imputável ao Estado no exercício da função administrativa, não haverá ato administrativo. Ato jurídico, sim; mas não administrativo.

*Pressupostos de validade* são: *sujeito, motivo, causa, finalidade e requisitos procedimentais*.

*Pressuposto subjetivo (a)* - é o sujeito ou agente capaz ou, ainda, a competência.

O sujeito é o produtor do ato e é externo a este, justamente porque criador e criatura não se confundem. Eis o porquê de denominar o sujeito *pressuposto* e não *elemento* do ato administrativo.

A manifestação de vontade da Administração verte de quem tem poder funcional para exprimi-la; de quem tem *competência*, que é “a quantidade ou qualidade do poder funcional que, na Administração, a lei atribui às pessoas, órgãos ou agentes públicos para manifestar sua vontade”.<sup>103</sup> Por ser instituto de Direito Público, a competência apresenta duas características: *inderrogabilidade* (não se transfere de um para outro órgão por acordo) e *improrrogabilidade* (se um órgão não a tem para certa função, não a terá supervenientemente, a menos que a norma seja alterada).

*Pressuposto objetivo (b) – motivo.* É a situação no mundo empírico que autoriza ou exige a prática do ato. Também ela é externa a este, inclusive o antecede.

Ao contrário da competência, o motivo pode ser previsto, ou não, em lei. Quando se encontra previsto, o agente só pode praticar o ato se ocorrer a situação prevista. Contrariamente, em não havendo previsão legal, o administrador tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual edita o ato.

A Administração, embora não esteja obrigada, em se decidindo por declinar os motivos que a levaram a agir, fica vinculada a eles. Surge o

conceito de motivo administrativamente vinculado (antes discricionário), que se equipara ao motivo legalmente vinculado. Essa teoria não é outra, senão a dos motivos determinantes.

Há que se distinguir *motivo de fato* de *motivo legal*. Este é a previsão abstrata de uma situação empírica, enquanto aquele é a realidade objetiva e externa ao agente.

Móvel do ato administrativo discricionário, por sua vez, é a intenção; esta corresponde à vontade que determina o seu agir .

Como sinônimo de *motivo*, a doutrina emprega, por vezes, *causa*. Advirta-se que os dois termos não se equivalem, porque a causa, como se verá, é mais um pressuposto (lógico) do ato administrativo.

*Pressuposto lógico (c) – causa*. Este vocábulo tem sido usado em várias acepções. Aqui é tomado como o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo, sempre em atenção à finalidade legal que esse mesmo ato deve buscar. Assim é que, à falta de causa, o ato administrativo pode ser invalidado.

É graças à causa, melhor dizendo, a este sentido específico que se dá a ela, que o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da Administração Pública, quando a lei não enuncia os motivos que legitimam a sua prática. Ora, ainda quando o agente pode escolher os motivos, eles devem ter pertinência com o ato praticado.

---

<sup>103</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 1994, p. 105.

Causa e motivo não se confundem. Este é o pressuposto de fato, o objetivo que autoriza a providência administrativa; aquela, a relação entre o motivo e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinou como própria. “Através da causa, vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”.<sup>104</sup>

É em seu âmbito que se examinam a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*, que ficam à mostra na motivação expressa do ato administrativo. Em outras palavras, nela se verifica se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) não transcende os limites necessários para atender à finalidade legal. Se assim não se dá, se o ato excede o necessário para bem satisfazer o escopo legal, não é razoável.<sup>105</sup>

#### *Pressuposto formalístico (d) – formalização*

É a maneira específica pela qual o ato é externado, visualizado. A idéia é a de padronizar o instrumento de veiculação dos distintos atos. Há aspectos da formalização que podem ser irrelevantes para a validade do ato. Certos defeitos de formalização apenas tornam irregular o ato, não lhe afetando a validade, não sendo relevantes para fins de garantia do administrado. Obviamente que se está falando daquele desvio do padrão

---

<sup>104</sup> MELLO, C.A.. *Bandeira de Curso de direito administrativo*. 2000, p. 188.

<sup>105</sup> MELLO, C.A.. *Bandeira. Idem, ibidem*, p. 188.

normativo que não implica diferença capaz de afetá-lo, como é a adoção de uma fórmula para expedir um ato em lugar de outro.

A indicação legal, por exemplo, de que o ato deve ser expresso por *portaria* (ou outra norma específica) não interfere nas garantias do administrado ou na segurança em relação ao seu conteúdo; violar tal metodologia pode acarretar apenas sanção ao agente faltoso.

#### *Pressuposto teleológico (e) – finalidade*

É o bem jurídico objetivado pelo ato administrativo. Pode-se distinguir entre finalidade imediata e mediata.

A primeira, também chamada de *fim*, dá a categoria do ato administrativo. A segunda é o *telos*, exigido em toda atividade administrativa: o interesse público.

A cada finalidade pretendida pela Administração corresponde um ato definido em lei. Não se pode buscar, através de determinado ato, proteção que poderia ser obtida por outra categoria. Por isso, se o agente dispõe de competências distintas para a prática de atos diversos, não pode valer-se de uma competência específica para tal ato (assim determinado por lei) para alcançar finalidade diversa da que seria atingida por outro ato administrativo.

A propósito do que se acaba de falar, o uso de um ato administrativo para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria representa um desvio de finalidade ou desvio de poder, que acarreta a invalidade dele e, em consequência, o mau uso da competência do agente administrativo.

Por fim, *requisitos (f)* são atos de Administração que, por imposição legal, devem preceder outro ou lhes ser concomitante. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por particular, sem os quais certo ato não pode ser praticado<sup>106</sup>.

Exemplo do que se está falando é a motivação expressa, que tem conteúdo próprio e que é exigida como condição necessária à prática regular do ato administrativo.

Deixando de lado os atos administrativos em geral e passando aos chamados discricionários, desde já é importante salientar que não existe, com efeito, *ato discricionário*. O que há é *dever-poder discricionário* e, no exercício dele, é que o ato deve ser editado. A razão pela qual se usa largamente essa expressão é tão-só a de simplificar a explicação da matéria, de tornar mais fácil a assimilação de quem a lê.

Ao contrário de inúmeras palavras que auxiliam o especialista no emprego do termo técnico, a exemplo de *agente* e *ato administrativo*, há aquelas que em nada concorrem para esclarecer o assunto, antes necessitam, elas próprias, de prévia conceituação.

À segunda categoria pertence o vocábulo *mérito* ou *merecimento*, do ato administrativo discricionário, largamente empregado no Direito Processual Civil e no Direito Administrativo.

---

<sup>106</sup> Um ato de nomeação de um servidor público para cargo efetivo, v.g., só poderá ser expedido após uma série de atos que compõem os concurso público para o qual o interessado se classificou (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 2000, p. 184).

Mérito deriva do termo latino *meritu(m)*, substantivo que significa: ganho, salário; serviço, conduta que justifica algo. Cretella Jr.<sup>107</sup> adverte que o termo pode ter outros sentidos, mas não aquele que a processualística civil lhe tem dado. Nesta, ele é o conteúdo do litígio, a matéria debatida, o fundo da causa, a pretensão que o autor leva a juízo por meio do pedido. É a substância da situação litigiosa, contida no processo de conhecimento, e contraposta às questões preliminares.

O mérito é então um elemento constante e principal. Existe em toda demanda e centraliza as pretensões das partes. Só excepcionalmente o juiz deixará de examiná-lo.<sup>108</sup>

Na seara administrativa não está de todo ausente essa noção. Cumpre lembrar que há o processo administrativo em que o mérito não deixa de ser o conteúdo da lide<sup>109</sup>, a substância do que se debate.

O sentido processual de mérito, todavia, não guarda qualquer correlação com a empregada no ato administrativo discricionário. Trata-se de noções diferentes quantitativa e qualitativamente. Daí ter-se que abstrair qualquer consideração de mérito do direito processual para bem entender e delimitar o mérito do ato administrativo.

---

<sup>107</sup> CRETELLA JR., José. O mérito do ato administrativo, *Revista de direito administrativo*, p. 23, jan./mar.1965.

<sup>108</sup> FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo, *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 23, p. 05, jan./mar. 1951.

<sup>109</sup> Por lide ou litígio, de forma bastante concisa, entenda-se "conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro ... É o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida" (Em: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.1. 20.ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p.09).



Em termos práticos, separar esses dois conceitos diferentes implica enfrentar aspecto todo particular e com características próprias, donde emanam hesitações que precisamente se agravam com a tendência de se transportar para o campo do Direito Administrativo os institutos e a terminologia de outros ramos da ciência do Direito.

O termo *mérito* designa o sentido político do ato administrativo. Diz respeito à valoração intrínseca do ato para a delimitação do binômio conveniência / oportunidade, que autoriza o administrador a optar pela ação ou pela abstenção, tendo sempre em vista o atendimento do interesse público<sup>110</sup>.

Seabra Fagundes diz que o mérito se traduz na “apreciação quase pessoal do agente sobre certos fatos, circunstâncias ou coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação”.<sup>111</sup>

Assim é que o estudo do mérito administrativo não se restringe ao aspecto jurídico, mas vai além dele e invade os campos da Filosofia, Sociologia, Moral, porque, em nível de mérito administrativo, o agente procede a um juízo de valor, importando toda uma abordagem axiológica da realidade social e administrativa, o que vale dizer: uma noção não do *ser*, mas do *dever-ser*<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 24.

<sup>111</sup> FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. 1951, p. 02, nota n. 2.

<sup>112</sup> SOARES, José de Ribamar. *O controle judicial do mérito administrativo*. 1999, p. 24.

Não há que se cogitar ser o mérito um dos fatores ou elementos do ato administrativo. Não lhe é essencial nem autônomo. Nem sequer aparece com posição própria ao lado dos pressupostos formadores daquele. O mérito surge, isto sim, em conexão com o motivo e o objeto do ato.

Seabra Fagundes, tratando desta matéria, ensina que o mérito existe tão-só nos atos administrativos discricionários.

Quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assumida ...

No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vezes por abstenção voluntária, outras, as mais dentre elas, pela impossibilidade de abranger satisfatoriamente, no contexto de cânones preestabelecidos, as múltiplas realidades supervenientes.

Oferece-se, então, margem ao exercício da discricção pelos órgãos meramente executores – o Poder Administrativo e o Poder Judiciário<sup>113</sup>.

Em contraponto, certos autores se posicionam no sentido de haver mérito também no ato administrativo vinculado, ainda que potencialmente, dado que o mérito não é patrimônio exclusivo de uma só classe de atividade administrativa<sup>114</sup>.

Se há ou não, e se a divergência é ferrenha, nesta dissertação se opta por tratar a questão exclusivamente do ponto de vista do ato

---

<sup>113</sup> FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo, 1951, p. 07.

<sup>114</sup> Entre eles, Seabra Fagundes chega a admitir, em outra oportunidade, tal posicionamento e destaca Bartolome Fiorini (*ibidem*, p. 10).

administrativo que resulta de avaliações e escolhas feitas pela Administração Pública. Contudo, fica a ressalva: negar peremptoriamente o mérito, por mínimo que seja, do ato administrativo vinculado supõe corroborar a idéia de que a grande diferença entre um e outro é a extensão maior ou menor do controle de legalidade, questão cuja abordagem requer extremo cuidado para não se cair em contradições ou questões que não possam ser sustentadas.

Se, por um lado, os autores evitam o problema da definição do mérito do ato administrativo discricionário, limitando-se a circunscrever-lhe, quando muito, a área, por outro, não há divergência quando se trata de agrupar os infinitos matizes em que aquele se desdobra, os quais se podem traduzir na fórmula sintética expressa pelo binômio *oportunidade / conveniência*.

O termo *oportunidade* tem exatamente o sentido que a língua corrente lhe empresta: diz respeito ao momento, ao melhor tempo para a prática do ato, dadas as circunstâncias que o envolvem<sup>115</sup>.

“É a adaptação conveniente às circunstâncias do tempo e ambiente, assim como às exigências do fim a que se deve atingir”.<sup>116</sup> Como critério de valor, a oportunidade:

É apreciada em relação a normas de referência, que podem variar de um indivíduo para outro e que dependem das opiniões, crenças, clarividência, estado de informação... A medida da oportunidade é, em parte, em função de apreciações subjetivas que podem variar no tempo. Decisão que poderia ter parecido oportuna no momento em que foi tomada, pode

---

<sup>115</sup> SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. 1999, p. 26.

<sup>116</sup> CRETELLA JR., José. *O mérito do ato administrativo*. 1965, p. 32.

revelar-se desastrosa a seguir, pois não há regras absolutas que permitam determinar sempre com o máximo de certeza, qual a decisão mais oportuna num dado momento<sup>117</sup>.

Já a *conveniência* resulta da apreciação quanto ao que é justo, eficaz. “Conveniente é o que é adequado, apropriado ou adaptado ao objeto ... Diz respeito a fatos, lugares, acontecimentos, situações, razoabilidade, utilidade, moralidade, economia”.<sup>118</sup>

Inadmissível é o exame do mérito nos negócios jurídicos privados. Ora, quem celebra contrato de compra e venda, por exemplo, apenas pode impugnar o negócio quando ilegítimo (nulo ou viciado). Mas não o faz porque o ato não corresponde a seus interesses ou por ele ser inconveniente. Em tese, a atividade particular não pode ser fiscalizada quanto ao mérito: “Quem age nos limites assinalados pelo direito, sem, pois, prejudicar a outrem, não dará motivos para contestar-lhe a atividade, embora possam os atos ser inconvenientes, inclusive para os interesses alheios”.<sup>119</sup>

A postura é diferente nos negócios jurídicos públicos, nos quais o mérito assume relevante papel, pois, nesta seara, ele deve guardar estreitíssima relação com os princípios da boa administração, os quais impõem ao agente o dever de alcançar o máximo de vantagens e benefícios com o mínimo de sacrifício dos direitos e interesses dos cidadãos. É bem mais que um dever ético, político ou de ciência da administração.

---

<sup>117</sup> CRETELLA JR., José, *ibidem*, p. 32.

<sup>118</sup> CRETELLA JR., José. *O mérito do ato administrativo*. 1965, p.26.

<sup>119</sup> CRETELLA JR., José. *O mérito do ato administrativo*. 1965, p. 26.

Ao conceito de mérito administrativo, está imanente um sentido teleológico, finalístico, ligado à satisfação do fim perseguido pelo legislador. A objetivação disso se perfaz no momento em que o administrador elege, dentre os meios idôneos mais eficientes, aquele que melhor atende ao interesse público.

Uma apreciação equivocada, pelo agente administrativo, dos fatos colimados pelo legislador traz como consequência o ato administrativo inoportuno e inconveniente. Em outras palavras, há vício nele. O ato, mesmo que seja ajustado ao estrito campo da legalidade, não será hábil ao atendimento do interesse público tutelado pelo ordenamento. Exatamente sobre a má valoração do ato administrativo discricionário, em especial, sobre a análise errônea dos fatos ou a finalidade escusa e contrária dele à lei, é que vai ocupar-se a última seção deste capítulo.

### 2.3 Anulação do ato administrativo discricionário por desvio de poder

Falar em *desvio de poder* ou em *desvio de finalidade*, como a ele se refere de modo todo especial Seabra Fagundes, lembra aquela questão que acompanha a história do pensamento político, posta nestes termos por Norberto Bobbio: “Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?”.<sup>120</sup>

Na realidade, adverte o autor, a alternativa “governo das leis ou governo dos homens” diz respeito não à *forma* de governo, mas ao *modo* de governar. Não é outro o motivo pelo qual se quer o primado da lei sobre o primado dos homens: a generalidade.

As virtudes de um governo sem paixões consistem, senão em impedir, pelo menos obstaculizar, o desvio de poder. É que valores fundamentais, tais como, igualdade, segurança, liberdade, são garantidos pelas características intrínsecas da lei, entendida como norma geral e abstrata, mais que pelo exercício legal do poder.

É próprio do Estado de direito delinear-se na regra geral e abstrata produzida pelo Legislativo, quadro em cujo interior se deve mover a Administração Pública. Assim é que, entre a atividade desta e a lei, há uma relação de subordinação, isto é, sub-ordenação, ordenação inferior, que se apresenta sob duplo aspecto:

De um lado, realça-se seu sentido *positivo*, querendo significar que lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins

---

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 1997, p. 151.

propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido *negativo*, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.<sup>121</sup>

Só uma percepção distorcida do exercício da faculdade discricionária pode conceber que esta possa existir como inerente à atividade administrativa em si ou subsistir no silêncio da lei.<sup>122</sup>

Assim, se administração (no âmbito público) é atividade de quem não é proprietário e se a noção dela se opõe frontalmente à de propriedade, já que a vontade é serviente a uma finalidade, e se o poder que se maneja é meramente um instrumento, por que, com alarmante freqüência, no direito público, perde-se essa perspectiva natural para ingressar em esquemas teóricos que visam enaltecer os “poderes” dos seus administradores?

Deformações de tal ordem sofrem sua mais cabal contestação pela teoria do desvio de poder, *détournement de pouvoir*, para os franceses, ou *sviamento di potere*, para os italianos, que fulmina os atos administrativos.

A paternidade da teoria do desvio de poder se deve ao Conselho de Estado francês, o que não quer dizer que a compostura de tal vício não possa ser reconhecível já muito antes dele<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 51.

<sup>122</sup> ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Coleção temas de direito. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.47.

<sup>123</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello lembra a carta dirigida a Joaquim de Mello e Povoas (nomeado Governador da Província do Maranhão), datada de 1761, por seu tio, Marquês de Pombal, que, entre os sábios conselhos a ele dirigidos, um se destaca: “A jurisdição que El-Rei confere a V.Ex.a. jamais sirva para vingar as suas paixões; porque é ‘injúria’ do poder usar espada da justiça fora dos casos dela” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 56).

Para Bandeira de Mello, o desvio de poder consiste:

... No manejo de um plexo de poderes (competências) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.<sup>124</sup>

Para Cerquinho, a discricionariedade é que conduziu à construção da teoria do desvio de poder.

Configurou-se essa como um limite imposto ao exercício da competência discricionária, para impedir a extrapolação, por parte da autoridade administrativa, do campo de abrangência de suas atribuições, cingidas a fins prefixados, vindo a incidir na arbitrariedade, com grave ofensa ao Princípio da Legalidade, linha mestra do regime jurídico-administrativo.<sup>125</sup>

Na mesma linha de pensamento, Caio Tácito ensina que:

Desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à construção

<sup>124</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998. p. 57.

<sup>125</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979, p. 59. No mesmo sentido: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, São Paulo v. 7, p. 68, jan./mar. 1947, para quem, tanto o desvio de poder quanto a usurpação de poder estão compreendidos no excesso de poder. A usurpação de poderes é a prática, pela autoridade administrativa, de um ato absolutamente estranho às atribuições da Administração, considerada como uma das funções do Estado; o excesso de poder é vício suscetível de ser encontrado em qualquer ato administrativo no qual sejam exercidas, ou não, as faculdades discricionárias. É vício genérico. O desvio de poder, em oposição, especial àqueles nos quais a autoridade se beneficia de faculdades discricionárias. É limite ao exercício do poder discricionário, diz o autor.



de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal<sup>126</sup>.

Com tal sentido, a idéia se propagou da jurisprudência francesa para outros sistemas jurídicos, como o italiano (*sviamento di potere*) e o anglo-saxão (*abuse of discretion*).

No Brasil, quem primeiro documentou a acolhida do desvio de poder na doutrina e jurisprudência foi o próprio Caio Tácito, ao citar o acórdão pioneiro da lavra do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Seabra Fagundes, em que ele acolhe a noção de desvio de finalidade, guardando analogia com o precedente francês do caso *Lesbats*.

Por ser ele considerado o *leading case* brasileiro em termos de controle jurisdicional dos atos administrativos, cabe transcrever a ementa da referida decisão<sup>127</sup> :

PODER DISCRICIONÁRIO DA  
ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER –  
MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E  
CERTO

– No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.

– O ato que, encobrando fins de interesse público, deixe á mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.

– O ‘fim legal’ dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. – O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança.

<sup>126</sup> TÁCITO, Caio. O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 2, p. 361, ago.1994.

<sup>127</sup> Em: *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v.14, p. 52, 1945.

O acórdão em causa representou corajosa inovação na jurisprudência brasileira, por ter rompido a velha praxe da insuscetibilidade da apreciação jurisdicional dos atos provenientes da Administração, quando editados no uso de faculdade discricionária.

A teoria do desvio de poder impressionou pela solidez do seu fundamento capital: o interesse público que norteia o ato, e não interesses de pessoas ou grupos privados que se socorrem e protegem sob o manto dele.

Todo ato do Estado (lei, ato administrativo ou sentença) visa sempre ao interesse público, ainda que, em exame superficial, possa parecer inspirado pelo interesse de determinado indivíduo. A proteção do administrado em sociedade decorre do interesse que todos os membros dela têm em que se respeite, no direito de cada um, o direito de todos.

O desvio de poder adquire renovada consagração e alcança definitiva afirmação na lei sobre a ação popular – Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 –, cujo artigo segundo inscreve o desvio de finalidade entre os casos de nulidade, que “se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra da competência”. De um modo mais particular, os textos assinalam, para certas competências, um preciso fim, destaca Jean Rivero<sup>128</sup>: os poderes de polícia

---

<sup>128</sup> RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p.290.

têm por finalidade assegurar a manutenção da ordem e o processo de alinhamento, fixar os limites da via pública, por exemplo.

A doutrina tem classificado o vício de desvio de poder sob uma dupla modalidade.

Em uma delas, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que possui em abstrato, busca atender a uma finalidade pública que, em verdade, não é aquela que a lei lhe assinala.

É possível que não caiba, nessa modalidade, a má-fé. Por outras palavras, a autoridade pensa ser prestante aquela competência para alcançar a finalidade visada, quando não o é.

Abrem-se duas possibilidades: ou a Administração se utiliza da competência para um fim só objetivável por outra competência (erro de direito); ou ela se serve deliberadamente de competência imprópria, pretendendo, por exemplo, eximir-se de embaraços, demoras, amarras burocráticas.

O relevante é o seguinte: em ambos os casos, fica caracterizado o desvio de poder; também deve ser recebida com cautela a assertiva de que o desvio de poder pressupõe um vício de intenção, porque, como visto, pode derivar de uma falsa concepção de interesse público<sup>129</sup>, embora a finalidade da própria competência seja desnaturada na prática de atos que não

---

<sup>129</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 69.

coincidem com o escopo legal, essa não é a intenção viciada do autor do ato, mas a utilização desviada do poder.<sup>130</sup>

Na segunda modalidade, o agente também faz uso da competência legal a ele atribuída, porém a finalidade – agora sim – é absolutamente alheia à pretendida pelo legislador.

O desvio de poder, cuja finalidade se encontra à margem de qualquer interesse público, é vício que encontra espaço para medrar precisamente quando o agente público está no exercício de competência discricionária.

Vício particularmente censurável, por traduzir-se em comportamento insidioso, é modalidade relevante para este trabalho. Macula a atividade administrativa porque dá a entender ser um falseamento de intenções por parte do agente, que, em meio à sutileza, edita atos administrativos com a aparência ilusória da legalidade.

Bandeira de Mello não faz alusão à má-fé, mas à falsa-fé e acrescenta: “Enquanto de público o ato se apresenta escorreito, na verdade possui uma outra face que se forceja por ocultar, já que é constituída de má-morte e orientada para escopos subalternos”.<sup>131</sup>

Em todas essas hipóteses, o autor do ato administrativo discricionário pretende sobrepor seu juízo pessoal ao do legislador; acaba por se insurgir contra um esquema de garantias do administrado, que exige

---

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 70.

adscrição aos fins legais, previamente estatuídos, e sujeição às vias estabelecidas para alcançá-las.

O desvio de poder não só é observado em ato administrativo; também as providências do legislador e do magistrado comportam tal figura.

Do primeiro, diz Caio Tácito:

O abuso de poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço do interesse incompatível com a sua legítima destinação.<sup>132</sup>

Os poderes do juiz, embora traçados na lei, certamente contêm uma dose de discricionariedade, especialmente nas inovações advindas da ordem pública perante as transformações do Direito. No entanto, a *dose de criatividade* do juiz, vale dizer, a liberdade a ele facultada na interpretação do Direito e na ponderação dos interesses em jogo não pode se afastar – como, de fato, nem o administrador, nem o legislador – do princípio da razoabilidade.

Vale lembrar que a razoabilidade necessária no trato das relações que envolvem interesse público é cognoscível só quando observado o dever de motivação expressa.

---

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 63.

<sup>132</sup> TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. 1994, p. 367.

Ao lado do desvio de finalidade, é oportuno fazer menção à teoria dos motivos determinantes e pontuá-las, em virtude de já ter pairado, sobre ambas, certa nebulosidade doutrinária e jurisprudencial.<sup>133</sup>

De acordo com essa teoria, os motivos que determinam a vontade do agente – os fatos que servem de suporte à decisão dele – integram a validade do ato. Ou seja, uma vez enunciados pelo agente, os motivos em que ele se calçou, mesmo que a lei seja silente a esse respeito, o ato só é válido se esses realmente acontecerem e o justificarem.

O motivo e o fim do ato administrativo guardam, entre si, dependência lógica. Já se disse atrás que aquele fator é condicionante e impulsionador da formação da vontade do agente; o segundo, uma imputação da lei.

Dadas as noções conceituais de um e outro, bem como da dinâmica com que eles se traduzem em relação ao ato, Cerquinho adverte que muitos juristas foram conduzidos a confusões entre tais aspectos. É que se parte da “indagação concernente à possibilidade de comportar, a pesquisa do desvio de poder, uma ponderação acerca dos motivos, no entendimento de que para fins de determinação daquele vício, torna-se mais fácil ao juiz sindicalizar, antes de tudo, o motivo do ato, no respeito à relação de dependência lógica que deve unir o fim ao motivo”.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. 1979, p. 65.

<sup>134</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. 1979, p. 65.

A jurisprudência administrativa francesa passa inclusive a se questionar a respeito da impossibilidade de se julgar a finalidade de um ato independentemente da apreciação de seus motivos.

Conseqüentemente, a inexistência de motivos válidos passa a consistir forte presunção de desvio de poder, tanto que o Conselho de Estado francês confere maior relevo à teoria dos motivos determinantes. O resultado foi o costume de se buscar a solução para os atos acoimados de desvio de poder na anulação deles por inexistência de motivos. Eis aqui grande equívoco.

De fato, o exame do motivo do ato é imprescindível ao juiz para fins de anulação por desvio de poder. Ao sindicalizar o motivo, o juiz chega ao vício incidente sobre a finalidade. Ora, se o motivo e o fim são intimamente relacionados, se existir vício que macule o primeiro (tanto a inexistência, quanto à incorreta subsunção à lei), ele se estenderá possivelmente sobre o segundo.

Só que a pesquisa dos motivos determinantes para efeitos de desvio de poder há de ser feita para facilitar a prova de sua ocorrência e não para servir de meio autônomo de anulação do ato, que, nesse caso, seria invalidado não por desvio de poder, mas pelos motivos que apresenta. O que acaba por acontecer é o uso da teoria dos motivos determinantes em detrimento da teoria do desvio de poder, quando elas são autônomas. Elas referem-se a dois aspectos distintos do ato. Em suma, se o ato padece de

finalidade, por essa causa deve ser fulminado; aplicável à espécie é a teoria do desvio de poder.

Em se partindo da premissa de que desvio de poder é vício que enferma o ato administrativo discricionário porque ele encerra desencontro entre a finalidade assinalada pela norma jurídica e a finalidade que lhe dá o agente, no uso de sua competência, pode-se concluir que tal vício consiste numa espécie de incompetência.

A finalidade do ato é desencaminhada daquela que lhe é específica. A esfera de atribuições legais é extrapolada. Age-se em desconformidade com a norma legal. Em virtude disso, a doutrina insiste que o desvio de poder é uma espécie de incompetência: não no conteúdo do ato, porque o agente está legalmente habilitado, mas na finalidade a ser alcançada.

Com efeito, se a parcela da função administrativa que ganha expressão na providência emanada da autoridade não se encontra na seara das faculdades dela, há o vício de incompetência (absoluta). Nesse caso, nem se cogitam os outros requisitos de validade.

Diversamente, na hipótese de a conduta se restringir ao uso das atribuições legais, não se fala de incompetência, mas de desvio de poder, porque a autoridade se afasta do fim legal. É vício autônomo, repita-se. Em essência, ambos são inassimiláveis na sua dinâmica.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> CERQUINHO, Maria Cuervo S. e Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*, 1979, p. 73.



Cerquinho diz que o fim é específico a um poder; quando não é alcançado, infringe a regra que outorgou a competência, conquanto os poderes se tenham organizado na direção de uma finalidade específica não buscada pelo agente.

Sob o império dos princípios, em especial, nesse caso, o da legalidade, é que jaz a Administração. Cabe à norma jurídico-administrativa prefixar um fim e conferir o poder, cujo exercício é norteado para a concreção daquele, mediante a prática do ato idôneo.

Na hipótese do descompasso entre ato e norma legal, figura o desvio de poder, que é vício objetivo. Mais: é vício de legalidade.

Mesmo nos casos em que o agente atuou sem o *animus* de desatender à lei, seu comportamento é fulminável: não porque teve tal escopo, mas porque assim procedeu. Não se trata da má-fé ou do intuito de alcançar um fim lícito por meio impróprio a ser considerado, mas da circunstância de este não realizar a finalidade para a qual a norma o preordena. “É que, no desvio de poder, a satisfação do escopo sobreleva a boa ou a má intenção do sujeito que pratica o ato”.<sup>136</sup>

O *vício subjetivo*, se é que se pode usar tal expressão, não é a razão jurídica pela qual o ato é invalidado, mas é o quanto basta para se depreender da justificação, que deve acompanhar o ato, que houve desvio do alvo a ser alcançado.

---

<sup>136</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1998, p. 73.

Os critérios adotados pela autoridade que não tenham sido orientados para o fim legal, ainda que desbordem o mérito e iniquem o ato de ilegitimidade, o controle é de legalidade, absolutamente possível ao Judiciário, de vez que o vício é de tal ordem.

A identificação do desvio de finalidade é tarefa árdua. Entretanto, a análise de todo o plexo de circunstâncias que envolve o ato, bem como o exame dos fatos que o antecedem – a fragilidade ou a densidade dos motivos – acabam pondo mais às claras as paixões que fazem com que o homem público se afaste do alvo pretendido pela lei quando confere a ele o exercício da faculdade discricionária. Eis aí a importância, cada vez mais crescente, de se falar em dever de motivação expressa, matéria a ser enfocada no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 3

### O CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELA MOTIVAÇÃO EXPRESSA

**3.1 A juridicidade da atividade administrativa. 3.2 Extensão do controle de legalidade. 3.3 Revalorização do direito das formas. 3.4 A motivação expressa como requisito de boa administração.**

De uma Administração Pública detentora do direito ilimitado para administrar, passou-se para outra, cuja tônica era estar condicionada à lei. A corrosão do modelo anterior acabou por torná-la excessivamente formal. Traduziu bem a malfadada ausência de comunicação entre Estado e indivíduo.

A revalorização do homem exigiu, então, que a figura do súdito cedesse lugar à de consumidor de serviços públicos. Daí o aparato administrativo precisar, cada vez mais, estar contextualizado ao meio do qual faz parte.

Os horrores do regime nacional-socialista, com suas práticas em obediência a determinações legais, contribuem para evidenciar a relevância da aplicação do direito com base em fontes para muito além da legislativa. Valores e princípios retornam ao sistema jurídico.

À grande querela em torno da sobrevivência, ou não, da discricionariedade, em tempos tão tormentosos, é proposta uma trégua quando se compreende ser o fenômeno absolutamente estranho aos temas da legalidade e do Estado de direito. Ao contrário, é ela que possibilita à Administração melhorar o cumprimento de seu desiderato.

A premissa é não manietar o agente público. Entretanto, essa *certa margem de liberdade* pode ocultar intenções desconformes à lei, as quais, com dificuldade, serão apuradas, acarretando anulação do ato, se não se romper com o entendimento clássico, segundo o qual, ao Poder Judiciário é defeso transpor a mera averiguação entre aquele e a vontade legal.

Está posto em xeque um controle do ato administrativo discricionário com bases unicamente formalistas.

À grande querela em torno da sobrevivência, ou não, da discricionariedade, em tempos tão tormentosos, é proposta uma trégua quando se compreende ser o fenômeno absolutamente estranho aos temas da legalidade e do Estado de direito. Ao contrário, é ela que possibilita à Administração melhorar o cumprimento de seu desiderato.

A premissa é não manietar o agente público. Entretanto, essa *certa margem de liberdade* pode ocultar intenções desconformes à lei, as quais, com dificuldade, serão apuradas, acarretando anulação do ato, se não se romper com o entendimento clássico, segundo o qual, ao Poder Judiciário é defeso transpor a mera averiguação entre aquele e a vontade legal.

Está posto em xeque um controle do ato administrativo discricionário com bases unicamente formalistas.

### 3.1 A juridicidade da atividade administrativa

A legalização da atividade administrativa foi o episódio central da história da Administração Pública no século XIX.

Venerada como algo sagrado na Revolução Francesa (século XVIII) e superestimada no século seguinte (XIX) – pois, quando se respeita a lei, não se fazem valer preferências pessoais<sup>137</sup> –, a adoração às formas acabou por levar a codificações. Pensou-se que a lei escrita continha todo o direito e que ele não poderia ser encontrado senão nela. A lei positiva, nesse período, foi a única fonte dele.<sup>138</sup>

Houve uma avalanche de leis extravagantes, decorrentes da Revolução Industrial e da própria expansão das atividades estatais que criaram direitos especiais e modificações nos códigos. Foi tão grande a ruptura com o pensamento dominante, que se chegou a indagar se havia lugar e fundamento para o princípio da legalidade.

Em verdade, não se poderia cogitar de tal supressão, conquanto não haja Estado sem poder, e este, sendo político, também é jurídico.<sup>139</sup> O grau

---

<sup>137</sup> Norberto Bobbio diz que a história do pensamento político foi acompanhado pela insistente pergunta: "Qual a melhor governo, o das leis ou o dos homens?" (*O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 1997, p. 151).

<sup>138</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. 1979, p. 17. Ressalte-se que, embora a adoração às formas tenha contribuído para a codificação, não foi sua única causa.

<sup>139</sup> Cabe sucinta remissão ao artigo de José Alcebiades de Oliveira Junior, que diz: "A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas. Por isso, politização do direito sim, mas juridicização da política também, porque senão o absolutismo se impõe" (Politização do direito e juridicização da política, *Revista seqüência*, Florianópolis, v. 32, p. 13, jul. 96). Para Prosper Weil, "o direito é a

de juridicidade do poder estatal é variável: quanto menor, tanto mais distante da sua finalidade, o bem comum, ele estará. A legitimidade dele fica comprometida quando ele se desvia da linha demarcatória da norma jurídica.

Embora o conceito formal de lei subsista como ato elaborado de acordo com procedimentos previamente previstos, até por uma questão de previsibilidade e segurança jurídicas, o que praticamente resta abandonado, ao menos na teoria, é o legalismo estrito; a servidão do intérprete unicamente à lei.

Em absoluto. A lei não exaure o Direito. Para além dela, há ampla rede hierarquizada de princípios e valores a ser aplicada, tanto que “a erosão não é do princípio da legalidade com sua função de garantia de direitos e até de obstáculo à total anarquia da administração; mas do princípio da legalidade girando só em torno da lei, na formulação originária”<sup>140</sup>. Entender hoje o princípio da legalidade é ampliar a secular relação lei/ato administrativo para ordenamento jurídico / Administração.<sup>141</sup>

A extensão da legalidade, vinculando a atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente e inerentes ao Estado de direito, transparece na Carta da República, segundo a qual todos os entes e órgãos administrativos devem obedecer a princípios outros que não só o da

---

continuação da política por outros meios ...” (*O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.)

<sup>140</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 144.

<sup>141</sup> MEDAUAR, Odete, *ibidem*, p. 145.

legalidade<sup>142</sup>. Exemplo disso é a extensão das garantias do devido processo às relações entre administrados e entes públicos, fenômeno a que Alberto Ramon Real denomina *jurisdicionalização do procedimento administrativo*.<sup>143</sup>

Segundo discurso de Cármen Lúcia Antunes Rocha,<sup>144</sup> a história do processo é a própria história do homem e de sua luta por democratizar as relações de poder e com o poder.

O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro, inclusive consigo mesmo. Por isso, o processo, como formalização de comportamentos para a reivindicação e efetividade de direitos, põe-se como uma necessidade da civilização e da civilidade jurídica do homem no Estado.

(...)

O processo é o grande instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita, porque ela será aperfeiçoada pelo Estado em forma processada segundo paradigmas jurídicos bem definidos e previamente estabelecidos e conhecidos<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> “Art. 37- A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e eficiência ...” O princípio da eficiência advém da Emenda Constitucional n. 19/98, que expressamente o acrescentou.

<sup>143</sup> RAMON REAL, Alberto. Fundamentación dei acto administrativo. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 62, p. 10, abr./jun. 1982.

<sup>144</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista trimestral de direito administrativo*, v. 17, p. 05. Em tempo: o conceito de processo empregado, também ministrado pela autora, é este: “... Instrumento pelo qual se cumpre a função estatal de solução de uma lide; é o meio formal de que se vale o Estado, direta ou indiretamente, para solver conflitos havidos no seio da sociedade ...” (*Ibidem*, p. 05).

<sup>145</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. p. 4-5.



Instrumento de atuação estatal, cujo escopo é a garantia da prestação jurisdicional, o processo foi se sedimentando como direito individual e formalizado conforme princípios específicos. O direito fundamental é, na verdade, ao *devido processo legal*.

Desde a concepção medieva de processo administrativo, inquisitorial e trancado em porões mal iluminados, até a sua publicidade e conseqüente participação do interessado, decorreram alguns séculos de irresponsabilidade e de motivos silenciosos da Administração.

O *due process of law* é fruto do direito medieval inglês. Incluído na Magna Carta de 1215, ele compreende “um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o do direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado e prévio, naturalmente identificado ...”<sup>146</sup>

No Brasil, o constitucionalismo positivo albergou o princípio do devido processo desde a Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824. Coube à Constituição da República de 1988 inseri-lo no elenco dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado, bem como estendê-lo ao processo administrativo<sup>147</sup>. Em sede administrativa quer significar o dever que a

---

<sup>146</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. p. 17.

<sup>147</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Administração Pública tem de atuar, material e formalmente, segundo o preestabelecido pelo Direito.

A opção pelo governo das leis faz emergir certo princípio não expresso na Carta Federal, mas facilmente depreendido dos princípios nela elencados: o da motivação expressa.

Este princípio é um dos pilares básicos do Estado de direito contemporâneo e forma prática de impor e facilitar a fiscalização do próprio império da lei.

A Administração segundo a lei supõe a necessidade de uma base normativa para intervir na esfera dos direitos individuais. Os órgãos do Estado, como criações artificiais, não têm mais competência do que aquela que lhes é atribuída pelas normas jurídicas.

É natural que se exija das autoridades justificar sua competência, invocar a norma que lhes atribui o poder jurídico exercido. E é natural que lhes exija, ademais, demonstrar que se dão, no caso concreto, os requisitos de motivo e finalidade que condicionam a validade do exercício desse poder. O direito do administrado – que tem deixado de ser súdito do príncipe para tornar-se cidadão, participe da formação da vontade do Estado – requer a justificação legal da competência e de seu exercício racional. O governo por persuasão e consentimento tende a substituir, no possível, a dominação coativa.<sup>148</sup>

Longe de supor a conversão do procedimento administrativo em judicial, a extensão dos princípios do devido processo à atividade administrativa é simplesmente a adoção ou assimilação das “formas próprias

---

<sup>148</sup> RAMON REAL, Alberto. Fundamentacion del acto administrativo. 1982, p. 13.

do debate contraditório, bilateral, com participação da outra parte, em oportunidades de defesa, audiência de terceiros interessados, possibilidades de ver o expediente, provar, alegar e recorrer a órgãos superiores ou terceiros imparciais”.<sup>149</sup>

A motivação expressa, além de garantir o direito dos administrados, facilita a interpretação no controle do ato e defende a boa administração. Impõe limite a *arcana praxis*. E o império da legalidade a todo regime político sano interessa, porque aquilo que é bom ao administrado o é também aos entes estatais, cujas decisões já não podem prescindir da convicção popular.

---

<sup>149</sup> RAMON REAL, Alberto. Fundamentacion del acto administrativo. 1982, p. 11-12.

### 3.2 Extensão do controle de legalidade

Tomado do francês, o termo *controle* integra hoje o vocabulário usual da língua portuguesa, na qual denota vários sentidos: dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação e, até, registro.<sup>150</sup>

Ao se pensar em Estado, o controle sobre ele se pode dar de duas formas distintas, a saber:

De um lado, o *controle político*, oriundo da necessidade de equilíbrio entre os poderes estruturais da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. Seu delineamento é constitucional e pontifica o sistema de freios e contrapesos nascido da célebre teoria da separação dos poderes de Locke e Montesquieu<sup>151</sup> (séculos XVII e XVIII). As normas estabelecidas visam a inibir o crescimento de qualquer um daqueles poderes e compensar eventuais pontos de debilidade de um para não deixá-lo sucumbir à força dos outros.<sup>152</sup>

De outro lado, o *controle administrativo*. Nele não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos. Ele pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado: a administrativa.

---

<sup>150</sup> Deriva de *contre-rôle*, que significa: registro efetuado para, posteriormente, confrontar e verificar os dados com o original; também rol dos contribuintes de tributos. Para se obter informação mais detalhada, inclusive a tipologia de diversos autores, consultar: MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.13.

<sup>151</sup> Expressando-se de forma bastante sintética, Jean Jacques Rousseau supõe que a origem e a justificação do poder não estão apoiadas em um direito divino, mas na vontade confluyente dos vários indivíduos que compõem o todo social; é a idéia da soberania social e da democracia. Para Montesquieu, todo aquele que tende a ter poder, tende a dele abusar. Por isso, quem faz as leis não as executa e nem as julga, e assim sucessivamente (cf. Bandeira de MELLO, *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*, 1998, p.11-12).

<sup>152</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 617.

Consuma-se de várias formas, tais como a verificação da legalidade, ou não, dos atos administrativos ou a conveniência e oportunidade de condutas da Administração Pública.

Dois pilares sustentam o controle acima apresentado: o da legalidade e o das políticas administrativas<sup>153</sup>.

Dispensáveis muitas referências ao primeiro deles, porque se tem falado com insistência nele, até porque reconhecidamente ele é o mais importante em termos de função administrativa. Tudo o que venha a ser processado no âmbito da Administração Pública deve estar adstrito ao comando legal.

O princípio das políticas administrativas é o poder, conferido à Administração, de estabelecer suas diretrizes, metas, prioridades e planejamento, para que a sua atividade seja desempenhada pelo modo mais rápido e eficiente possível.

Nessa esteira de idéias, o controle da Administração pode ser entendido como o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder”.<sup>154</sup>

A função de controle tem relação intrínseca com o instituto da garantia jurídica; a sua natureza é a de princípio fundamental.

---

<sup>153</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 1999, p. 618-619.

<sup>154</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 1999, p. 619.

No quadro geral dos controles que incidem sobre a atividade da Administração Pública, o controle jurisdicional se caracteriza como *externo, a posteriori, repressivo ou corretivo*.

O jurisdicional continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração, apesar da busca ou da instituição de outros meios, a exemplo do *ombudsman*, adotado na Suécia (onde teve sua origem, já no século XVIII), Inglaterra, França (*médiateur*), Portugal (*provedor*), Espanha (*defensor do povo*) e até no Brasil, com contornos diferentes<sup>155</sup>.

O controle jurisdicional organiza-se em dois sistemas: o da *jurisdição dupla* – dualidade de jurisdição, contencioso administrativo ou jurisdição administrativa – e o de *jurisdição una* – unidade de jurisdição ou jurisdição ordinária.

O sistema de jurisdição dupla é marcado pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a *ordinária* (ou *comum*) e a *administrativa*.

Em tese, a jurisdição administrativa, destina-se a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. O contencioso administrativo forma um conjunto hierárquico de juízos ou tribunais administrativos, encabeçados pelo *Conseil d' Etat*, órgão supremo, cujas decisões representam a última instância.<sup>156</sup> Países como França (de onde se originou), Alemanha, Suécia,

---

<sup>155</sup> Um exemplo citado por Odete Medauar é o da Prefeitura de Curitiba, que, em 1986, criou a figura do Ouvidor Municipal para atuar na defesa de direitos e interesses individuais e coletivos em face de atos e omissões da Administração Municipal. Relewa salientar o detalhe de que ele é designado pelo Prefeito, o que enfraquece sua independência (cf. *Controle da administração pública*, 1993, p. 155).

<sup>156</sup> Para uma pesquisa mais detalhada vide WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. 1977. 171 p.

Portugal, Itália e Bélgica o adotam, sempre com características diferentes e próprias.

No Brasil vigora o sistema da unidade de jurisdição<sup>157</sup>. O julgamento dos litígios em que a Administração Pública é parte, compete aos juízos e tribunais comuns. Órgãos ou varas especializadas (não justiça especial) são admitidas, mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição. Em favor podem aduzir-se estas razões: a simplicidade e a unidade, ou seja, a margem de problemas com a competência diminui; os argumentos contrários ficam por conta da não especialização dos juízes (eventuais dificuldades na compreensão adequada das questões referentes à Administração Pública) e a sobrecarga do Poder Judiciário.

Assim é que, por força constitucional, assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda acerca da adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação controvertida. É ele que “controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso”.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Adotado nos países anglo-saxões e também em alguns latino-americanos, como a Argentina.

<sup>158</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 2000, p. 214.

Observe-se que tal controle, na Carta Política de 1988, foi aumentado e fortalecido, já não se limitando às lesões de direito. A mera ameaça já é suficiente para fundamentar a revisão ou correção judicial.

O Texto Constitucional anterior dizia:

Art. 153 - (*omissis*)

(...)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de ato individual ...

O atual assim dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

(...)

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ...

Ao incluir a *ameaça* de lesão, ele agilizou o controle jurisdicional, tornando-o mais adequado a enfrentar qualquer dano a bem ou valor, do indivíduo e da sociedade.

Bem por isso, os remédios de correção se ampliaram. Dentre as medidas judiciais intentáveis para correção de condutas administrativas – sem prejuízo daquelas comuns ao direito privado, a exemplo das relativas à defesa ou reintegração de posse ou as ações indenizatórias e as cautelares em geral –, há algumas específicas para atos ou omissões de *autoridade pública*, *v.g.*, *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado



de injunção, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade.<sup>159</sup> Como exemplos de tal alargamento, surgem o mandado de segurança coletivo para o enfrentamento de situações que atinjam classes ou a própria sociedade e a ação civil pública. A ação de responsabilidade extracontratual torna-se mais abrangente. Nas malhas dela agora se incluem os delegados e os prestadores de serviço público, “enfim todo o arsenal jurídico necessário a corrigir situações descompassadas com o Direito”.<sup>160</sup>

Quando se trata do tema do controle jurisdicional da Administração Pública, uma das questões fundamentais é a do alcance da atuação do Poder Judiciário. Em outros termos, até onde pode ele chegar no exame do ato administrativo discricionário?

O problema vem sendo suscitado sobretudo quanto à matéria da legalidade, do mérito e da discricionariedade. A repercussão se dá em aspectos específicos, como a apreciação dos fatos que envolvem o ato editado pela Administração Pública.

Vale lembrar que, em essência, *legalidade* é conformação da atividade administrativa às normas e princípios jurídicos que a norteiam. *Mérito* significa apreciação quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. *Discricionariedade* diz respeito a certa liberdade de escolha da melhor solução entre várias, incluindo-se aí a omissão.

---

<sup>159</sup> O intuito é apenas o de listá-las, razão por que não se procede a comentário nenhum em particular.

<sup>160</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 1994, p.240.

Há um posicionamento favorável ao *controle restrito* do Judiciário sobre a Administração, circunscrito somente àquela noção de legalidade como atuação conforme a Constituição da República e à lei, ou seja, a verificação do ato discricionário efetuar-se-ia no âmbito da competência, forma e licitude do objeto.

Trata-se do entendimento da doutrina clássica, cujos fundamentos são a separação dos poderes e o fato de os integrantes do Poder Judiciário serem desprovidos de mandato eletivo e, portanto, não terem legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público.

Outro entendimento se inclina por um *controle amplo*, cujo respaldo seria justamente a separação dos poderes: “Se o poder detém o poder, se ao Poder Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida. Para isso os ordenamentos garantem a independência dos juízes”.<sup>161</sup>

Importa pôr termo à errônea visão de que o exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo discricionário constitui intromissão indevida em seu mérito, em sua concepção política, porque, no estágio atual de mudança e complexidade sociais, chega a destoar a discussão em torno de caber, ou não, reapreciação judiciária em um Estado tido por democrático, como o brasileiro<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 1993, p. 172.

<sup>162</sup> “Já a democracia é não só um modo de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder” (cf. em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1998, p.100).

A esse respeito, Bandeira de Mello tem afirmado que os mais ilustres juristas – nacionais e estrangeiros – concordam e, à unanimidade, vêm proclamando ser escorreita tal asserção.<sup>163</sup>

Todo e qualquer ato administrativo, proveniente de qualquer um dos três Poderes, deve preencher requisitos para a sua válida expedição. Os motivos, a finalidade e a sua causa, porque podem comportar discricionariedade, devem ser verificados pelo juiz, em havendo provocação.

*Motivo* é aquela situação de fato ou de direito autorizadora da prática do ato. *Motivo legal* é a previsão abstrata de uma situação empírica contida na regra de direito; *motivo de fato*, o próprio conjunto de circunstâncias. Daí a necessidade da subsunção deste àquele. Motivo é condição de validade do ato administrativo.

Ora, se assim é, como pretender que o controle de legalidade não vá até ao exame do motivo? É ele – quer quanto à subsistência, quer quanto à idoneidade que possui para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil no que respeita à contenção do administrador público na esfera discricionária a ele conferida.

Analisar os pressupostos fáticos embaixadores do atuar administrativo é recurso inafastável para aferir o direito. O juiz não se distancia de seu mister quando procede ao cotejo entre enunciado legal e situação concreta.

---

<sup>163</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 2000, p. 765.

A finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato administrativo. Como, para cada finalidade pretendida pela Administração Pública, existe um ato definido em lei, não se pode buscar, mediante certo ato, a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser obtida por outro ato.

Havendo, ou não, vício de intenção, saliente-se que ele macula o ato porque o resultado não guarda relação adequada com a finalidade, em vista da qual poderia ser praticado. Trata-se do descompasso objetivo entre as finalidades do ato e da lei, que ao Poder Judiciário cabe examinar.

Por fim, a *causa* é a adequação lógica entre o pressuposto de fato (motivo) e o conteúdo do ato, em vista da finalidade legal. Mesmo que o agente possa escolher os motivos, estes precisam guardar relação de pertinência com o ato praticado. É graças a ela que o Judiciário pode controlar a validade do comportamento administrativo nos casos em que a lei não enuncia os motivos legitimadores da prática do ato administrativo.

Portanto, o tema evitado no positivismo jurídico - verdadeiramente segregado em função da preciosa separação dos Poderes e da idéia vigente de que ninguém sabe mais sobre as razões da Administração Pública do que ela própria - mostra-se, em tempos hodiernos, tão cheia de ranço absolutista, quanto superficial demais para subsistir.

Realmente, há que se considerar o argumento da tripartição de Poderes, sobretudo se for relembrada a visão pragmática de Montesquieu quanto à contenção da vaidade humana. Mas, em termos de Brasil, país cujo

sistema de jurisdição adotado é o da unidade, que outra solução seria dada à defesa do administrado?

De fato, a Administração Pública tem livre escolha quanto à conveniência e oportunidade na expedição de seus atos e providências; mesmo sob vigilância legal, ainda assim a tem. E não poderia ser diferente, porque, se tudo fosse regrado, acabaria por engessar a atividade administrativa, a ponto de quase inviabilizá-la.

Quando se trata de ampliar a zona de sindicalização conferida ao Poder Judiciário, não se pretende sobrepor o critério pessoal do juiz a outro, igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador. Nesse caso sim se trataria de invasão de esferas.

Não há indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo discricionário se o critério adotado pelo administrador for manifestamente impróprio e descontraído da finalidade da lei ante as circunstâncias e possibilidades que a ele se abre.

O que precisa ficar claro é que a cognição dos *atos* é indispensável para que, em exame de legalidade, possa ser retirado o que é sindicável daquilo que *não* é. “Para definir o que é legalidade e o que é mérito, só examinando os motivos, para que o que excede do juízo de oportunidade, e o objeto do ato, para perquirir o que excede do juízo de conveniência”.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 1988, p.82.

De fato, há uma área incognoscível, inatingível, por efeito de impossibilidade lógica. Ora, só quem decide sabe com *exatidão* as variáveis que animaram a escolha de uma opção em vez de outra. É este – apenas este – o âmbito no qual residem a verdadeira discricionariedade e a conseqüente impossibilidade de ela ser perscrutada. Afora ele, tudo o mais – o produto do *sopesar os fatos* – é controlável. Não é outro o conteúdo jurídico do princípio da motivação expressa do que a visualização desse precioso resultado.

### 3.3 Revalorização do direito das formas

No projeto de Constituição elaborado por Bernardo Cabral constavam, como condições de validade dos atos administrativos, a *motivação suficiente* e, como requisito de sua legitimidade, a *razoabilidade*<sup>165</sup>.

Não fosse o fato de, na redação definitiva, essas duas condições terem sido supressas ao ordenamento jurídico brasileiro, teria sido expressamente acrescentado mais um direito fundamental: o *dever de a Administração Pública motivar suficientemente seus atos*.

Talvez fossem menos numerosas as resistências das autoridades em explicitar as razões que animaram a opção delas por uma providência em detrimento de outra, pois que elas ainda se valem da velha concepção de que, à falta de lei expressa, motivar é desnecessário<sup>166</sup>.

A obrigatoriedade de motivar atos administrativos e de estendê-la à categoria de direito fundamental – ou pelo, menos, as discussões e torno do tema – surge num ambiente marcado pela revalorização do direito procedimental.

Convém lembrar que o século XIX primou por abolir resquícios absolutistas. O resultado foi a consagração de um sistema jurídico baseado

---

<sup>165</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Razoabilidade de discricão administrativa. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 85, p. 172, jan./mar.1988.

<sup>166</sup> É importante salientar que essa observação deve ser recebida com cautela, eis que, na realidade, existe legislação brasileira dispondo sobre o processo administrativo: Lei n. 9784/99 e Lei Paulista n. 10.177/98, nas quais é expressa a obrigação de motivar os atos.

na vinculação judicial entre Administração Pública e direito material, nos termos do princípio da legalidade administrativa.

Fatores como a necessidade de resposta a exigências práticas do alargamento da intervenção administrativa e razões de eficiência contribuíram para a revalorização das formas, já que a atividade administrativa vem sendo caracterizada pela diversificação e conflituosidade dos interesses públicos e privados que reclamam uma atenção normativa particular para o modo como a Administração prepara e toma suas decisões.

Começa-se a perceber que, mesmo à falta de um preceito constitucional ou legal que determine, em geral, a obrigatoriedade de motivar os atos públicos, o particular, participante de um processo administrativo, tem o direito de conhecer os fundamentos dos atos que lhes sejam desfavoráveis, porque só assim ele está em condições de optar conscientemente pela respectiva impugnação judicial.

Parte da doutrina tem entendido que a base constitucional se encontra simultaneamente no princípio do Estado de direito (na dimensão participativa) e na cláusula geral de garantia de acesso à via judicial para defesa dos direitos das pessoas.<sup>167</sup> Para a outra parte da doutrina, a base constitucional se encontra nos princípios da legalidade e do controle judicial dos atos administrativos.<sup>168</sup> Pode-se traçar também um paralelo com aquilo

---

<sup>167</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 189.

<sup>168</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, p. 119. Aliás, diz-se que é direta a conexão do princípio da motivação com o princípio da controlabilidade judiciária dos atos administrativos, visto que se trata, neste



que a Carta Política estabelece no artigo 93, IX, que obriga virem fundamentadas todas as decisões emanadas do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

Crê-se que ambas as posições são acertadas, pois, em se tratando de um princípio implícito no ordenamento jurídico, ele deriva, na verdade, da articulação de todos os demais. Para com o administrado, constitui, no mínimo, deslealdade – usando o termo reiteradamente empregado por Alberto Ramon Real<sup>169</sup> - a Administração ocultar-lhe as razões do ato administrativo discricionário que recuse, *v.g.*, certa pretensão dele. Poderia ele, de posse das razões, optar por impugnar, ou não, o ato judicialmente. Até porque, o Estado brasileiro, por ser de direito, e, por isso, a atividade administrativa é essencialmente sublegal, ao administrador incumbe, além do dever de alcançar a finalidade da lei, prestar contas de sua escolha.

*Fundamentar* – ou *motivar* – um ato administrativo é decisão jurídico-pública, tanto por tal ato ser acessível à compreensão dos seus destinatários, viabilizando o controle do ato, quanto pelo seu caráter jurídico e vinculado, intencionalmente dirigido à satisfação dos fins previstos numa ordem de Direito.<sup>170</sup>

---

último, de um desdobramento do direito fundamental à efetiva tutela judicial. Nesse sentido, conferir: OSÓRIO, Fábio Medina, O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por merecimentos nas respectivas carreiras, *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 36, abr. 2000).

<sup>169</sup> RAMON REAL, Alberto. *Fundamentacion del acto administrativo*, 1982, p. 07.

<sup>170</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992, p. 11.

Assim é que, em linguagem comum, a motivação pode ser entendida como *exposição* enunciativa das razões da decisão ou, então, como *recondução* do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique.<sup>171</sup>

Em verdade, não são exatamente sinônimos os vocábulos *fundamentação* e *motivação*. Aquela parece abranger esta quando pretende não apenas a verificação do ato administrativo para efeitos de controle pelo Poder Judiciário, mas assegurar a reflexão de um poder decisório responsável.<sup>172</sup>

Alberto Ramon Real usa o termo *fundamentação*. Entende ser preferível, porque este encerra uma noção mais técnica e evita confusão entre os motivos do ato administrativo e a exposição deles<sup>173</sup>.

José Carlos Vieira de Andrade, em estudo sobre o dever da fundamentação expressa no Direito português, evidencia que esta é mais ampla do que a motivação, “se for vista como exigência abstrata, legislativa, não destinada apenas ao controle, mas também à reflexão decisória determinada pela realização do interesse público”.<sup>174</sup> Ele, ao longo de seu trabalho, chega mesmo a falar em *imperativo da fundamentação*.

---

<sup>171</sup> Na primeira hipótese, o aspecto privilegiado é o *formal*, em associação à transparência da decisão; privilegia-se, no segundo, a idoneidade *substancial*, ao integrar o ato num sistema de referência em que encontre legitimidade (cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *ibidem*, p. 11).

<sup>172</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992, p. 13.

<sup>173</sup> RAMON REAL, Alberto. *Fundamentacion del acto administrativo*. 1982, p. 07.

<sup>174</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. p. 22.

Diversamente, as doutrinas italiana e nacional preferem usar o termo *motivação*, por este alcançar não só os pressupostos de fato e de direito, mas também seus fundamentos jurídicos e a finalidade perseguida, ou seja, o resultado final que se deseja fruir com a providência administrativa.

O interessante é que os administrativistas – mesmo preferindo um ou outro vocábulo, e justificando a escolha deles – tomam-nos, de modo geral, como sinônimo em algum momento de seu trabalho<sup>175</sup>.

A predominância do vocábulo *motivação* resulta, em grande medida, da intenção de designar o prisma da fiscalização jurisdicional. Porque o enfoque dado a este trabalho e, também, porque se trata de terminologia consagrada na doutrina pátria – até porque seria inútil propor seu abandono –, opta-se pela expressão *motivação*, o que não quer dizer, em absoluto, que não se vá buscar subsídios na *fundamentação*, sobretudo porque este termo reflete a história racional da decisão administrativa.

Entre *motivo* e *motivação* a distinção é bastante sutil:

O *motivo* diz com uma situação subjetiva de direito. A *motivação*, com uma situação concreta de direito e de fato ao mesmo tempo.

O motivo, por exemplo, advém de uma causa definida, conquanto a motivação surge de premissas gerais fundamentais...

Não é bastante, diante do que possa produzir um ato administrativo, dar importância a uma exposição de razões quando essa exposição não refletir antecedentes de fato e de direito. Do contrário, a

---

<sup>175</sup> A observação é restrita aos administrativistas aqui utilizados e sobretudo é feita não com o intuito de criticar a falta de rigorismo terminológico, mas, sim, chamar a atenção ou para a incerteza quanto à opção, ou para a generalizada falta de sinônimos.

finalidade passaria a único e coercitivo elemento de valor jurídico.<sup>176</sup>

Assim é que, editada uma providência administrativa, a motivação envolve explicitação das razões da Administração. Por ela se dão as condições de sustentação jurídica do ato. Daí não ser aceita a simples exposição de motivos – circunstâncias de fato – que estão na sua base.

A mera descrição do *iter* psicológico ou lógico do agente público para chegar a determinada decisão que constitui o conteúdo do ato administrativo não deve ser confundida com a motivação.

O raciocínio do *iter* psicológico tem caráter hipotético, valorativo, que não se encontra propriamente na motivação. Ainda que sejam aproveitados elementos daquela seqüência de operações, não é desejável que ele coincida com o conteúdo da motivação.<sup>177</sup>

É que a motivação reflete menos que aquele *iter*, pois não poderá fazer referências nem a hipóteses rejeitadas na formação da decisão, nem a elementos inconvenientes que participaram daquele processo. Se assim não fosse, a motivação consistiria na explicação do ato em função do agente, porém não na sua justificação, ensejadora de controle racional, jurisdicional. Deve ela ser entendida como instrumento valioso na contenção da autoridade pública e no controle da sua atividade.

---

<sup>176</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Motivação dos atos administrativos*. 1994, p. 57.

<sup>177</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do ato administrativo*. 1979, p.108.

Divergentes são as posições quanto à natureza da motivação expressa.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, por exemplo, diz que ela é um requisito de forma.

Em posição diametralmente oposta, Alberto Ramon Real compartilha opinião idêntica à daqueles que assinalam a sua importância substancial ou de fundo, porque motivação não se cumpre com qualquer fórmula convencional; a motivação expressa deve ser suficiente, explicitar a razão dos processos lógico e jurídico determinantes da providência administrativa.

Para Marcelo Harger,<sup>178</sup> a motivação expressa diz respeito aos dois aspectos: não só a análise dos elementos – motivo, causa e conteúdo – do ato administrativo, mas também da própria substância do ato.

Por fim, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Carlos Ari Sundfeld, discordando dos pontos de vista anteriores, entendem a motivação expressa como requisito procedimental. Parece ser este o entendimento mais coerente.

A motivação expressa é instrumento de aferição de legalidade do ato administrativo. Não serve para aclarar o conteúdo nem auxilia na interpretação dele, porque o ato – ele sim – produz mudanças no universo jurídico; a motivação, não. Logo, fica descartado que ela seja questão de fundo.

---

<sup>178</sup> HARGER, Marcelo. A motivação do ato administrativo. *Informativo do Instituto de Ciências Jurídicas*, Joinville, n. 14, p. 5 set. 2000.

Como tal, a motivação expressa é pressuposto de validade de qualquer ato administrativo. Não é o fato de visar à exposição de outros pressupostos do ato (motivo, finalidade, causa) que pode ser confundida com eles. Para a validade do ato se requer tanto a existência destes pressupostos (aspecto substancial) quanto a sua enunciação.<sup>179</sup>

A motivação expressa, por ser requisito procedimental, é também um ato, exigido como condição imprescindível para a regular prática do ato administrativo<sup>180</sup>.

A compreensão perfeita da natureza da motivação exige seu reconhecimento como um ato de administração diverso do ato motivado; um ato não autônomo, umbilicalmente ligado ao ato administrativo, mas diverso dele. O fato de, muitas vezes, virem expressos em um mesmo instrumento não os torna unos: ninguém confundiria uma demissão com uma admissão por estarem veiculadas em um só decreto. Tanto, que é admitida a motivação *aliunde*, isto é, constante de instrumento autônomo ...<sup>181</sup>

A motivação não é forma (exteriorização) nem formalidade (modo específico de exteriorização do conteúdo) do ato administrativo, pois que ele não se presta para explicitar seu conteúdo, mas seus pressupostos. Ela tem conteúdo próprio, razão pela qual não é parte do ato administrativo nem em seu aspecto de fundo. Ela é ato autônomo, sem feição própria: um ato de

---

<sup>179</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. 1985, p. 124.

<sup>180</sup> Carlos Ari Sundfeld aduz, como exemplo, a licitação, em que o ato de classificação é precedido do de adjudicação (Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados, 1985, p. 125).

<sup>181</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Ibidem*, p. 125.

Administração, porque, em si mesma, a motivação é desprovida de eficácia jurídica. Pode até mesmo gerar questões próprias de forma e de conteúdo.

A distinção é particularmente relevante se se pensar na eventual exigência de motivação do ato de motivar, criando uma cadeia *ad infinitum* de motivações. Tal não acontece, pois a motivação é requisito não de todo e qualquer ato proveniente da Administração, mas especialmente dos atos administrativos, os que criam, modificam, declaram ou extinguem direitos.

O ordenamento jurídico brasileiro, entre avanços e resistências, parece seguir a propensão estrangeira para o alargamento da necessidade de serem motivados os atos provenientes da Administração Pública.

Dentre os que vêem a tônica da motivação recair nos atos regrados e facultativamente nos discricionários, está Diogenes Gasparini.<sup>182</sup>

Abandonando a distinção entre atos vinculados e discricionários para efeitos de motivação, Antônio Carlos de Araújo Cintra defende, em princípio, que todo ato administrativo deve ser motivado.<sup>183</sup> No mesmo sentido situa-se Alberto Ramon Real, para quem tal obrigatoriedade é princípio geral de direito contemporâneo.<sup>184</sup> Observe-se que Hely Lopes Meirelles, revendo posições anteriores, compartilha do mesmo entendimento<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 1992, p. 72.

<sup>183</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, 1979, p. 125.

<sup>184</sup> RAMON REAL, Alberto. *Fundamentacion del acto administrativo*, 1982, p. 17.

<sup>185</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 1999, p.181.

De posição mais contida – pode-se dizer – fazem parte José Carlos Vieira de Andrade<sup>186</sup>, Carlos Ari Sundfeld<sup>187</sup> e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>188</sup>.

A fundamentação é imposta, desde logo, apenas a certos atos administrativos, em particular aos que possam afetar desfavoravelmente os direitos e interesses jurídicos dos privados. Dirige-se, portanto, em princípio, à 'administração de autoridade', em que o paradigma de atuação é o da 'estatuição imperativa', produto da vontade unilateral da estação pública responsável pelo exercício da competência legalmente atribuída, à qual o particular se submete ou adere...

... Verifica-se que a obrigatoriedade de fundamentação expressa facilita e potencia o controle a posteriori das atuações administrativas. O momento da fiscalização sucessiva parece ser o que mais se beneficia da externalização de fundamentos, seja do ponto de vista dos interessados tocados pelo ato, seja da perspectiva do juiz ou de outras entidades com poderes de controle – de tal modo que (...) se torna indispensável resistir continuamente à tentação de reduzir o dever de fundamentação a uma garantia contenciosa.<sup>189</sup>

Quando a lei indica a motivação como formalidade do ato administrativo, ela se torna essencial; a ausência dela importa nulidade do mesmo. Na hipótese de a norma de direito nada dispor, a consequência da omissão deve ser apreciada caso a caso. No entanto, postura de bom trânsito é a que exige a declinação dos motivos nos atos: *negativos*, como os que recusam pretensões (denegação de autorização, licenças, aprovações,

---

<sup>186</sup> Em: *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992.

<sup>187</sup> Em: *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, *Revista de direito público*, v. 75, 1985.

<sup>188</sup> Em: *Motivação dos atos administrativos*. *Revista forense*, v. 270, 1980.

<sup>189</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 1992, p. 17-18.



critério de merecimento na carreira<sup>190</sup>); *limitadores* ou *extintivos* de direitos (ocupação de terreno, declaração de utilidade pública); *impositivos* ou *determinantes* de comportamentos e que aplicam sanções disciplinares a funcionários (suspensão, demissão); *revocatórios*; *modificativos* de práticas administrativas vigentes porque eles interferem, de alguma forma, na esfera dos direitos dos administrados.

A motivação expressa pode ser dispensável somente quando contida, implícita e clara no conteúdo do ato vinculado, cuja prática já está predefinida em lei. O que mais importa nesses casos é a ocorrência do motivo perante o qual o comportamento era obrigatório. Assim, se não for motivado, mas possível demonstrar ulteriormente que o motivo preexistia, para além de qualquer dúvida, a explicitação dele passará para segundo plano, podendo até vir a ser desnecessária.

Ora, não se trata de exceção à regra geral do dever de motivar, o qual vem sendo sustentado até aqui, mas de entendimento de que ela só é dispensável porque implicitamente contida no ato. Exemplos do que se quer dizer são: a aposentadoria compulsória por implemento de idade; a expedição de certidão sobre fato a respeito do qual nenhuma dúvida se

---

<sup>190</sup> Consulte-se o artigo de Fábio Medina Osório, que se vale de sua experiência pessoal para denunciar a ocorrência de atos secretos e imotivados em uma Instituição - Ministério Público – cujo papel fundamental tem sido justamente a fiscalização dos abusos cometidos pelos Poderes da República em detrimento dos interesses sociais (O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por merecimentos nas respectivas carreiras, 2000, p. 11-63).

apresenta. A justificação seria mera repetição do que claramente está exposto em seu conteúdo.

Os elementos idôneos para a suficiência da motivação variam conforme as necessidades concretas da justificção do ato específico. Também nada impede definir o esquema mínimo para aferir se determinada motivação preencheu, ou não, o requisito da suficiência.

Primeiramente, precisam ser indicadas as premissas de direito e de fato sobre as quais o ato se apóia: obviamente, com a menção das normas legais aplicadas, sua interpretação e, até, a razão da não aplicação de outras, bem como a avaliação das provas examinadas,<sup>191</sup> num segundo momento, a justificção das regras de inferência, através das quais se passou das premissas à conclusão, se necessário. Frise-se que a motivação se trata de uma moldura a ser preenchida de acordo com as necessidades.

Em se tratando de atos administrativos discricionários, é preciso mais atenção por parte do agente público, em virtude da necessidade de justificar a escolha deles entre as alternativas que se abrem. Essa ponderação resulta da apreciação das questões de conveniência e oportunidade confiadas ao agente pela lei. É esta a zona permitida à sindicabilidade pelo juiz.

A suficiência da motivação é a precisão com que o administrador sopesa as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto. De nada servem afirmações genéricas, vagas e meras repetições de trechos de lei. A

---

<sup>191</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. 1979, p. 127.

motivação deve também ser clara e congruente, para que se estabeleça efetiva comunicação com seus destinatários.<sup>192</sup>

A motivação apresenta as seguintes modalidades:

*Contextual*, a que se expressa conjuntamente com o ato motivado. Seria, por assim dizer, a forma normal, a mais perfeita, frente a qual as outras seriam exceção.<sup>193</sup>

A denominada motivação *aliunde*, advérbio latino que significa “procedente de outro lugar”, não vem contida no mesmo instrumento do ato motivado, mas pode perfeitamente ser adotada pelo novo ato que se pretende motivar por referência expressa (motivação *aliunde* explícita), ou não (motivação *aliunde* implícita).

Os administrativistas têm entendido acertadamente ser imprescindível a motivação prévia ou contemporânea ao ato e sempre escrita. Certamente que não é absoluta essa opinião, dado que, nos atos orais, a prática é impossível. Todo administrado tem o direito de se insurgir contra atos que entenda serem ilegais, até para poder decidir-se entre a resignação e o recurso ao Judiciário. Uma motivação sucessiva poderia agravar o risco de desvirtuamento da razão decisória por *fabricações póstumas*, além de tolerar ou promover demora no conhecimento da decisão dos interessados.

---

<sup>192</sup> A esse respeito diz-se que a falta de clareza na linguagem jurídica “influi para tornar o ato administrativo não transparente, e que, às vezes, a obscuridade da linguagem é argumento para lesar o direito do administrado em favor do Poder Público” (BARBI, Lety Maria. *A transparência da administração pública*. Florianópolis, 1991, 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina).

Vista a motivação como requisito procedimental e, portanto, imprescindível à regular edição do ato administrativo, em especial o praticado com base em competência discricionária, cumpre alargar seu espectro para inseri-la como condição para a otimização da própria atividade administrativa e entendê-la como demonstração ampla dos incontáveis aspectos que influem na legalidade do ato.

---

<sup>193</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. p. 129.

### 3.4 A motivação expressa como requisito de boa administração

A Administração Pública está jungida ao cumprimento de uma finalidade legal. Em outras palavras, alcançar esse cumprimento implica buscar o exato atendimento do interesse tutelado pela lei. Se assim é, pode-se dizer que ela está peada por um *dever de boa administração*.

Sobre tal dever se debruçaram administrativistas em meados do século XIX sem que tenham obtido precisão doutrinária. Ele passa a idéia de uma atividade administrativa perfeitamente adequada, no tempo e nos meios, ao fim específico a alcançar.<sup>194</sup> É que há uma relação inseparável entre o atendimento de um interesse e a idoneidade das medidas tomadas para alcançá-lo. Ora, o agente não obtém certo escopo sem que lance mão de medidas convenientes e oportunas.

Como já se disse no capítulo segundo<sup>195</sup>, a lógica do dever – função em sentido jurídico – é a que acompanha o Direito Público.

Em Direito, função quer designar um tipo de situação jurídica em que há previsão legal de uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida por alguém que age no interesse de outrem; para tanto, maneja poderes indispensáveis a tal mister. “Na função, o sujeito exercita um poder, porém o

---

<sup>194</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 190 p. 15, out./dez.1992.

<sup>195</sup> Cf. p.44.

faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever”.<sup>196</sup>

Quem leva em conta o caráter funcional da atividade administrativa, da necessária submissão da Administração à lei, facilmente percebe também que a motivação expressa é um dever: legitimação jurídica do ato administrativo que a contém. Só assim o ato administrativo adquire sentido pleno e medida adequada.

Falar em motivação expressa dos atos administrativos é considerar que está em causa a manifestação exterior de verificação da ocorrência, *in concreto*, das circunstâncias que a lei considera pressupostos do agir administrativo. É a discriminação ordenada dos interesses ou pontos de vista determinantes para a escolha do conteúdo da decisão.

As vantagens de racionalidade, transparência e controlabilidade que a motivação expressa introduz no funcionamento do sistema de administração não se justificam, em verdade, por si próprias, mas valem porque representam garantia e instrumento de realização da atividade administrativa conforme o Direito. O conceito da motivação expressa apenas como mecanismo de defesa dos cidadãos significa estreitar a Ciência do Direito Administrativo. O primeiro interesse servido pela sua obrigatoriedade deve ser a correção jurídica, a racionalidade da própria decisão administrativa. Administrador razoável é aquele que se precavê de decisões

---

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 13-14.

levianas, desequilibradas e contrárias ao interesse público por falta de reflexão.

A motivação se presta ao conhecimento não só daquele a quem interessa diretamente o ato administrativo motivado, mas dos superiores hierárquicos do agente público, do juiz e do público em geral, pois que se busca com ela, a longo prazo, mudança na própria cultura administrativa. Ela, indo além, pode dar a exata medida de transparência da gestão da coisa pública, da comunicação entre ente estatal e o particular.

A proteção do administrado através do controle jurisdicional vem *a posteriori*, como garantia de segunda linha da retitude da decisão<sup>197</sup>. Antes, a sua própria racionalidade.

O pretenso controle da Administração Pública com bases principiológicas só se completa com a motivação expressa, eis que esta põe em evidência o fundamento e a razoabilidade do ato administrativo discricionário. Lembre-se de que sobre a Administração impende também o dever de atuar de modo justo e claro. Como desdobramento disso, a motivação expressa força um cuidado especial do agente público por evitar atuações precipitadas e sem base legal, além de conclamar o administrado a aceitar o ato da autoridade justamente por vir acompanhado das razões que o ditaram.

---

<sup>197</sup> A referência não se faz no sentido depreciativo, mas, de conseqüente, posterior.

Em seu conjunto, a experiência brasileira revela excelentes resultados no controle jurisdicional da Administração, se for considerado que os tribunais pátrios têm pouco mais que um século de atividade jurisdicional.

Os magistrados se têm posto no exato papel de assegurar a legalidade administrativa sem violar o exercício do poder discricionário. Mais: por vezes são cautelosos ao extremo<sup>198</sup> e, por isso mesmo, falou-se aqui na importância de bem definir o que seja mérito e o que seja legalidade para que o controle não ultrapasse o limite, mas que também não fique aquém dele.

Cada época teve sua tônica em termos de controlabilidade do ato da Administração Pública. Volvendo aos tempos, a Cícero bastava a justiça; a

<sup>198</sup> Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de direito administrativo*. 1983, p. 15. O autor fala em “posição demasiado cautelosa” do juiz, em se tratando de controle de legalidade. Sobre o descompasso havido entre ato administrativo discricionário e sindicabilidade pelo Poder Judiciário extraem-se da jurisprudência catarinense alguns exemplos que o evidenciam e permitem concluir que está realmente havendo uma mudança de atitude em relação a este assunto:

“MANDADO DE SEGURANÇA – DELEGADO DE POLÍCIA SUBSTITUTO – REMOÇÃO DE OFÍCIO – ATO SUFICIENTEMENTE MOTIVADO – AMPARO EM DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA – ALEGAÇÃO DE FINALIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA ...” (grifado para destaque) (MS n. 98.003091-9, da Capital, Rei. Des. Trindade dos Santos, j. 14.04.99).

“Servidor público municipal. Remoção. Pode ser efetivada, mesmo na ausência de norma específica, para atender interesse público, **desde que indicada essa necessidade. Ausente tal motivação, é nulo o ato de remoção...**” (grifado para destaque) (ACMS n. 99.006935-4, de Jaguaruna. Rei. Des. João José Schaefer).

Também o Voto Vista do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, no MS n. 00.001849-0, da Capital: “... Como é cediço, o ato administrativo, vinculado ou discricionário, **deve ser motivado**. Justamente por possuir maior carga de liberdade, o ato discricionário impescinde de motivação para que, se for o caso (CRFB, art. 5º XXXV), o Judiciário possa averiguar acerca, principalmente, da observância da sua moralidade (CRFB, art. 37, *caput*). Não se trata, aqui, da correção ou não do ato, tampouco de substituir o critério administrativo (oportunidade e conveniência) pelo jurisdicional. Pretende-se, tão-só, o **controle de legalidade do ato, ou seja, verificar se a autoridade administrativa observou os requisitos para a formação válida daquele, até porque qualquer providência**



Sócrates, a virtude; a Santo Tomás de Aquino, o bem; a René Descartes, o rigorismo, o método; a Montesquieu, um articulado esquema de freios e contrapesos.

Hoje nenhum deles, por si só, é suficiente. Fala-se em integrá-los.<sup>199</sup> Isso é pouco. Um controle que pretenda ser eficiente, mais do que reunir aquelas características adquiridas pelo ato administrativo discricionário em sua providencial contenção ao longo da História, precisa ser cotejado com valores e princípios vigentes numa ordem de Direito; depois, então, necessita ter materialidade, ser expressamente motivado, visível, mesmo aos olhos treinados do juiz.

---

**administrativa só pode ser avaliada e quiçá corrigida se demonstrados os motivos ensejadores ..."** (grifado para destaque)

<sup>199</sup>A referência indireta é feita ao *controle integrado* do ato administrativo proposto por José Jappur, que, sinteticamente, é o alargamento do controle de legalidade (Controle integrado do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 123, p. 54-62, jan./mar. 1976).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do dever de motivação expressa dos atos administrativos discricionários encanta quem dele se ocupa. Primeiro por possibilitar um exame do ato administrativo, que resume as características peculiares do sistema do qual faz parte; segundo por permitir ao estudioso concluir que uma sociedade é tão desenvolvida quanto justificadas forem as decisões administrativas editadas e por isso visíveis os órgãos incumbidos do exercício da função administrativa.

Certamente que o cumprimento do dever de motivação expressa pelo agente administrativo é mais do que uma variante a aferir o grau de zelo ao direito do cidadão: ele assegura a reflexão de um poder decisório responsável.

A atuação discricionária da Administração viabiliza à autoridade administrativa apreciação subjetiva sua sem deixar de estar vinculado ao fim legal. O propósito é não manietar a Administração frente à complexidade social; entretanto, por mais paradoxal que seja, pode abrir a possibilidade ao agente de desvirtuar a finalidade da lei.

Não há como negar a conexão entre atos fundamentados e desvio de poder. O princípio da motivação representa um óbice à prática de tal desvio. Ao serem expostos os porquês e a razoabilidade da decisão tomada pelo administrador, viabilizam um controle mais efetivo pelo Poder Judiciário.

Por controle mais *efetivo* entenda-se a possibilidade de ir além da mera averiguação a que o juiz procedeu entre ato administrativo e lei. Motivação é garantia de legalidade. Eis a razão pela qual não procedem os argumentos obsoletos de que tão perigoso quanto o arbítrio administrativo é o arbítrio do juiz e que uma tal análise compromete a própria tripartição dos Poderes.

É importante delimitar a extensão do controle judicial dos atos discricionários para não adentrar o mérito deles. Quem teoriza sobre o Direito o faz partindo da premissa da finitude e limitação da inteligência humana. Não se pode, em todos os casos, saber qual a razão ótima que, com certeza, resguarde o interesse tutelado na regra quando a lei não a predetermina. É nesta esfera que reside a real discricionariedade; nela é que se insere o mérito do ato administrativo; é esse precisamente o campo insindicável pelo Poder Judiciário, porque só quem decide sabe precisar as variáveis envolvidas na decisão tomada.

Não há intrometimento judicial indevido na correção do ato administrativo, se o critério ou escolha do administrador houver sido logicamente insustentável, desarrazoado, manifestamente impróprio ante as circunstâncias reais envolvidas, resultando providências desencontradas com a finalidade legal a que o ato deveria servir. Disso resulta a necessidade de conduzir o controle da legalidade à verificação da matéria de fato de expressar a justificação.

A base constitucional do dever de motivação reside tanto no princípio do Estado de direito (na dimensão participativa) e na cláusula geral de garantia de acesso à via judicial para defesa dos direitos das pessoas quanto nos princípios da legalidade, do controle judicial dos atos administrativos e também na obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de um princípio implícito do ordenamento jurídico e, como tal, deriva da articulação de todos os demais.

O Direito, ao outorgar competências públicas, compõe um quadro de legalidade em que se configura a liberdade de opção do agente público. Quando ele expressa os requisitos para a prática de um ato, propõe-se exatamente a reduzir a possibilidade de que as falências humanas acarretem descompassos entre o projeto normativo e a atuação das autoridades que devam levá-lo à concreção.

Devem ser obedecidos os critérios aceitáveis do ponto de vista racional e o senso mediano do homem com respeito às finalidades legais e, após, ser externada tal ponderação. Por isso uma providência não motivada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei, não observa o princípio da finalidade, incorre em desvio de poder e viola o dever de boa administração.

Os órgãos do Estado têm competência na medida exata que as normas lhes atribuem. Como criação artificial que são, precisam justificar a si próprios, invocando a norma que lhes outorga competência e demonstrando

os requisitos de motivo e finalidade que condicionam a validade do exercício desse poder (dever).

É desleal furtar ao administrado a possibilidade de conhecer as razões do ato que hipoteticamente venha a recusar certa pretensão sua. Poderia ele, de posse daquelas, optar por judicialmente impugná-lo.

O administrado agora é partícipe da formação da vontade do Estado. É consumidor de serviços públicos e requer a justificação legal da competência e do exercício racional do poder. Em meio a tal contexto, o dever de motivação expressa dá sua contribuição quando exprime o caráter público da decisão. É uma verdadeira declaração de autoria.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992. 399 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95 p.

BARBI, Lety Maria. *A transparência da administração pública*. Florianópolis, 1991, 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. 345 p.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6.ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 171 p.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990. 173 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. 531 p.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 194 p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed.. Coimbra: Almedina, 1993. 618 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina jurisprudência e direito comparado*. Florianópolis: OAB, 2001. 316 p.

\_\_\_\_\_. *Deontologia jurídica: ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 180 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Ética & Bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. 176 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4.ed. rev.ampl.atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 719 p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 101, p. 1-23, jun../set. 1970.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. O desvio de poder no ato administrativo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979. 102 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 203 p.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionarieidade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun.1998.

COTRIN NETO, A. B. A administração pública e o direito no Estado antigo. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 3, p. 5-22, jan./mar.1975.

CRETELLA JR., José. *Manual de direito administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 442 p.

\_\_\_\_\_. O mérito do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 79, p. 23-37, jan./mar. 1965.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 259 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. 180 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 449 p.

\_\_\_\_\_. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, v. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951.

\_\_\_\_\_. Revogação e anulamento do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 111, p. 1-12, jan. 1946.

\_\_\_\_\_. Revogação e anulamento do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 11, p. 483-489, jan. 1945.



FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994. 418 p.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A moralidade administrativa nos atos e contratos administrativos. *Genesis – revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 1, p. 13-20, abr. 1994.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2.ed. Curitiba: Genesis, 1993. 173 p.

\_\_\_\_\_. Motivação dos atos administrativos. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 57-60, abr./jun. 1980.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos*. [on line] Disponível na Internet via <<http://www.ussc.alltheweb.com>>

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. 168 p.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 2.ed. rev. aum.. São Paulo: Saraiva, 1992. 636 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

HARGER, Marcelo. A motivação do ato administrativo. *Informativo do Instituto de Ciências Jurídicas*, Joinville, n. 14, p. 5-6, set. 2000,.

JAPPUR, José. Controle integrado do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 123, p. 54-62, jan./mar. 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed.. Coimbra: Arménio Machado, 1979. 484 p.

LEÇA, Fernando. Ato administrativo: noção e elementos. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 72. p. 105-112, out./ dez. 1984.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ética e administração pública. *Genesis – revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 1, p. 73-85, abr. 1994.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995. 1995, 242 p.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 187 p.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 245 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual.. São Paulo: Malheiros, 1999. 749 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 845 p.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 110 p.

\_\_\_\_\_. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro v. 152, p. 01-15, abr./jun. 1983.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. 207 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 163 p.

\_\_\_\_\_. Política da administração e princípio da moralidade. *Genesis – revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v.1, p. 40-53, abr. 1994.

\_\_\_\_\_. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 6. p. 705, set. 1995.

MUÑOZ AMATO, Pedro. *Introdução à administração pública*. Trad. Benedicto Silva. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1958. 291 p.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. v.3., Curitiba, dez./1994.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 155 p.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 205 p.

\_\_\_\_\_. Politização do direito e juridicização da política, *Revista seqüência*, Florianópolis, v. 32, p. 9-14, jul. 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por merecimentos nas respectivas carreiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 11-63, abr. 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000. 124 p.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 7, p. 52-80, jan./mar. 1947.

RAMON REAL, Alberto. Fundamentacion del acto administrativo. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 62, p. 5-20, .abr./jun. 1982.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 110 p.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. 582 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista trimestral de direito administrativo*, São Paulo, v. 17, p. 05-33.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308 p.

RODÓ, L. Lopes. O poder discricionário da administração – evolução doutrinária e jurisprudencial. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 35, p. 40-7, jan./mar. 1954.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.1. 20.ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. 379 p.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo, *Revista de direito público*, São Paulo, v. 84, out./dez. 1987.

SLAIBI FILHO, Nagib. Razoabilidade de discricção administrativa. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 85, p. 172-175, jan./mar. 1987.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 188 p.

\_\_\_\_\_. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de direito público*, São Paulo, v.75, p. 118-127, jul./set. 1985.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Genesis - revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, v. 2, p. 361-370, ago. 1994.

\_\_\_\_\_. A administração e o controle de legalidade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 01-11, jul./set. 1954.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977. 171 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2.ed. rev. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 207 p.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Coleção temas de direito. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 107p.