

A motivação dos atos administrativos discricionários

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

A administração pública realiza a sua função por meio de atos jurídicos, chamados amplamente de atos da administração. Entre tais, situam-se os atos administrativos, que podem ser classificados, de acordo com a liberdade de opção do administrador público na prática do ato, em vinculados e discricionários. Os primeiros são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, não sendo dado ao administrador margem de escolha. Os segundos são os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de sua conveniência, oportunidade e do modo de sua realização. Nesse último caso, a administração tem liberdade de atuação, obedecendo, contudo, aos limites fixados em lei, sob pena de a discricionariade tornar-se arbitrariedade.

Discricionariade e arbitrariedade têm em comum a idéia de liberdade. Contudo, a discricionariade é liberdade limitada pela lei, enquanto arbitrariedade designa a liberdade ilimitada. A limitação legal, entretanto, somente se efetiva se houver motivação do ato administrativo discricionário, conforme se verá nos itens seguintes.

2 - A MOTIVAÇÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

O dever de motivar os atos administrativos não se encontra assegurado de maneira expressa no texto da Constituição Federal de 1988, também não figurando nas Constituições pretéritas. Por esse motivo, o tema suscita, desde longa data, discussões doutrinárias. A controvérsia gira, basicamente, em torno de três posições.

A vertente inicial defende que somente os atos vinculados devem ser obrigatoriamente motivados. Nesse sentido, Cretella Júnior defende que o ato administrativo discricionário é insuscetível de revisão pelo poder judiciário quanto aos motivos, não havendo o dever de motivar, mas, uma vez motivado, o ato submete-se à apreciação judicial: Em suma, tratando-se de ato discricionário, a motivação é dispensável. No entanto, se o administrador motiva o ato, o motivo deve conformar-se à lei, porque, do contrário, a motivação ilegal, eivada de abuso, excesso ou desvio de poder, torna o ato discricionário suscetível de revisão judicial (CRETELLA JÚNIOR, 2001.p. 156.).

Outra corrente doutrinária, por sua vez, entende que os atos discricionários devem ser sempre motivados, enquanto os vinculados em regra também devem sê-lo, salvo alguns casos excepcionais. Tal é a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipótese de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (MELLO, 1999, p. 82).

A terceira corrente, por fim, defende a necessidade de motivação de todos os atos, quer discricionários quer vinculados. Nesse sentido, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de sua decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos (DI PIETRO, 2001,p. 82).

A partir das diversas posições expostas, ressaí o caráter controvertido do tema, mas, ao mesmo tempo, pode-se verificar a nítida tendência atual da doutrina no sentido de ampliar os casos de motivação obrigatória dos atos administrativos. E essa direção na evolução do pensamento doutrinário procura o embasamento constitucional da necessidade de motivação dos atos administrativos, consoante exposto adiante.

3 - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DEVER DE MOTIVAR OS ATOS ADMINISTRATIVOS

O dever de motivar os atos administrativos encontra-se exposto em diversos princípios e dispositivos insertos na Constituição, especificamente nos artigos 1º “caput”, inciso II e parágrafo único, 5º XXXV e LIV e 93 X.

A teor do art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, este entendido como a união dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático que, fundidos, geram um conceito novo, que supera a mera justaposição dos elementos que o formam.

O Estado Democrático de Direito é aquele em que, além de serem observados os princípios do primado da lei e da Constituição, também se verifica a submissão à soberania popular. Ou seja, o povo participa não só da formação da vontade estatal como também no controle direto ou indireto dos atos administrativos.

Para assegurar a participação e controle popular, indispensável é a fundamentação do ato administrativo, único meio viabilizador de fiscalização. De se ressaltar que, ao lado da motivação do ato, deve haver a publicidade da mesma, para que se possibilite a efetiva participação do cidadão no controle da juridicidade dos atos emanados do poder público.

O dever de motivar os atos administrativos pode ainda ser extraído do princípio republicano, inserido também do art. 1º da Constituição de 1988, que institui: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Por República entende-se não apenas a oposição à Monarquia, mas, principalmente, o regime político em que os exercentes de funções políticas representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o mediante mandatos renováveis periodicamente.

A partir do conceito exposto, verifica-se que o administrador, ao expedir seus atos, atua no âmbito da “res publicae” e deve arcar com as responsabilidades de seu ato. Tendo em vista tal responsabilização, a motivação do ato surge como essencial, pois permite ao administrado identificar a existência dos motivos, sua correspondência com a realidade, o móvel do agente, sua destinação a uma finalidade pública etc, dentre outras circunstâncias exigidas pela ordem jurídica.

De acordo com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo(1989, p. 83), pode-se também afirmar que o princípio da motivação encontra-se implícito nos seguintes dispositivos constitucionais: a) no art. 1º, inciso II que indica a cidadania como um dos fundamentos da República; b) no parágrafo único do art. 1º, que disciplina que todo o poder emana do povo; c) no art. 5º, inciso XXXV, que cuida da apreciação, pelo poder judiciário, de lesão ou ameaça de lesão a direito.

No que tange aos dois primeiros dispositivos constitucionais citados, justifica-se o caráter implícito do princípio da motivação pelas razões expendidas quando da análise do dever de motivar enquanto corolário do Estado Democrático de Direito, uma vez que novamente aqui figura a afirmação da motivação do ato administrativo como único meio viabilizador da participação e controle popular.

Quanto à previsão de apreciação pelo Poder Judiciário das lesões ou ameaças de lesão a direito, sabe-se que não há meio de se possibilitar o controle judicial eficaz dos atos administrativos, principalmente a verificação da adequação desses mesmo atos aos princípios constitucionais expressos na Constituição Federal, em caso de inexistência de motivação do ato ou motivação ulterior, uma vez que sempre seria possível ao administrador fabricar razões a posteriori.

Dessa forma, o princípio da motivação dos atos administrativos encontra arrimo implícito na Constituição Federal, quer em razão do princípio republicano e da adoção do Estado Democrático de Direito, quer em virtude de dispositivos que se espalham por seu texto. Nesse sentido, inclusive, vem se manifestando a jurisprudência dos Tribunais superiores:

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina,

praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417)

4 - CONCLUSÕES - CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Após todas as considerações realizadas, pode-se afirmar que os atos administrativos devem ser sempre motivados, mas a fundamentação é mais relevante e indispensável nos casos de prática de atos administrativos discricionários, tendo em vista a necessidade de minimizar a possibilidade de arbitrariedade da decisão.

A prática de ato administrativo sem a necessária motivação implica sua invalidação judicial, a não ser que o juiz conclua que, uma vez anulado o ato, a administração seria obrigada a repeti-lo com o mesmo conteúdo, embora sem o vício, tendo em vista ser aquela a única decisão possível.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRETELLA JÚNIOR, José. Controle jurisdicional do ato administrativo. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20 ed. Atual por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero e BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1990

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

PIRES, Renato Barth. "A motivação do ato administrativo na Constituição Brasileira de 1988." In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.) Ato administrativo e devido processo legal. . São Paulo: Max limonad, 2001.

*Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região);
Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho;
Especialista em Direito Processual pela UFSC;
Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF;
Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A motivação dos atos administrativos
discricionários.** Disponível

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1483>. Acesso em 04/10/06.