

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOSÉ ALEXANDRE WINCKLER

MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

FLORIANÓPOLIS-SC

2013

JOSÉ ALEXANDRE WINCKLER

MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS

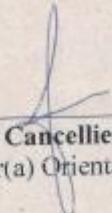
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Motivação do Ato Administrativo Discrecionário**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **José Alexandre Winckler**, defendida em **13/11/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

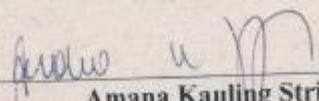
Florianópolis, 13 de Novembro de 2013.



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro de Banca



Amana Kauling Stringari
Membro de Banca

Dedico este trabalho à minha amada filha Ana Caroline, fonte de amor, carinho, motivação e inspiração, e à minha esposa Regina pelo incentivo e confiança em mim depositado.

AGRADECIMENTOS

À minha dedicada esposa, Regina Cardoso Winckler, obrigado pelo apoio nas horas mais difíceis, pelo amor, pelo incentivo e pela sobrecarga que suportou nestes últimos cinco anos, abrindo mão de seus objetivos e deixando-me livre para realização desta tarefa. Serei sempre grato.

À minha querida filha, Ana Caroline Cardoso Winckler, pelas horas de estudo roubadas ao teu convívio e por ser eterna fonte de alegria e amor incondicional que me tornam uma pessoa melhor. Você é o motivo da minha perseverança, espero que possa te servir de exemplo.

A meu pai, homem de fibra, exemplo de caráter, de luta e dedicação à família, que sempre procurou mostrar aos filhos a importância do estudo.

À minha mãe, pelo amor e pelo carinho sempre presentes.

Ao meu avô Valdemar, que mesmo não estando mais presente, sempre foi meu incentivador.

Aos professores e funcionários do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos ensinamentos transmitidos ao longo do curso.

E por fim, ao professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo por ter aceitado meu convite e ter me orientado na realização desta monografia.

“Destino não é uma questão de sorte, mas uma questão de escolha; não é uma coisa que se espera, mas que se busca.”

(William Jennings Bryan)

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo verificar a necessidade da motivação do ato administrativo discricionário da Administração Pública. Para isso, utilizou-se o método dedutivo com procedimento de análise bibliográfica, jurisprudencial e da legislação pátria. Buscou-se inicialmente um exame do ato administrativo em si e os aspectos que o permeiam, para que se possa melhor conhecer suas características. Da mesma forma, foi estudada a discricionariedade administrativa em toda sua complexidade com a finalidade de conhecer sua justificação, âmbito de aplicação e limites. Passa-se então a uma averiguação da motivação do ato administrativo discricionário, verificando seu conceito, modalidades, requisitos, casos em que é obrigatória e exceções à necessidade de motivação do ato administrativo discricionário. Os assuntos abordados permitiram concluir que a motivação do ato administrativo é necessária, ressalvada as hipóteses de atos de mera rotina administrativa e da nomeação e exoneração de cargos em comissão.

Palavras-Chave: Administração pública. Ato administrativo. Direito administrativo. Discricionariedade. Motivação. Princípios da administração.

ABSTRACT

This monograph aims to verify the need for motivation of discretionary administrative act of the Public Administration. For this, we used the deductive method with procedure literature review, case law and legislation homeland. Initially sought a review of the administrative act itself and the aspects that permeate so that they can better understand their characteristics. Similarly, we studied the administrative discretion in all its complexity in order to meet its justification, scope and limits. Is then passed to an investigation of motivation discretionary administrative act, checking his concept, methods, requirements, where is mandatory exceptions and the need for motivation of discretionary administrative act. The subjects covered showed that the motivation of the administrative act is required, except for the cases of acts of mere administrative routine and the appointment and dismissal of commissioned positions.

KEYWORDS: Public administration. Administrative act. Administrative law. Discretion. Motivation. Management principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ATO ADMINISTRATIVO	13
1.1 Conceito	13
1.2 Elementos (Atributos) do Ato Administrativo	14
1.2.1 Sujeito	16
1.2.2 Objeto	16
1.2.3 Forma	17
1.2.4 Finalidade	18
1.2.5 Motivo	18
1.3 Atributos do Ato Administrativo	19
1.3.1 Presunção de legitimidade e veracidade	19
1.3.2 Imperatividade	20
1.3.3 Autoexecutoriedade	21
1.3.4 Tipicidade	22
1.4 Atos vinculados e atos discricionários	22
1.4.1 Atos vinculados	22
1.4.2 Atos discricionários	24
2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	26
2.1 Conceito	26
2.2 Justificação	28
2.3 Âmbito de aplicação	29
2.4 Mérito do ato administrativo	30
2.5 Limites da Discricionariedade	33
2.6 Princípios da Administração Pública como limites da discricionariedade	35
2.6.1 Princípio da Legalidade	36

2.6.2 Princípio da Impessoalidade	37
2.6.3 Princípio da Moralidade	39
2.6.4 Princípio da Publicidade	39
2.6.5 Princípio da Eficiência	40
2.6.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	41
2.6.7 Princípio da supremacia do interesse público	42
2.6.8 Princípio da Motivação	43
2.6.9 Princípio da Segurança Jurídica	44
2.6.10 Princípio do Controle Judicial	45
2.6.11 Princípio da Continuidade do Serviço Público	46
2.7 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados	46
3 MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO	48
3.1 Noção de motivação	49
3.2 Modalidades de motivação	50
3.3 Requisitos da Motivação	50
3.4 Finalidade da motivação	52
3.5 Fundamentos do dever de motivar os atos administrativos	53
3.6 Obrigatoriedade de motivação do ato administrativo discricionário	55
3.7 Exceções à necessidade de motivação do ato administrativo discricionário	57
4 CONCLUSÃO	59
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

No exercício da atividade administrativa, a Administração Pública pratica uma série de atos visando à satisfação das necessidades públicas. Essa atividade se concretiza através do ato administrativo que pode ser vinculado a lei ou conter uma carga de discricionariedade atribuída também pela lei.

O ato administrativo é um atributo da atividade administrativa que tem o poder de permitir que a Administração Pública imponha unilateralmente efeitos ao administrado. É um dos meios pelos quais se destaca a verticalidade da relação entre o Poder Público e o cidadão, na qual o indivíduo se encontra em um nível abaixo da Administração.

Entretanto, mesmo a Administração estando em um nível mais elevado que o administrado, sua linha de atuação é tênue, visto que somente pode agir dentro da previsão legal. O Direito sempre busca moldar e limitar a atividade administrativa com a finalidade de garantir o respeito aos direitos do indivíduo. O administrado não pode estar sujeito somente aos desejos e ambições do administrador, deve ser a legalidade o balizador de todo ato administrativo.

Neste contexto, um dos principais meios para se verificar a conformidade legal da atividade administrativa é através da motivação dos atos administrativos. A motivação vem a ser a exposição das circunstâncias legais, substanciais e motivacionais que prescindiram e definiram a declaração da Administração Pública, para a competente edição do ato administrativo e que, portanto, configura a obrigação de motivar como o instrumento apto a externar a consonância entre os pressupostos de fato e os pressupostos de direito.

Mesmo sendo notória a importância da motivação para a correta atividade administrativa, ela não está expressamente prevista na Constituição Federal. Por conseguinte, a necessidade de motivação dos atos da administração não se encontra totalmente pacificada, ainda ocorrendo algumas divergências na doutrina e na jurisprudência.

Independentemente das divergências doutrinárias, a jurisprudência brasileira, como irá se observar, está se encaminhando cada vez mais, ao entendimento de que a motivação é obrigatória para todos os atos administrativos, salvo algumas expressas exceções.

A obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos ocasiona o aperfeiçoamento da atividade administrativa, pois compele maior cautela ao administrador e se torna instrumento de controle de sua conduta.

Acerca da obrigatoriedade de motivação do ato administrativo discricionário da Administração Pública, este trabalho monográfico busca não somente a compreensão do seu aspecto jurídico no Direito Administrativo, mas também demonstrar que a função administrativa deve se desenvolver sempre submissa ao interesse público, onde o controle dos atos administrativos pelos administrados constitui fundamento da soberania popular.

Em razão da importância do tema, este trabalho monográfico se propõe a verificar a necessidade da motivação dos atos administrativos, em especial o ato administrativo discricionário da Administração Pública.

Este trabalho monográfico utilizou o método dedutivo para abordagem do tema, e como técnica de pesquisa, a análise bibliográfica, partindo de uma análise doutrinária e jurisprudencial do ato administrativo.

Por sua vez, o trabalho encontra-se estruturado em três capítulos, pelos quais se apresentam considerações sobre os atos administrativos, discricionariedade administrativa e por fim, sobre a motivação dos atos administrativos discricionários.

O primeiro capítulo trata do ato administrativo, seu conceito, elementos, atributos e diferenciação entre atos vinculados e discricionários.

O segundo capítulo, tem como foco a discricionariedade administrativa, com seu conceito, justificção, verificção do âmbito de aplicação, legalidade e mérito, limites da discricionariedade, princípios da Administração Pública como limites da discricionariedade e a diferenciação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados.

Por fim, o terceiro capítulo se refere especificamente aos aspectos da motivação do ato administrativo discricionário, abordando, noção de motivação, modalidades, requisitos, finalidade, fundamentos do dever de motivar, obrigatoriedade da motivação e exceções à necessidade de motivação do ato administrativo discricionário.

1 ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Conceito

O Estado, com a finalidade de realizar sua função institucional de buscar e obter o bem da coletividade vale-se de uma variedade de atos que são realizados por seus representantes investidos da função pública.

Inúmeros critérios são utilizados para a definição de ato administrativo, merecendo destaque na visão de Di Pietro (2012, p.199), os critérios subjetivo e objetivo.

De acordo com o primeiro critério seria ato administrativo somente aquele praticado por órgãos administrativos, ficando de fora os praticados por órgãos do legislativo e do judiciário. O segundo critério prevê como ato administrativo aquele praticado no exercício da função administrativa, seja expedido por órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

Segundo Bandeira de Mello, ato administrativo pode ser conceituado como:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle da legitimidade por órgão jurisdicional (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.389).

Já Di Pietro (2012, p.203), descreve o ato administrativo como: “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder judiciário”.

Hely Lopes Meirelles por sua vez, conceitua ato administrativo como:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2013, p. 159)

A legislação brasileira não conceitua ato administrativo, não havendo uma padronização de conceitos na doutrina.

Sobre tal circunstância, ensina Bandeira de Mello que nada obriga a uma coincidência entre os conceitos de ato administrativo:

[...] nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome “ato administrativo”. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.380)

Observando-se as definições trazidas pela doutrina, consegue-se notar que é necessária a observância da lei, isto é, o princípio da legalidade. Na lição de Di Pietro, destaca-se ainda a possibilidade de sujeição dos atos administrativos ao controle do Judiciário, que pode dar a última palavra sobre a legalidade de ato proveniente de qualquer autoridade.

Deve-se destacar ainda que os atos administrativos apesar de serem em sua maioria expedidos pelo Executivo, também podem ser praticados pelos outros poderes. No caso dos Poderes Legislativo e Judiciário quando estes executam funções atípicas, relacionadas a atividades de gestão interna, como é o caso dos concursos públicos para contratação de seus quadros.

Além das autoridades públicas, atos administrativos também podem ser praticados por dirigentes de autarquias, fundações, administradores de empresas estatais e por executores de serviços delegados que por sua afetação pública equivalem aos atos administrativos típicos, sendo também sujeitos ao controle judicial por ação popular ou mandado de segurança. (MEIRELLES, 2013, p 159)

Os atos administrativos se encontram presentes tanto nas esferas Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

1.2 Elementos do Ato Administrativo

Há divergências na doutrina quanto à indicação dos elementos do ato administrativo. A divergência está presente inclusive na terminologia empregada, alguns autores utilizam o vocábulo elementos como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros como Hely Lopes Meirelles preferem o emprego de requisitos do ato administrativo.

Os elementos constituem a base estrutural dos atos administrativos, são pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos. Sendo um ato praticado sem a observância desses pressupostos, estará eivado de vício de legalidade e estará sujeito a anulação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sem os pressupostos de existência faltara o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato

jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltarão o requerido para a qualificação dele como *ato administrativo* (válido ou inválido). Sem os pressupostos de validade não haverá *ato administrativo válido*. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.397, grifo do autor)

Os doutrinadores pátrios não estão de acordo quanto à designação dos elementos que constituem o ato administrativo. A Lei Nº 4.717/ 1965, que regula a ação popular, em seu art. 2º, *in verbis*,

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Ao indicar os atos que serão nulos, cita os cinco pressupostos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Em relação ao elemento competência, seguiremos a lição de Di Pietro (2012, p.209) que prefere fazer referência ao sujeito.

Dessa forma, a análise de cada elemento é importante, na medida em que permite que sejam identificados os vícios presentes no ato administrativo para a verificação de eventual controle jurisdicional.

1.2.1 Sujeito

O ato administrativo para ter validade, necessita ser editado por sujeito apto, autorizado por lei a fazê-lo, não bastando ser expresso pela Administração Pública, o sujeito tem que ter titularidade jurídica para expressar a vontade do Ente Público sob pena de ser invalidado. Conforme lição de Hely Lopes Meirelles:

Entende-se por *competência administrativa* o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta de lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração (MEIRELLES, 2013, p. 161, grifo do autor).

A competência administrativa não pode ser transferida e prorrogada por vontade dos interessados, podendo, contudo ser avocada e delegada desde que permitido nas normas reguladoras da administração e não seja de competência exclusiva de outro órgão.

Di Pietro ensina que se aplicam as seguintes regras à competência:

1. Decorre sempre de lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, suas atribuições;
2. É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei. (DI PIETRO, 2012, p.211)

Portanto, a competência é concebida como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo ordenamento jurídico. A Administração Pública, desse modo, deve atuar dentro dos limites competentes para a regularidade de seus atos.

1.2.2 Objeto

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas inerentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do poder público.

Nesse sentido, objeto é o efeito jurídico que o ato produz. Não existiria o ato se não houvesse sobre o que discorrer. Para verificar o objeto, é suficiente verificar o que o ato prescreve, dispõe, enuncia.

De acordo com Bandeira de Mello:

Sem objeto – material e juridicamente possível – *não pode surgir ato jurídico algum*, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não ato. Vale dizer: pode ter existência material, apenas, ou, então, apresentar-se como um mero fato. Juridicamente relevante, mas ato jurídico não será. Logo, não poderá ser ato administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 399, grifo do autor)

Sem objeto juridicamente possível e lícito, não pode haver ato jurídico. Se o resultado do ato viola lei ou norma, o objeto é ilegal.

1.2.3 Forma

A doutrina apresenta dois entendimentos diferentes a respeito da forma do ato administrativo; em um a forma é considerada como a exteriorização do ato e no outro entendimento, mais amplo, é levada em conta não só a exteriorização do ato, mas inclusive as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da administração. (Di Pietro 2012, p. 214)

Para Meirelles (2013, p.162) a forma como exteriorização do ato administrativo é imprescindível a sua perfeição. A vontade da Administração necessita de procedimentos especiais e forma legal para que seja válida diferentemente da vontade dos particulares que pode manifestar-se livremente.

A importância da forma para o ato administrativo é destacada por Di Pietro:

No Direito Administrativo, o aspecto formal do ato e de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui **garantia jurídica** para o administrado e para a própria Administração: é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado. (DI PIETRO, 2012, p.215, grifo do autor)

A inexistência de forma induz a inexistência do ato administrativo. Segundo Di Pietro (2012, p.215) respeito à forma não significa o engessamento da administração, o que é exigido é que como regra se adote a forma escrita para que tudo possa ser verificado quando necessário; a não ser que haja previsão diversa expressa na lei. Há um maior rigor quanto à forma quando o que está em jogo é o direito dos administrados.

Para Meirelles (2013, p. 163), deve-se reiterar que só é admitido ato administrativo não escrito em casos de urgência, transitoriedade da manifestação da vontade

da administração ou no caso de irrelevância do assunto para a Administração. No restante dos casos é obrigatória a forma escrita. Assim, atos que não observam a devida forma necessária à sua perfeição e eficácia, são passíveis de invalidação.

Na lição de Di Pietro (2012, p.216), somente a verificação do caso concreto permite saber se a forma é ou não essencial ao ato. Tal necessidade se verifica quando for estabelecida como garantia de respeito aos direitos individuais.

1.2.4 Finalidade

É o objetivo, o resultado que se busca alcançar com o ato. É sempre desenvolvido com o objetivo de atender ao interesse público.

Segundo Di Pietro:

Pode-se falar em **fim** ou **finalidade** em dois sentidos diferentes:

1. em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter **finalidade pública**;
2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. (DI PIETRO, 2012, p. 216-217, grifo do autor)

Após a finalidade do ato administrativo ser definida pelo legislador, não cabe ao administrador modificá-la ou substituí-la por outra, mesmo que também tenha como objetivo o fim público. O administrador estará totalmente vinculado à lei.

Para Di Pietro (2012, p.217), sendo violada a finalidade legal do ato, ocorrerá o desvio de poder e o ato será considerado ilegal.

1.2.5 Motivo

O motivo é a situação fática que determina ou autoriza a prática do ato. O motivo pode vir expresso em lei, configurando assim, um ato vinculado, ou não, caracterizando-se como um ato discricionário. É pressuposto de fato e de direito.

Ensina Di Pietro, que:

Pressuposto **de direito** é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto **de fato**, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato. (DI PIETRO, 2012, p.217, grifo do autor)

Cabe ressaltar que motivo e motivação não se confundem. Motivação é conceituada como a exposição dos motivos, a exteriorização, a demonstração da existência dos pressupostos, refere-se às formalidades do ato. No dizer de Meirelles (2013, p.164), “[...] *motivo e motivação* expressam conteúdos jurídicos diferentes” (grifo do autor).

Assim, um ato administrativo precisa de um motivo para ser acionado, ou seja, a razão ou circunstância de fato ou de direito que autoriza ou determina a sua edição.

1.3 Atributos do Ato Administrativo

São características que distinguem o ato administrativo dos demais atos jurídicos. Para Di Pietro (2012, p. 204) são tais características que identificam se o ato se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público.

Tais características decorrem do regime de direito público ao qual estão submetidos os atos administrativos. Regime esse que atribui a Administração Pública, benefícios e sujeições em razão da relevância que esta possui na persecução do interesse público. O ente público deve se valer das prerrogativas que possui, quando no desenvolvimento de atividade voltada ao atendimento desse fim primordial que é o interesse público.

Portanto, são elencados pela doutrina como atributos do ato administrativo: a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e a tipicidade. Adiante, proceder-se-á a uma definição de cada um desses elementos.

1.3.1 Presunção de legitimidade e veracidade

Ao serem editados, devido ao princípio da legalidade da administração, previsto no art. 37 da CF, os atos administrativos já nascem com a presunção de legitimidade. Essa característica é nata do ato por ser ele emanado de agente componente da estrutura estatal.

Segundo Di Pietro (2012, p. 204), ainda que se fale como se tivesse o mesmo significado, presunção de legitimidade e veracidade, abrangem situações diferentes. A presunção de legitimidade refere-se à conformidade do ato com a lei, presumindo-se verdadeiro até prova em contrário. Quanto à veracidade, refere-se ao fato, que por ser expedido pela administração presume-se verdadeiro.

Diversos argumentos são citados pelos autores para justificar essa presunção de legitimidade do ato administrativo, para Di Pietro (2012, p. 205), os procedimentos e formalidades que precedem a formação do ato garantiriam a observância da lei; por ser o ato uma expressão do Estado, seria da vontade de todos; como a Administração está sujeita ao princípio da legalidade, seus atos seriam praticados de acordo com a lei.

Para Meirelles:

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado. (MEIRELLES, 2013, p. 169)

É por causa desta presunção que documentos expedidos pela Administração, como por exemplo, certidões negativas, gozam de fé pública, isto é, são considerados verdadeiros até que se prove que não o são. Sem tal princípio, o Estado não conseguiria cumprir os deveres inerentes a suas funções administrativas.

Tal presunção de legitimidade e veracidade que acompanha o ato, não é intocável e não impede o questionamento judicial por interessado, cabendo, entretanto, ao interessado o ônus da prova.

1.3.2 Imperatividade

É o atributo que se refere à coercibilidade do ato administrativo, que faz com que o ato se imponha a todos que se encontrem em seu círculo de incidência. A coercibilidade dos atos administrativos encontra justificativa no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Tal atributo está ligado à presunção de legitimidade e veracidade, haja vista que partindo da presunção de que o ato é legal, deverá ser cumprido. A Administração pública pode impor, portanto, mediante atos unilaterais, obrigações aos administrados sem a necessidade de sua concordância.

Para Di Pietro (2012, p. 207), a imperatividade não está presente em todos os atos, mas somente nos atos que impõem obrigação.

Meirelles entende que:

A imperatividade decorre não só da existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato

dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do poder público trazem em si a presunção de legitimidade. (MEIRELLES, 2013, p. 171)

A imperatividade dos atos administrativos não é presunção absoluta e intocável, podendo ser excepcionada nos casos em que haja clara ilegalidade. Possuindo por consequência o efeito da inversão do ônus da prova, cabendo a quem acusar o ato de ser ilegítimo, a comprovação da ilegalidade.

1.3.3 Autoexecutoriedade

Consiste na possibilidade de que tão logo seja editado o ato administrativo, possa ser imediatamente posto em prática pela Administração. Não necessitando de intervenção judicial.

Na lição de Justen Filho:

A auto-executoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo os atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado. A auto-executoriedade pode conduzir obviamente ao impedimento da prática de certos atos pelos particulares. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 377)

Para Meirelles (2013, p. 173), com o advento da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LV, da CF, o reconhecimento da autoexecutoriedade tornou-se mais restrito.

Conforme Di Pietro (2012, p.207), a autoexecutoriedade somente será possível, quando prevista na lei ou no caso de urgência em que se não adotada imediatamente, vá causar prejuízo maior ao interesse público.

Encontra fundamento na necessidade de se proteger com celeridade e eficiência o interesse público. A autoexecutoriedade deverá, portanto, obedecer aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Apesar de não necessitar de intervenção judicial para ser posto em prática, não resta afastada a possibilidade de controle judicial posterior, por qualquer pessoa que se sentir lesada pelo ato.

1.3.4 Tipicidade

É o atributo que vincula o ato administrativo à figura prevista em lei, que define a aptidão para o ato produzir determinado resultado. O objetivo que a Administração busca alcançar com o ato administrativo, deverá estar definido em lei.

Segundo Di Pietro:

Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos de imperatividade e excoutoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida. . (DI PIETRO, 2012, p.209)

Decorre, portanto, do princípio da legalidade, afastando a possibilidade da administração praticar atos inominados. Existe somente em relação aos atos unilaterais, pois nos contratos não há imposição, dependendo sempre da aceitação do particular.

1.4 Atos vinculados e atos discricionários

A Administração Pública, para desempenhar suas funções, possui poderes que lhe conferem supremacia sobre os administrados. Entretanto, tais poderes são delimitados pela lei devido ao princípio da legalidade.

Segundo Di Pietro (2012, p. 218), “os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente” (grifo do autor). Tais poderes, no Estado Democrático de Direito, apresentam-se limitados pela lei com o fim de impedir condutas arbitrárias ou desconectas ao interesse público.

Portanto, o administrador não pode exceder os limites da lei sob pena de estar cometendo ilegalidade.

Assim, dentre as diversas classificações do ato administrativo, destaca-se a divisão entre atos vinculados e atos discricionários.

1.4.1 Atos vinculados

Atos administrativos vinculados são aqueles em que a lei estabelece todas as condições de sua realização, ou seja, os seus pressupostos, elementos e efeitos encontram-se totalmente descritos em lei, não restando à Administração Pública liberdade para a valoração

acerca de sua prática. Assim, uma vez ocorridos os pressupostos contidos em lei que autorizam a prática do ato, a medida prevista na norma deve ser adotada obrigatoriamente.

Sob esse contorno, molda-se a declaração de vontade da administração ao que está previsto em lei. Como exemplo, pode-se citar o caso da aposentadoria compulsória dos servidores públicos aos setenta anos. Não cabe a Administração considerar se o servidor merece ou não ser aposentado. Atingindo o limite de idade o servidor é obrigatoriamente aposentado, independentemente da sua vontade ou da vontade do Poder Público.

Segundo definição de Hely Lopes Meirelles,

Atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (MEIRELLES, 2013, p.177, grifo do autor)

Conforme Di Pietro (2012, p.219), “[...] se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”. (grifo do autor)

Pode-se, pois, concluir que os atos vinculados consistem na manifestação do poder vinculado da Administração Pública, em que são expedidos sem qualquer margem de liberdade para a escolha de seus elementos ou requisitos, que já vêm previamente definidos em lei. Em que pese o dever do administrador também ponderar as circunstâncias que o conduziram à edição do ato administrativo, o seu dever, perante a vinculação, é agir conforme à objetividade absoluta prevista em lei, pois esta especificará a conduta a ser executada pela Administração Pública.

Cabe ressaltar que tais atos vinculados, estando, portanto tão delimitados pela lei, possibilitam ao Judiciário revisá-los em todos os seus aspectos. Certo, porém, é que não caberá ao Judiciário examinar a conveniência, justiça ou oportunidade do ato, mas sim, sua legalidade.

1.4.2 Atos discricionários

Em certos casos, o regramento não alcança todos os aspectos da atuação da administração, existindo certa margem de liberdade para a Administração decidir acerca de sua conveniência e oportunidade.

Trata-se, pois, da declaração de vontade da função administrativa discricionária, isto é, a edição de ato administrativo discricionário, pelo qual a Administração Pública se pronuncia ou faculta a edição de um ato administrativo em face da conveniência e da oportunidade administrativas.

Para Hely Lopes Meirelles:

Atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. (MEIRELLES, 2013, p. 178, grifo do autor)

Pode-se declarar que o ato administrativo discricionário vem a ser a concretização do poder discricionário, tendo em vista a conferência deste à Administração Pública para a consecução daquele, fundamentalmente como lhe faculta a própria lei.

Confere, pois, a discricionariedade, um poder à Administração Pública, através do qual lhe concede certa liberdade ainda que ditada por parâmetros legais, proporcionando-lhe ao menos duas possibilidades de condutas perante uma determinada hipótese, dentre as quais, ao declarar o ato administrativo, optar-se-á por uma ou outra, conforme a conveniência e a oportunidade ensejada pelo fato.

Distingue-se, desse modo, do poder vinculado pela maior flexibilidade de ação que é conferida ao Administrador. Se, para a prática de um ato vinculado, a Administração Pública está submetida à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.

Como exemplo do exercício do poder discricionário, tem-se a nomeação para cargo em comissão, ato para o qual o Administrador Público possui liberdade de escolha, ou seja, pode nomear aquele que for de sua total confiança, não se exigindo nenhuma seleção prévia.

Deve-se destacar que discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Nesse sentido, Meirelles (2013, p. 179) corrobora que, “Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrria ou excedente da lei. Ato

discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido”.

Conforme com o exposto anteriormente, o ato administrativo possui cinco elementos: sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo. Nenhum ato é discricionário de forma integral, pois no que tange à competência, à forma e à finalidade, o ato será sempre vinculado. Já os elementos objeto e motivo podem ser vinculados ou discricionários, dependendo da natureza do ato. Assim, a discricionariedade não engloba todos os elementos do ato administrativo, pois, em relação à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei impõe.

Alguns aspectos do ato, posto que previstos em lei, devem condizer com a mesma. Além disso, o Administrador Público, no exercício de suas funções, deverá sempre buscar a realização do interesse público, não podendo editar atos, ainda que discricionários com intuito meramente de atender a interesses privados.

Ainda em relação ao ato discricionário, cabe controle por parte do Judiciário, ao verificar se houve desvio de poder ou de finalidade, anulando, nesses casos o ato praticado.

Meirelles (2013, p.180), assevera que, “Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir”.

Portanto, o ato administrativo discricionário é fundamental para o bom funcionamento da atividade administrativa, pois, é por meio dele que o administrador consegue suprir as hipóteses do mundo fático que não foram previstas pelo legislador.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Neste segundo capítulo, abordaremos os aspectos relativos à discricionariedade administrativa. Toda atividade administrativa é regada por lei; ocorre que a lei não consegue delimitar todos os aspectos, os que não forem delimitados serão apreciados com liberdade de avaliação ou decisão pela Administração Pública. Essa liberdade de decisão é conferida pela própria lei, diante do caso concreto.

Conforme Medauar (2009, p. 112), tem ocorrido confusão entre discricionariedade e arbitrariedade, tem-se utilizado o termo discricionário, com o sentido de arbitrário e vice-versa. Entretanto, tal acepção deve ser afastada, tendo em vista que as atividades da administração são baseadas no princípio da legalidade e, portanto, discricionariedade não equivale à arbitrariedade.

De acordo com Meirelles (2013, p.179), arbítrio e discricião são conceitos muito diferentes, enquanto discricião é uma autonomia de atuação dentro da esfera legal, o arbítrio é uma ação fora dos limites legais. O ato discricionário, quando previsto no Direito, será legal e válido; enquanto o arbitrário será sempre inválido e ilegítimo.

Assim, no exercício de suas atribuições, o administrador se depara com situações que lhe exigem uma decisão com certa liberdade quanto à conveniência e oportunidade para edição de atos administrativos, ocasião em que atua com base no poder discricionário que lhe é legalmente conferido.

2.1 Conceito

Trata-se da capacidade que a Administração Pública possui de realizar escolhas entre alternativas diferentes, com o propósito de exercer um poder conferido pelo ordenamento jurídico e que este, no entanto, não regulou plenamente.

A discricionariedade é, portanto, um modo de operar que se caracteriza por adotar decisões dentro de uma margem de livre escolha deixada pelo ordenamento jurídico e resulta em um ato de escolha sobre a base de argumentos valorativos, acerca dos quais, pessoas razoáveis podem diferir. A escolha se dá sempre conforme critérios valorativos extrajurídicos.

Segundo Moraes (2004, p.48), o núcleo da discricionariedade está na liberdade de escolha da Administração, através da ponderação comparativa de interesses que visam à realização do interesse público.

Para Bandeira de Mello:

[...] fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.978, grifo do autor)

Diante da lição do renomado administrativista, vemos que a atividade discricionária se origina da existência de mais de uma solução para um determinado caso.

Di Pietro (2012, p. 219), ensina que a atividade da administração é discricionária quando analisa o caso concreto segundo critérios de conveniência e oportunidade e escolhe entre mais de uma opção válida para o direito.

Justen Filho (2011, p.206), leciona que: “discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico”.

Depreende-se da lição dos referidos autores, por conseguinte, que a noção de discricionariedade traz em si a característica de uma margem de liberdade conferida à Administração, sempre pela lei, a fim de que se possa, no caso concreto, aferir o comportamento estatal que melhor atenda ao interesse público.

Com base nas referidas teorias, cremos que a discricionariedade apresenta-se, pois, como a esfera de liberdade conferida pela lei ao agente público para que, dentro de certos limites, possa ele avaliar, no caso concreto, a atuação que melhor atenda à finalidade legal, dentre aquelas tidas como possíveis pela regra de Direito.

O que inspira a discricionariedade administrativa é o dever da boa administração, estando, pois, diretamente relacionada à eficiência. Trata-se de um poder instrumental para o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal.

A discricionariedade permite aplicar soluções distintas para as diversas hipóteses de incidência da norma, a fim de atender à finalidade da lei, e não apenas uma solução rígida para todos os casos nela contemplados, visto que a previsão de vinculação abstrata poderia vir

a ensejar a prática de atos administrativos contrários aos próprios interesses públicos nela contemplados.

Discricionariedade é, portanto, a faculdade que adquire a Administração para assegurar de forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público no exercício de suas funções administrativas, de forma a possibilitar a integração da vontade da lei durante a execução de seu conteúdo diante de determinada situação, constituindo-se em verdadeiro poder vinculado ao atendimento da finalidade pública que dita a sua existência.

Esta vinculação ao interesse público constitui o limite interno da atuação do Estado, imposta pela sociedade, cujo descumprimento enseja a ilegitimidade do ato, marcando a má-administração. Como limite interno da atuação do Estado encontra-se a lei, imposta por ele próprio, cujo descumprimento enseja a ilegalidade do ato.

2.2 Justificação

A discricionariedade concedida pela lei ao administrador não existe para o aproveitamento pessoal deste. Trata-se de instrumento concebido para a boa atuação da Administração. Por isso, mais correto seria, talvez, chamá-lo de “dever discricionário”, uma vez que a discricionariedade consubstancia uma liberdade que se justifica apenas e tão somente para o atendimento da finalidade legal, e não pessoal do administrador. É poder que existe para o fiel cumprimento do dever de bem administrar, vale dizer, de adotar, dentre várias possíveis, a opção que melhor atenda ao interesse da coletividade.

Segundo Fernandes de Oliveira (1992, p.85), a existência do poder discricionário da Administração é justificada pela impossibilidade material e lógica de se prever todas as hipóteses e circunstâncias que possam surgir ao administrador. Sendo a realidade tão variável, é impossível ao legislador antever todas as possibilidades do mundo fático.

Conforme lição de Meirelles,

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso corrente. (MEIRELLES, 2013, p. 179)

De acordo com Di Pietro (2012, p.220), entende-se que se pode justificar a discricionariedade tanto por um critério jurídico como por um critério prático. O critério jurídico vale-se da teoria da formação do Direito por degraus, de Hans Kelsen em que a cada

novo degrau adiciona-se um elemento novo que não foi previsto no degrau anterior. Tal acréscimo se faz através da discricionariedade que possibilita o surgimento de novo degrau. Já segundo o critério prático, estaria justificada a discricionariedade por esta evitar o automatismo que poderia ocorrer caso os agentes ficassem restritos a cumprir rigorosamente somente as normas preestabelecidas e também pela impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de atuação do administrador.

Para Medauar (2009, p. 115), uma das justificativas para a discricionariedade é que: “o Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei[...]”

Com a ampliação da área de influência do Estado, cada vez mais envolvido em novas atividades, torna-se necessária uma maior eficiência e presteza. Carecendo a administração de uma maior maleabilidade de métodos e caminhos.

A atual dinâmica do interesse público requer uma maior elasticidade de atuação, que é incompatível com lento procedimento legislativo de elaboração das leis. No entanto, tal poder discricionário não justifica uma atuação arbitrária, ao arremetimento da lei, devendo estar sempre submetido a ela.

Como justificativa para a discricionariedade, pode-se citar, a de conferir à Administração um campo de liberdade para aferir numa situação concreta, a decisão que melhor promova o interesse coletivo e melhor atenda a finalidade legal. Sem esta flexibilidade, sua atuação seria morosa e cairia no automatismo e tornaria inviáveis as soluções complexas e a sempre crescente necessidade coletiva.

2.3 Âmbito de aplicação

A discricionariedade possui amplo âmbito de aplicação e apesar de ter como fonte a lei, ela atua no espaço deixado por ela.

Conforme Di Pietro (2012, p.220), normalmente a discricionariedade existe:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência dos serviços;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;

c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde. (DI PIETRO, 2012, p. 220)

Quanto ao momento de aplicação da discricionariedade, caso não haja previsão legal, a própria Administração escolhe o momento mais adequado para atingir o objetivo buscado.

Segundo Di Pietro (2012, p.220), o legislador não consegue determinar o momento exato para aplicação do ato e sim, estabelecer um prazo para a Administração tomar determinadas decisões. A discricionariedade pode ainda tratar de um agir ou não agir diante determinado caso.

Seguindo ainda lição de Di Pietro, a discricionariedade pode referir-se também aos elementos do ato administrativo, sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. Contudo, é no motivo e no conteúdo do ato onde é mais comum se localizar a discricionariedade.

Para Bandeira de Mello (2012, p.437), a lei não prevê com exatidão as hipóteses em que um ato é ou não discricionário, pois nunca há uma liberdade total de escolha. O que ocorre é que em certas situações existe uma margem maior ou menor de liberdade de apreciação quanto ao momento da prática, ao motivo, à forma, à finalidade ou ao conteúdo do ato. A maior ou menor liberdade da Administração dependerá da disciplina legal.

Assim, é impossível enumerar todas as matérias em que o legislador confere discricionariedade ao administrador.

2.4 Mérito do ato administrativo

O mérito do ato administrativo consiste em uma valoração realizada pela Administração Pública quanto às vantagens e consequências de sua edição, que serão levadas em conta como pressupostos da atividade administrativa. Diferentemente dos atos vinculados, os atos discricionários são praticados com base em juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

O mérito administrativo é entendido por Bandeira de Mello como:

[...] o campo de liberdade suposto pela lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante o a situação vertente, tendo em vista exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 981):

Hely Lopes Meirelles, mencionando Seabra Fagundes, concebe o mérito dos atos administrativos no sentido de fazer valoração dos motivos acerca da conveniência, oportunidade e justiça em sua prática:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária. (MEIRELLES, 2013, p. 165)

O conceito de mérito administrativo é de difícil definição, mas poderá ser localizada sua presença toda a vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato.

Para Di Pietro (2012, p.223), “[...] o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito [...]”. Legalidade se refere à adequação do ato a lei, enquanto o mérito diz respeito à oportunidade e conveniência perante o interesse público.

Germana de Oliveira Moraes (2004, p.147), qualifica o mérito como o núcleo da discricionariedade administrativa. O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem no entanto com ela confundir-se.

Segundo Cretella Júnior (1998, p.154), “mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade”.

O mérito pode também ser compreendido como a ponderação que o administrador faz sobre determinados fatos e que o leva a decidir num sentido ou noutro ou até mesmo nada decidir, apreciando o que é oportuno e conveniente.

Como se percebe, o mérito administrativo constitui uma valoração realizada pelo administrador que o leva a optar, entre as opções possíveis, aquela que no seu julgamento melhor atende ao interesse público.

Pode-se dizer que enquanto o poder discricionário é o poder de escolha conferido pela lei, o mérito administrativo é a valoração que leva a administração a escolher uma entre as opções possíveis.

O mérito do ato administrativo existe somente quando houver discricionariedade, esta se refere a motivo e objeto. Quando se busca uma definição acerca do mérito, é unânime

na doutrina e jurisprudência falar-se em oportunidade e conveniência, que nesse caso aquela seria o motivo, e esta o objeto.

O mérito administrativo surge da seguinte pergunta que o administrado deve fazer-se após valorar e escolher entre as opções viáveis a que melhor atende ao interesse público: “Por que essa escolha?”. Dessa forma, pode-se afirmar que o poder discricionário é revelado pelo quesito “Qual a escolha?” enquanto o mérito administrativo pelo quesito “Por que essa escolha?”.

Assim, mérito do ato administrativo é a consequência de um juízo de valor realizado pelos gestores públicos, valorando, não somente a melhor forma de praticar o ato, mas também analisando as consequências menos gravosas à Administração. Esses deverão ser os pressupostos da atividade administrativa.

Cabe ainda ressaltar que segundo Meirelles (2013, p.166), o mérito administrativo possui sentido próprio e diferente do mérito processual, abarcando somente os elementos discricionários dos atos da administração, aqueles admitem valoração da conveniência e oportunidade.

Durante muito tempo, não se admitiu um controle do mérito do ato administrativo. Os clássicos doutrinadores, eram categóricos em afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”.

Entretanto, uma visão mais moderna e atualizada vem se consolidando de forma mútua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que entende a relação entre o Direito e a Justiça, baseada em valores e princípios.

Já Odete Medauar (2009, p.152) aponta que o contraponto clássico entre legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente. Na mesma linha de raciocínio, Juarez Freitas (2009, p.121), indica que inexistente discricionário pura ou não controlável principiologicamente pelo Judiciário, uma vez que o agente público é livre apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa Administração Pública.

2.5 Limites da Discricionariedade

Discricionariedade não é sinônimo de atividade livre ou de arbitrariedade, certo é que a discricção sofre limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ademais, são os limites que diferenciam discricionariedade de arbitrariedade administrativa.

Há limites e padrões que devem ser respeitados pelo agente público quando da prática do ato, sob pena de torná-lo inválido. A atividade administrativa discricionária não é uma livre atuação ou uma livre escolha. É, todavia, sempre limitada, dirigida, regulada, ligada a finalidade da lei, pela razão legal, que nunca pode faltar.

Segundo Meirelles:

Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter *competência legal* para praticá-lo; deverá obedecer à *forma legal* para a sua realização; e deverá atender à *finalidade legal* de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado de forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato *discricionário* para ser ato arbitrário – ilegal, portanto. (MEIRELLES, 2013, p. 127, grifo do autor)

Bandeira de Mello por seu turno leciona que:

Não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.989)

Ele destaca ainda, a relatividade da competência discricionária, ressaltando que o agir discricionário é sempre relativo. Relativo, pois o administrador em todo e qualquer caso é balizado pela lei, sendo que a liberdade conferida só existe na extensão, medidas e modalidades que dela resultem.

A relatividade e a limitação da competência discricionária demonstram segundo Bandeira de Mello (2006, p.7), que “a situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo”. Portanto, a existência da discricionariedade só pode ser constatada e dimensionada no caso concreto, na medida em que a discricção normativa é apenas condição necessária, mas não suficiente para seu exercício.

Através da margem conferida pelo Direito ao administrador, no que se refere à discricionariedade, o mesmo está vinculado aos ditames estritamente legais. Além disto, o alcance da liberdade conferido pela norma relaciona-se apenas com os pontos específicos estabelecidos por ela própria. Importante que o exercício dessa liberdade seja praticado na dimensão e no aspecto caracterizado previamente pela regra de direito.

O principal limite que se pode impor à atuação discricionária em um Estado Democrático de Direito é a legalidade, ou seja, a norma, pois serve de base para que certos atos administrativos não extrapolem os limites do razoável e somente a lei pode conferir discricionariedade. Quando o fizer, o exercício desta atuação discricionária somente será jurídico na exata dimensão e extensão prevista pela regra legal.

Outro limite que pode ser sugerido é o da indispensável motivação. Não há regular exercício da discricionariedade sem a exposição clara dos motivos que conduziram o agente estatal a decidir desta ou daquela maneira. Trata-se a motivação de requisito de validade de qualquer ato administrativo, mas que ganha capital relevo quando houver competência discricionária a ser exercitada pela Administração. Tal se faz necessário para a observância do respeito aos demais limites da discricionariedade, dentre elas a razoabilidade e o atendimento da finalidade legal.

Para Bandeira de Mello (2012, p. 111), toda providência administrativa deve pautar-se pela razoabilidade, notadamente aquelas oriundas do emprego da discricionariedade. Assim, dentro das balizas estatuídas pelo legislador, competirá ao agente estatal adotar à medida que, naquela situação concreta, apresente-se consentânea com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Também se pode dizer que restrição à discricionariedade existe no dever de adotar a melhor decisão para a situação concreta. Não está livre o administrador para escolher qualquer opção em tese admitida pelo ordenamento jurídico. Deve buscar, sempre, aquela que melhor se afine com a finalidade legal, com o interesse da coletividade (e não com o pessoal) e com a moralidade. Em caso de dúvida no momento da decisão, deve pautar-se por esses guias.

Assim, a atividade discricionária deve buscar um único fim, qual seja o interesse público, mesmo que os conceitos existentes na norma sejam imprecisos, vagos. Contudo, ainda que na presença destes, tal atividade jamais deverá desacreditar da essência contida na

intenção dos mesmos, ou seja, importante que ela seja sempre fundada nos princípios de maior relevância para o atuar da Administração, como eficiência, moralidade, razoabilidade, publicidade, legalidade dentre outros.

2.6 Princípios da Administração Pública como limites da discricionariedade

A Administração pública, seus órgãos e agentes são comandados por normas. Além das regras específicas para cada área, existem preceitos gerais que informam vasto campo de atuação. São os princípios do Direito Administrativo.

Princípios são preposições nas quais estão contidos os alicerces do ordenamento de uma matéria. Segundo Medauar (2009, p.124), “constituem as bases nas quais assentam institutos e normas jurídicas”.

Ensina Meirelles (2013, p.90), que os princípios constituem, “[...] os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais”.

Os princípios possuem suma importância, por atuarem como garantia contra o abuso da atuação discricionária da Administração Pública, não podendo deixar de ser observados. Os princípios servem de parâmetro para a interpretação de todas as regras.

Se certo dispositivo legal ou regulamentar autorizar mais de uma interpretação, deve-se escolher aquela que melhor realize os princípios. O Administrador Público deverá, obrigatoriamente, realizar atos observando os princípios presentes no Direito, explícita ou implicitamente.

A própria jurisprudência já reconhece a força normativa dos princípios conforme segue:

REsp 510259 / SP

Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma

Julgamento: 24/08/2005

DJ 19 /09/2005 p. 252

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada. 4. Recurso especial improvido. (BRASIL 2005b)

Alguns princípios possuem previsão no art. 37, *caput*, da Constituição Federal/88 e outros decorrem do regime político, de normas infraconstitucionais.

Se infringidos os princípios constitucionais, o ato administrativo estará eivado de vício de inconstitucionalidade. Se contrariar princípio referente à norma infraconstitucional, o ato administrativo poderá ser considerado inválido, sendo passível de controle e anulação pelo Poder Judiciário.

Assim, discorreremos a seguir sobre os princípios elencados na Constituição Federal, na Lei Nº 9.784/99 e outros indicados pela doutrina.

2.6.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos principais sustentáculos do Estado de Direito e uma das principais garantias que os direitos individuais serão respeitados. É também, a base de todo o regime jurídico da Administração Pública demonstrando a subordinação da atividade administrativa à lei.

Para Bandeira de Mello (2012, p. 102), o princípio da legalidade é o princípio base para a configuração do regime jurídico administrativo. Segundo o autor, esse princípio é a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por consequência, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, que consistente na expedição de comandos complementares a lei.

Seguindo ainda a opinião do mesmo autor, ao contrario dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Assim, a legalidade significaria a completa submissão da Administração às leis.

Na lição de Meirelles (2013, p. 90), o administrador e toda sua atividade estarão sujeitos às determinações da lei e as exigências do bem comum. Não podendo se afastar da legalidade sob pena de praticar ato inválido e a responsabilização disciplinar, civil e criminal, dependendo do caso.

Di Pietro (2012, p.64), ensina que o princípio da legalidade, juntamente com o de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, ressaltando que é o

que melhor se enquadra à ideia de que a vontade da Administração Pública decorre sempre de lei.

Percebe-se assim, a importância do princípio da Legalidade na atividade administrativa por parte do poder público. Tudo que o poder público faz deve estar amparado legalmente, sob pena de tais atos serem anulados pelo Poder Judiciário. Além disso, esse princípio garante que os administrados não sofrerão abusos por parte de seus governantes, haja vista que eles somente poderão fazer aquilo que a lei lhes permite.

Conforme Cunha Júnior,

Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a ideia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a ideia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei. (CUNHA JUNIOR, 2007, p.38-39)

Portanto, uma vez afetada a legalidade na prática de atos pela Administração Pública, o particular lesado poderá se insurgir contra tal afronta, seja por intermédio da esfera administrativa ou pela esfera judicial.

O objetivo das leis não é o de atar, engessar a Administração Pública, mas, pelo contrário, a finalidade das leis e do Direito é a de auxiliar na construção de uma sociedade onde justiça e igualdade não sejam apenas uma utopia no plano das ideias, mas sim uma realidade concreta e possível de ser usufruída por todos de forma igualitária.

2.6.2 Princípio da Impessoalidade

Tal princípio é de grande importância na medida em que toda a atividade da Administração Pública deve buscar o interesse público e esta deverá atuar sempre com impessoalidade. A impessoalidade encontra previsão expressa no *caput* do art. 37 da Constituição Federal a seguir transcrito *in verbis*:

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

Ensina Bandeira de Mello que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses

sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 117)

Segundo Di Pietro (2012, p.68), “[...] a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

A Atividade da Administração Pública não pode vincular-se à pessoa que o praticou, pois esta, ao estar incumbida de tal realização, age em nome do Ente Público, e não em nome de si mesma, tanto é que os atos emanados do agente são imputados à pessoa jurídica pública a qual este pertence.

É um princípio que visa limitar a atuação do Administrador para evitar abuso contra os administrados, pois obriga o agente público a interpretar a norma de forma a atingir o objetivo pelo qual ela foi criada, e não interpretar da maneira que lhe é mais conveniente.

Tal entendimento já faz parte da jurisprudência pátria, norteador de suas decisões com base no referido princípio. É o que pode ser observado no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DE NOMEAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO PARA OFICIAL DE JUSTIÇA PARA PROVIMENTO DE VAGA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ESTADO DO MARANHÃO. NOMEAÇÃO NOS QUADROS DA JUSTIÇA DE 1º GRAU. DIFERENÇA DE QUADROS NO TOCANTE AO TRIBUNAL E A JUSTIÇA DE 1º GRAU. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL SOBRE O APROVEITAMENTO DE LISTA DE CANDIDATOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. I – Não é possível a nomeação de candidato em quadro diverso do qual foi aprovado, ainda que os cargos tenham a mesma nomenclatura, atribuições iguais, e idêntica remuneração, quando inexistente essa previsão no edital do concurso. II – A falta de previsão no edital sobre a possibilidade de aproveitamento de candidato aprovado em certame destinado a prover vagas para quadro diverso do que prestou o concurso viola o princípio da publicidade, norteador de todo concurso público, bem como o da impessoalidade e o da isonomia. III – Segurança denegada.

(STF - MS: 26294 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/11/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 14-02-2012 PUBLIC 15-02-2012)

Portanto, resta claro que para a validade do ato administrativo, é necessária a observância do princípio da impessoalidade, dentre outros. Não sendo observado tal princípio, poderá ocorrer a invalidade do ato.

2.6.3 Princípio da Moralidade

É, segundo a doutrina, um princípio de difícil definição. Por ser um conceito impreciso e vago, nem todos os doutrinadores reconhecem sua existência.

Di Pietro, entende que:

[...].sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2012, p. 79)

Para Meirelles (2013, p.92-93), o princípio da moralidade juntamente com o da finalidade e da legalidade, são pressupostos de validade de toda a atividade pública. O conceito de moralidade está intimamente ligado ao conceito do bom administrador.

O princípio da moralidade é de fundamental importância para a boa administração. A atividade administrativa deverá atender não apenas à lei, mas também a esse princípio. Esse é o entendimento atual de grande parte das decisões nos tribunais, mesmo se tratando de atos discricionários, inclusive porque são nesses atos que se apresenta, de maneira mais comum, a imoralidade e uma maior probabilidade de burla das leis e dos princípios gerais do direito que norteiam a Administração Pública.

A imoralidade administrativa causa a invalidade do ato administrativo, que deve ser decretada pela própria Administração ou então pelo Judiciário.

2.6.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está também expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e define a obrigação da Administração de manter a transparência e promover a ampla divulgação de todas as suas atividades perante seus administrados, devendo, inclusive, fornecer meios de acesso a todos os atos por ela praticados.

Conforme lição de Bandeira de Mello (2012, p. 117), “Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, [...], ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

Esse princípio tem grande relevância quanto à motivação do ato administrativo. A omissão, nos casos em que a motivação é obrigatória, e a falsidade do motivo que ensejou a prática do ato geram ilegalidade.

No âmbito administrativo, o sigilo somente pode ser admitido, quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado, conforme está previsto no art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. Para Medauar (2009, p. 131), tal princípio incide não somente sobre matérias de interesse do indivíduo, mas também sobre matérias de interesse geral e coletivo.

Segundo a Lei Nº 12.527/2011, que tem por objetivo garantir o acesso à informação previsto no inc. XXXIII do art. 5º da Constituição Federal é dever dos órgãos e entidades públicas, promover, independentemente de requerimento, a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Para isso deverão valer-se de todos os meios e instrumentos legítimos que dispuserem.

Este princípio garante aos administrados o direito de ter ciência do que é feito pela Administração, possibilitando o controle sobre a atividade administrativa. E assim, no caso de ter algum direito violado, poderá tomar as medidas cabíveis conforme o caso em concreto.

Tal princípio tem importância ampliada no caso dos atos administrativos discricionários, pois permitirá que se verifique se o juízo de conveniência e oportunidade está conforme as normas do direito. Os atos administrativos que não atenderem ao princípio da publicidade deixarão de produzir efeitos e estarão sujeitos a invalidade.

2.6.5 Princípio da Eficiência

Com a finalidade de solucionar o problema da má prestação do serviço público, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, acrescentando ao *caput* do art. 37 da CF, o princípio da eficiência. Também a Lei Nº 9.784/99 faz referência a tal princípio em seu artigo 2º, *caput*.

Para Medauar (2009, p. 132), a eficiência é o princípio que deve nortear a Administração Pública, devendo a mesma agir de modo rápido e preciso, para que os resultados de suas ações satisfaçam as necessidades da população.

Bandeira de Mello (2012, p. 125), se valendo da doutrina italiana, considera o princípio da eficiência como uma faceta de um princípio superior, o da boa administração.

Devendo a administração agir sempre de modo congruente, oportuno e adequado aos objetivos a serem atingidos.

Segundo Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser consideração em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2012, p. 84)

Partindo-se desses entendimentos, conclui-se que a real justificação para a inserção desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o objetivo principal dessa inclusão foi dar maior efetividade à prestação do serviço público, e, em paralelo a isso, tornar essa prestação menos onerosa para os cofres públicos.

Cabe ainda ressaltar que o princípio da eficiência não se sobrepõe aos outros princípios inerentes a Administração, e sim age em conjunto com eles.

2.6.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Na doutrina pátria, alguns autores tratam da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios separados, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho. Já autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Odete Medauar, tratam-os como sinônimos. Adotaremos o entendimento que trata os dois como um só princípio.

Em relação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade Hely Lopes Meirelles diz que:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. (MEIRELLES, 2013, p. 96)

De acordo com Medauar:

O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. (MEDAUAR, 2009, p. 133)

Já Di Pietro, observa que:

Embora a Lei Nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. (DI PIETRO, 2012, p. 81)

Apesar de não ser expressamente inserido na Constituição Federal, esse princípio possui atualmente ampla aplicação. Sendo aplicados especialmente no controle de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas.

Portanto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm como objetivo compatibilizar os meios aos fins desejados, entre as medidas aplicadas e a sua finalidade, limitando a discricionariedade administrativa, bem como impedindo atuação arbitrária dos agentes públicos. Logo, mesmo sob aparente legalidade, os atos que não estiverem em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, serão ilegais.

2.6.7 Princípio da supremacia do interesse público

Corresponde ao atendimento por parte da Administração Pública dos fins de interesse geral, vedada à renúncia total de poderes ou competência, exceto quando autorizado por lei. A Lei Nº 9.784/99 coloca-o como sendo de observância obrigatória por parte da Administração, no inciso XIII, do parágrafo único do artigo 2º, prevê que a norma administrativa deve ser interpretada de maneira que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Está particularmente ligado ao princípio da finalidade. A supremacia do interesse público sobre o privado é imanente à atuação estatal, na medida em que se justifica a existência do Estado, pela busca do interesse público geral.

Tal princípio deve ser aplicado até mesmo quando particulares estiverem desempenhando atividades ou serviços que foram delegados pela Administração Pública.

A Administração Pública não pode abrir mão desse interesse geral nem renunciar a faculdades concedidas pela lei. Somente a lei poderá autorizar a renúncia ou a disponibilidade de poderes a ela concedidos.

Conforme lição de Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, P. 99)

A supremacia do interesse público é a causa da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Nos momentos em que ocorrer conflito entre o interesse público e o privado, deve prevalecer o interesse público.

2.6.8 Princípio da Motivação

O princípio da motivação consiste na exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam fundamentados, ou seja, que se apresentem os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a sua prática. Contudo, motivação não se confunde com o motivo do ato administrativo.

Motivo é um dos elementos do ato que consiste na situação de fato ou de direito que determina a sua edição, enquanto que a motivação é a revelação ou exteriorização formal do motivo, integrando a própria forma do ato administrativo.

De acordo com Bandeira de Mello (2012, p.115), o princípio da motivação obriga a Administração a justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam a sua prática. [...] A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF/88. (MEIRELLES, 2013, p. 107)

Assim, tem-se que a Administração Pública deve fundamentar todos os atos que expede e revelar os motivos que ensejaram a sua atuação.

Conforme Bandeira de Mello, a motivação deve ser:

[...] prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses 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 aturada apreciação e

sopesamento dos fatos e das regras jurídica em causa, é imprescindível motivação detalhada. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.115)

Mesmo existindo algumas exceções ao princípio da motivação, uma vez havendo a motivação e inexistindo os motivos alegados, poderá ocorrer a invalidação do ato administrativo. Se a Administração motivar o ato, este se vincula aos motivos alegados, podendo o particular que se sentir lesado, refutando os motivos, buscar a invalidação do ato administrativo.

Portanto, o princípio da motivação é um dos mais úteis, pois permite ao cidadão entender as decisões de seus governantes, pois esse princípio obriga o agente administrativo a fundamentar as decisões tomadas.

2.6.9 Princípio da Segurança Jurídica

Este princípio pode ser considerado como um dos pilares do Estado de Direito e é um dos norteadores da Administração Pública. Visa preservar a estabilidade nas situações, relações e vínculos jurídicos.

Este princípio está previsto na Lei Nº 9.784/1999, que dispõe em seu art. 2º:

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

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

De acordo com Bandeira de Mello, o princípio da Segurança Jurídica, enquadra-se também como princípio geral de Direito e afirma que devido a tal princípio:

[...] firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e Pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.126)

Para Di Pietro (2012, p. 85), tal princípio visa vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Ela afirma ainda que o princípio deve ser aplicado com cautela, para não impedir a Administração de anular atos praticados sem a observância da lei.

A importância de a Administração Pública respeitar tal princípio é fundamental para que os administrados possam prever os atos administrativos, bem como planejar seus fins pessoais com segurança.

Verifica-se assim que a segurança jurídica é parte fundamental do Estado Democrático de Direito, visto que o administrado precisa ter certeza que atos cometidos por ele não serão considerados ilegais repentinamente.

2.6.10 Princípio do Controle Judicial

O princípio do controle judicial da Administração Pública, mais propriamente, consiste no postulado de que todo ato da atividade administrativa, independentemente do grau de liberdade conferido pela lei para sua edição, está sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.

Prevê o art. 5º, XXXV da Constituição Federal que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Isso garante ao Poder Judiciário a última palavra para resolver qualquer litígio entre e entre os administrados e a Administração. Desta forma, cabe ao Judiciário à decisão final sobre a legalidade de qualquer ato oriundo da Administração, independentemente de quantas e quais instâncias administrativas ele tenha passado.

Segundo Bandeira de Mello:

E ao poder judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita a legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.124)

Hely Lopes Meirelles (2013, p.220), entende que o controle judicial dos atos administrativos deve ocorrer somente no campo da legalidade.

Ainda segundo lição de Meirelles:

Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação

judicial, exatamente para que a justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade. (MEIRELLES, 2013, p. 220)

Portanto, tem-se assim que todo ato administrativo proveniente de qualquer aspecto da atividade administrativa, pode ser levado ao exame de legitimidade perante o Poder Judiciário.

2.6.11 Princípio da Continuidade do Serviço Público

Este princípio busca garantir a continuidade dos serviços públicos, isto é, assegurar que os serviços públicos não sejam interrompidos sem aviso prévio, principalmente em áreas especiais, como é o caso da saúde. Procura garantir que os serviços considerados essenciais continuem sendo prestados, independentemente das circunstâncias.

De acordo com lição de Di Pietro (2012, p. 71), “Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar”.

Segundo Odete Medauar (2009, p.134), “De acordo com esse princípio, as atividades realizadas pela administração devem ser ininterruptas, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado”.

Esse princípio já foi usado como justificativa para a proibição do direito de greve dos servidores públicos. Isso mudou com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 37, inciso VII, previu que a greve seria regulamentada por lei específica.

O princípio da continuidade do serviço público possui íntima ligação com os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, pois ambos buscam que a sociedade não tenha prejuízos em razão de interesse privados.

2.7 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados

A atividade administrativa é submissa às normas, realizando apenas o que é previsto em lei. Certas normas permitem alguma margem de liberdade para o administrador na tomada de decisões perante casos concretos, é o que se chama de discricionariedade.

Outras normas podem apresentar escolhas claras ou escolhas que englobam conceitos jurídicos indeterminados.

Tais conceitos têm sido tratados por parte da doutrina, como sendo a mesma coisa, mas como veremos a seguir, possuem certa diferenciação.

Conceitos jurídicos indeterminados são noções vagas, vocábulos com mais de um significado, que deixam à Administração Pública a possibilidade de interpretação segundo critérios de oportunidade e conveniência, como por exemplo, quando a lei manda punir o servidor que praticar procedimento irregular ou falta grave, sem definir em que consistem.

Para Carvalho Filho, conceitos jurídicos indeterminados são:

[...] termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. (CARVALHO FILHO, 2009, p.51)

Para Medauar (2009, p. 118), não haveria um conceito indeterminado e sim uma impossibilidade de se identificar a totalidade de situações possíveis que se enquadram na fórmula ampla utilizada pelo direito público e privado, como, por exemplo, ordem pública, boa-fé, justo preço.

Já a discricionariedade não possui o mesmo sentido, pois, reflete uma situação em que o administrador pode optar dentre várias condutas possíveis, por qual irá adotar. Não sendo uma opção totalmente livre.

Segundo Carvalho Filho (2009, p. 51), os institutos tem sido confundidos, por ser atividade não vinculada da Administração.

A presença dos conceitos jurídicos indeterminados está relacionada intimamente com a discricionariedade, entretanto, é necessário estabelecer um elo entre estes dois conceitos e a busca do interesse público que é o objetivo final da Administração Pública.

Vimos neste capítulo, que a discricionariedade possibilita ao administrador certa esfera de liberdade no exercício de sua competência devendo, entretanto, exercê-la de acordo com a situação concreta nos limites da legalidade.

3 MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Veremos a seguir, os aspectos referentes a motivação do ato administrativo discricionário, modalidades, requisitos, finalidade, fundamentos, obrigatoriedade e exceções ao dever de motivar.

Apesar de todo o debate em torno do tema motivação do ato administrativo, ainda persiste discordância quanto à obrigatoriedade da motivação ante aos atos administrativos, por se tratar de uma obrigação, segundo alguns doutrinadores, destinada somente aos atos vinculados, para outros, somente aos atos discricionários, e, para os demais, necessária para ambas às categorias.

Para a doutrina tradicional, somente os atos vinculados seriam obrigatoriamente motivados. De acordo com Themístocles Brandão Cavalcanti:

Nem todo ato administrativo precisa ser motivado, senão quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício. Assim, a demissão de um funcionário ou a sua exoneração deverá ser motivada quando vinculado o ato pela lei, mas não quando essa própria lei o deixa ao arbítrio da administração, como, por exemplo, nas funções de confiança (CAVALCANTI, 1973, p. 4).

Cretella Júnior também defende que o ato administrativo discricionário é insuscetível de revisão pelo Poder judiciário quanto aos motivos, não havendo a necessidade de motivação, mas, uma vez motivado, o ato pode ser submetido à apreciação judicial:

[...] 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, evada de abuso, excesso ou desvio de poder, torna o ato discricionário suscetível de revisão judicial (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 156).

Celso Antonio Bandeira de Mello por sua vez, se filia a corrente que defende que todo ato discricionário deve ser motivado, enquanto que, salvo algumas exceções, os atos vinculados também devem sê-los:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses 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 (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 115).

Há ainda uma corrente que defende a motivação de todos os atos, vinculados ou discricionários. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas às categorias. 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, 2012, p. 82).

Este capítulo se dispõe a dissertar sobre certos aspectos atinentes a motivação do ato administrativo da Administração Pública, para, adiante, atentar-se precipuamente a obrigatoriedade de motivação em face do ato administrativo discricionário.

3.1 Noção de motivação

A consolidação do significado da motivação do ato administrativo é fundamental, pois a motivação é a exteriorização das razões que justificam o ato.

Motivação consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão.

Deve-se, contudo, diferenciar motivação de motivo, conforme lição de Florivaldo Dutra de Araújo, (2005, p.90) “o termo motivação é usado para designar não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo”.

Para Bandeira de Mello, o termo motivação:

É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo [...]. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.404, grifo do autor)

Por seu turno, Meirelles (2013, p. 107) leciona que, “Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática”.

Há assim, uma relação entre motivação e ato administrativo, por ser a motivação a justificção do ato administrativo. O administrador através da argumentação buscará demonstrar a legalidade e a finalidade dos motivos, isto é, a causalidade entre o ato e os motivos que o ensejaram.

3.2 Modalidades de motivação

Em conformidade com os preceitos contidos no ordenamento jurídico administrativo, pode-se salientar, a título de conhecimento, que existem duas modalidades de motivação do ato administrativo, quais sejam a contextual e a *aliunde* ou *per relationem*.

Enquanto a modalidade contextual constitui na motivação que se depara no mesmo documento em que se registra o ato administrativo motivado, a modalidade *aliunde* ou *per relationem* constitui aquela que se encontra em escrito distinto.

Segundo Araújo (2005, p. 119), a motivação *aliunde*, pode se manifestar de duas maneiras, por ato acessório ao ato fundamentado como é o caso do parecer prévio, ou por outro ato com vida autônoma.

A motivação contextual é a regra, e a *aliunde*, exceção. Devendo ser adotada apenas em casos específicos em que se torne mais oportuna.

Apesar de tal diferenciação, a motivação, por ser um elemento de formalização do ato administrativo, independentemente de sua modalidade, submete-se a observância de alguns requisitos fundamentais para sua constituição, conforme veremos a seguir.

3.3 Requisitos da Motivação

Para que se tenha reconhecida a sua validade e, então, produza efeito jurídico, a motivação pressupõe a observância de algumas fórmulas e requisitos.

Portanto, a motivação, anteriormente ou contemporânea à edição do ato administrativo, por escrito, deve expor os pressupostos de fato e de direito que propiciaram determinado exercício da função administrativa, sob a condição de mencionar, necessariamente, certos requisitos típicos ao seu exercício e que, portanto, regulam alguns aspectos da motivação do ato administrativo.

Segundo o ensinamento de Cintra:

[...] os elementos idôneos para fazer suficiente a motivação variam de caso para caso, de acordo com as necessidades concretas da justificação do ato específico.[...] Assim, em primeiro lugar, é preciso que a motivação indique as premissas de direito e de fato em que se apoia o ato motivado, com a menção das normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão da não aplicação de outras; e com referência aos fatos, inclusive a avaliação das provas examinadas pelo agente público, a seu respeito. Em segundo lugar, o agente público deve justificar as regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão, se houver necessidade. [...] ainda, que, quanto aos atos administrativos discricionários, deve o agente público justificar as opções que tenha exercido, em função das alternativas que lhe estavam abertas, demonstrando, assim, que realmente apreciou as questões de conveniência e de oportunidade que a lei lhe confiou. A suficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações genéricas e vagas com meras repetições da linguagem da lei, com simples referências ao ‘interesse público’, a ‘necessidade de serviço’ etc. (CINTRA, 1979, p. 127-128)

Para Cretella Júnior (1977, p. 277), normalmente, a motivação contempla as relações efetivas de causa e de consequência, estabelecidas em conformidade com a situação de fato e à determinação do direito; e que, além disso, os motivos devem estar devidamente expostos, sendo insuscetível uma vaga referência. Portanto, a motivação deve se pautar na congruência, exatidão, suficiência e clareza.

De acordo com a lição de Araújo (2005, p. 122), a congruência significa que “os motivos, normas e razões invocados devem aparecer como premissas das quais se extraia logicamente a conclusão, ou seja, o conteúdo do ato”; a exatidão, que “as razões de direito devem corresponder aos textos invocados, e que os motivos fáticos devem ser verídicos”; a suficiência, que “a Administração deve dar idéia completa do processo lógico e jurídico percorrido até a decisão”; e, então, a clareza, significa o meio pelo qual, “o interessado terá o perfeito conhecimento do processo lógico e jurídico que conduziu o agente à decisão”.

Por seu turno, Meirelles (2013, p. 107) assevera que: “A motivação deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda”.

A motivação, de acordo com os parâmetros do direito administrativo, deve ser necessariamente escrita, tendo em vista que integra a formalização do ato. Entretanto, segundo Di Pietro (2012, p. 83), “não exige formas específicas”.

Assim a razão de ser da motivação está relacionada à realização do ato administrativo, pois justifica a conduta da administração e colabora para tornar transparente a atividade administrativa, o que é fundamental em um Estado Democrático de Direito.

3.4 Finalidade da motivação

A motivação tem sua razão de ser por fundamentar o ato administrativo que, embora seja declarado pelo administrador público competente, este nada faz além de editá-lo, tendo por finalidade, sempre o interesse público.

Conforme Araújo (2005, p.106), dentre as finalidades da motivação concebidas pelo ordenamento jurídico administrativo, citam-se: o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, a interpretação do ato administrativo, o controle do ato administrativo e a democratização da função administrativa.

O aperfeiçoamento do exercício da função administrativa ocorre, pois, ao se instituir o dever de expor as justificativas que ensejaram a edição de um ato administrativo, ao passo que a motivação exige do administrador à meditação sobre a adequada resolução da hipótese, a fim de que se evite uma atuação administrativa precipitada.

Para Cintra (1979, p. 112-113), o administrador ao exercer sua competência e expor suas justificativas, é levado a zelar pela legalidade do ato administrativo, e a evitar precipitações e negligências no desenvolvimento da atividade administrativa.

A interpretação do ato administrativo refere-se ao desígnio mais comum da motivação por ter efeito imediato e direto, concorrendo com o motivo que determinou a declaração de vontade do administrador público. Isto é, a motivação dispõe de todos os subsídios que propiciaram a edição de certo ato administrativo.

Quanto ao controle do ato administrativo, este pode vir a ser realizado pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo ou, ainda, pelo controle informal, também chamado de controle difuso pela opinião pública.

Por fim, faz-se necessário destacar a finalidade da motivação diante da democratização da função administrativa, por qual sua intenção é demonstrar a consonância dos atos do administrador com o ordenamento jurídico-administrativo.

Assim, fica claro que a motivação facilita o controle e a interpretação do ato administrativo e defende a boa administração, além de garantir os direitos dos administrados.

3.5 Fundamentos do dever de motivar os atos administrativos

Antes de se tratar especificamente sobre obrigatoriedade de motivação do ato administrativo discricionário da Administração Pública, cabe demonstrar quais são os fundamentos que submetem o administrador público ao exercício dessa competência.

O fundamento do dever de motivação do ato administrativo apresenta-se, implícita ou explicitamente, preceituado no ordenamento jurídico-administrativo que, guia e ampara a atividade administrativa, instituindo direitos e deveres administrativos.

O princípio da motivação leva a crer que a administração pública tem o dever de justificar de fato e de direito o motivo de seus atos. Esse princípio, apesar de não se encontrar explícito na Constituição Federal, tendo em vista que a lei Maior não traz, em seu bojo, qualquer alusão a tal princípio, encontra-se em dispositivos insertos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Doutrinadores apontam em princípios e dispositivos da Constituição Federal, referências ao dever de motivar, como é o caso especificamente dos artigos 1º *caput*, inciso II e parágrafo único, 5º, inciso XXXV e 93, inciso X.

Assim ensina Celso Antonio Bandeira de Mello,

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está [...] implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quando no parágrafo único deste perceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações em que gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 115-116)

Hely Lopes Meirelles conclui que:

[...] com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade, ampliando o do acesso ao Judiciário e exigindo explicitamente que as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas [...], a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário. Em suma, a motivação deve ser eficiente, de modo a ensejar seu controle *a posteriori*. (MEIRELLES, 2013, p.107-108)

No que se refere aos dois primeiros dispositivos constitucionais citados, art. 1º *caput*, inciso II e parágrafo único, 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 ao art. 5º, inciso XXXV e a previsão de apreciação pelo Poder Judiciário das lesões ou ameaças de lesão a direito, sabe-se que não há meio de se proceder a um controle judicial eficaz dos atos administrativos, não havendo motivação do ato ou motivação ulterior.

Outros doutrinadores, como Lúcia Valle Figueiredo, defendem que o princípio da motivação dos atos administrativos pode ser extraído do art. 93, inciso X da Constituição Federal. A autora justifica a utilização do art. 93, inciso X concluindo que “se quando o judiciário exerce sua função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?” (FIGUEIREDO, 1995, p. 47).

Lúcia Valle Figueiredo também extrai o princípio da motivação do princípio do devido processo legal inserto no art. 5º, inciso LIV da Carta Magna. Segundo ela, “a motivação atende às duas faces do “due process of law”: a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade declarada, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa” (FIGUEIREDO, 1995, p. 47 grifo do autor).

Além disso, o dever de motivar encontra-se também previsto na Lei Nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º inciso VII, que dispõe que serão observados nos processos administrativos, dentre outros critérios, o da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão”.

Anote-se ainda, que também a Lei da Ação Popular (Lei Nº 4717/1965) corrobora com o dever de motivação dos atos administrativos, ao regulamentar que o ato administrativo ante a inexistente, insuficiente ou contraditória descrição de seus motivos, seja em seus pressupostos de fato ou de direito, sujeito está à nulidade.

De acordo com o previsto no artigo 2º, *caput*, alínea *d* da lei da Ação Popular, a motivação é um instrumento elementar a mais para legalidade do ato administrativo, uma vez que torna possível verificar a submissão da Administração Pública ao que lhe determina a lei, para que, ante a sua conformidade, configure-se uma boa administração.

De acordo com Meirelles,

[...] se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo. [...] o ato administrativo, para ser bem-recebido pelos cidadãos, deve patentear sua legalidade, vale dizer, sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada sua legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis pela motivação. (MEIRELLES, 2013, p. 106)

Logo, a motivação, sob o acorde do princípio da legalidade, vem para constatar a razão lógica do ato administrativo, a fim de que se demonstre ao interessado, seja ele algum dos poderes do Estado, a opinião pública ou o administrado, o devido exercício da atividade administrativa condizente ao que a lei lhe determinada.

Implica também que o Estado Democrático de Direito deve infundir na opinião pública confiança e certeza quanto à legalidade e à justiça de suas decisões, ao passo que o administrador declara a vontade da Administração Pública em virtude exclusivamente de satisfazer certo interesse público.

Assim, tem-se a inegável relação entre a motivação do ato administrativo e o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que se exprime o dever jurídico de motivar o ato administrativo em face de todo o conteúdo composto no ordenamento jurídico-administrativo do Estado Democrático de Direito, e que resta por tornar a motivação em componente essencialmente responsável ao equilíbrio da sociedade.

Dessa forma, o princípio da motivação dos atos administrativos, mesmo não estando expresso na Constituição Federal, encontra arrimo implícito nesse mesmo diploma fundamental, 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.

3.6 Obrigatoriedade de motivação do ato administrativo discricionário

Em um Estado Democrático de Direito, é pressuposto da função administrativa, exercida pela Administração Pública, a busca da realização dos interesses públicos, pelos quais são realizados atos administrativos com a finalidade de atender certo interesse público.

Necessário, portanto, que a atividade realizada pela Administração Pública, esteja de acordo com o ordenamento jurídico-administrativo-administrativo, o que significa que a Administração Pública somente declara a vontade através da edição de ato administrativo conforme a hipótese disposta em lei.

Entretanto, perante a inviabilidade de se listar todas as hipóteses de realização do interesse público, a lei atribuiu a Administração Pública, os poderes vinculado e discricionário.

Enquanto o poder vinculado determina ao administrador que deva necessariamente exercer a conduta que lhe é atribuída por lei; o poder discricionário confere ao administrador uma liberdade limitada no parâmetro da lei, para que este, na edição do ato administrativo, ante a conveniência e a oportunidade, decida qual a declaração de vontade que deve ser manifestada para tal hipótese.

Logo, ambos os poderes se constituem inerentes à observância do que determina o ordenamento jurídico-administrativo, sendo que, diante de determinada hipótese da lei, ora a Administração Pública atua essencialmente em conformidade ao disposto em lei, ora atua com restrita liberdade ao que também dispõe a lei.

Enquanto o poder vinculado obriga o administrador a exercer a conduta que lhe é atribuída por lei; o poder discricionário confere ao administrador uma liberdade limitada no parâmetro da lei, para que este na edição do ato administrativo, ante a conveniência e a oportunidade, escolha qual a declaração de vontade que deve ser manifestada para tal hipótese.

Ambos os poderes, tanto o vinculado quanto o discricionário, estão sujeitos ao que prevê o ordenamento jurídico-administrativo e, diante do caso concreto, a Administração age somente em conformidade com o previsto na lei, ou com certa liberdade, também com observância da lei.

Portanto, como o interesse público é o principal objetivo visado pela Administração, aparece à motivação como forma de demonstrar a consonância entre o ato administrativo real e ato fático, independentemente de ser vinculado ou discricionário.

Logo, é necessário fundamentar em todos os aspectos a existência de certa conduta, uma vez que o ato administrativo sempre obtém sua razão de ser na consecução do interesse público, para o qual a Administração Pública também deve uma resposta do que se procedeu.

Conforme lição de Bandeira de Mello (2012, p.407), “se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se

entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido”.

Entende-se assim que no ato administrativo discricionário, a motivação adquire maior relevância, haja vista proporcionar a relação de congruência lógica entre a liberdade da situação fática exposta em Lei e a opção elegida pelo administrador através da conveniência e da oportunidade incidentes na conduta praticada, vez que incumbe a Administração Pública, conforme o conjunto de preceitos constituintes do ordenamento jurídico-administrativo, a necessidade de se aferir o interesse público com a finalidade preconizada em lei sempre que editar algum ato administrativo.

A motivação, como instrumento que justifica o ato administrativo, revela que o administrador precisa indicar a base legal, os fatos e as circunstâncias sobre os quais se funda e no caso da discricionariedade, a pertinência lógica entre o suporte fático e a medida tomada.

Faz-se, portanto, necessária à motivação, já que o poder discricionário proporciona maior espaço subjetivo à conduta do administrador que vem a satisfazer algum interesse público, restando apropriado, então, que o administrador perfaça a motivação a fim de que demonstre a legalidade de sua conduta, ao proporcioná-la como um dos instrumentos de controle do ato administrativo.

E pelo que se compreende também, que a obrigatoriedade de motivação do ato administrativo discricionário se faz necessária, mesmo quando não imposta explicitamente pela lei, como forma de se verificar a consonância do ato administrativo com as condições e a finalidade normativamente previstas.

Ante tudo o que foi exposto, se torna inquestionável a consagração do princípio da motivação pela Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Sendo, portanto, necessário que a obrigação de motivar o ato administrativo seja imposta ao administrador, salvo algumas exceções que veremos a seguir.

3.7 Exceções à necessidade de motivação do ato administrativo discricionário

Conforme lição de Justen Filho (2011, p. 400), “Aplica-se extensivamente ao direito administrativo a disciplina do Código de Processo Civil, no sentido de que os atos de mero expediente dispensam motivação [...]”.

Portanto, não haveria obrigatoriedade de se motivar os atos de mera rotina administrativa, sem qualquer efeito significativo na esfera dos administrados, embora, sempre seja exigido o motivo.

Cabe destacar ainda, o que consta do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, que trata da nomeação e exoneração para cargos em comissão. A respeito deste tema, a jurisprudência vem sendo firme no que se refere a possibilidade de exoneração *ad nutum* do cargo em comissão, isto é, sem processo administrativo e sem motivação por parte do administrador. Neste sentido, observa-se trecho de acórdão recente do Supremo Tribunal Federal conforme segue:

Como afirmado na decisão agravada, este Supremo Tribunal assentou que ocupante de cargo em comissão não tem direito à permanência no cargo, podendo ser exonerado a qualquer momento, segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 663.384 SÃO PAULO)

Resta ainda, ressaltar que, mesmo não havendo a obrigatoriedade de motivação da exoneração do ocupante de cargo em comissão, uma vez que for fundamentada a decisão, tal fundamentação será vinculante por força da teoria dos motivos determinantes. Assim, os fundamentos apresentados em eventual justificação devem corresponder a realidade jurídica e fática, sob pena de nulidade do ato.

Com a finalidade de ratificar este entendimento, é oportuna a transcrição de trecho de ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça conforme segue:

Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, em havendo motivo para a edição do ato exoneratório, fica o Administrador vinculado ao motivo, cuja existência e validade podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário. (RMS 27520 / GO)

É possível concluir, portanto, que no direito administrativo brasileiro existe como regra geral a necessidade de motivação para os atos administrativos. Entretanto, existem atos que expressamente dispensam a justificação, como é o caso dos atos de mero expediente e da nomeação e exoneração dos cargos em comissão.

4 CONCLUSÃO

A presente monografia buscou demonstrar a necessidade da motivação dos atos administrativos e em especial dos atos administrativos discricionários da administração.

No primeiro capítulo, vimos o conceito de ato administrativo, seus elementos, atributos e a diferenciação entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários. Pôde-se constatar que o ato administrativo é de suma importância para o bom funcionamento da atividade administrativa, uma vez que é por meio dele que se concretiza grande parte das funções da Administração Pública. Verificou-se que os elementos do ato administrativo constituem sua base estrutural, sendo pressupostos necessários pra sua validade. Constatou-se também que o ato administrativo é envolto em atributos que garantem sua funcionalidade e permitem sua aplicação ao caso concreto.

Ainda no exame do ato administrativo, constatou-se que eles podem ser divididos entre atos vinculados e atos discricionários. Nos atos vinculados, à lei prevê todas as condições de sua realização, restando ao agente apenas constatar a ocorrência da situação fática que ensejará sua aplicação, sem qualquer margem de escolha de seus elementos ou requisitos. No caso dos atos discricionários, existe certa margem de liberdade para a administração decidir acerca de sua conveniência e oportunidade.

O segundo capítulo, abordou a discricionariedade administrativa, através de seu conceito, âmbito de aplicação, seus limites e a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Apurou-se que a discricionariedade é um modo de operar que se caracteriza por adotar decisões dentro de uma margem de livre escolha permitida pelo ordenamento jurídico. A discricionariedade possui amplo âmbito de aplicação e atua no espaço deixado pela lei.

Constatou-se ainda, que a ideia de discricionariedade encontra limites, não sendo sinônimo de atividade livre ou arbitrariedade, pois sofre limites impostos pelo ordenamento jurídico. Outro limite que é imposto à discricionariedade, é o da necessidade da motivação, que expõe os motivos que conduziram o agente a agir desta ou daquela maneira. Além disso, averiguou-se que a discricionariedade possui certa diferenciação dos conceitos jurídicos indeterminados, enquanto a discricionariedade reflete uma situação em que o administrador

pode optar dentre várias condutas possíveis, os conceitos jurídicos indeterminados são noções vagas, com mais de um significado que permitem uma interpretação segundo critérios de oportunidade e conveniência.

E por fim, no terceiro capítulo desenvolveu-se uma análise acerca da motivação do ato administrativo discricionário, suas modalidades, requisitos, finalidade, fundamentos, obrigatoriedade e exceções à necessidade de motivação. Observou-se, que a motivação consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo. A motivação está dividida em duas modalidades, a contextual que se encontra no mesmo documento em que se registra o ato motivado e na motivação *aliunde*, que pode ser ato acessório ao ato fundamentado ou outro ato com vida autônoma.

Na continuidade da análise sobre a motivação do ato administrativo discricionário, constatou-se ainda que para que produza efeito, a motivação requer a observância de alguns requisitos, como a congruência, exatidão, suficiência e clareza. A motivação tem por finalidade o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, possibilitar uma melhor interpretação do ato administrativo e permitir um maior controle da atividade administrativa, tanto pela própria administração quanto pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo controle difuso da opinião pública.

Quanto à obrigatoriedade da motivação do ato administrativo discricionário, ela possui maior relevância por se tratar de discricionariedade e por permitir uma relação de congruência lógica entre a situação fática exposta em lei e a opção elegida pelo administrador. Tal obrigatoriedade encontra exceção nos atos de mera rotina administrativa e nos casos elencados no art. 37, inciso II da Constituição Federal, que trata da nomeação e exoneração de cargos em comissão.

Perante tudo o que foi analisado e exposto, não se esgotou o assunto, mas foi possível chegar à conclusão de que a motivação do ato administrativo é necessária, ressalvada as hipóteses de atos de mera rotina administrativa e da nomeação e exoneração de cargos em comissão.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18 ed. São Paulo: Método, 2010.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em 10 set. 2013.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 10 set. 2013.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 24 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial em Ação Civil Pública. Ato administrativo discricionário. Recurso especial n. 510259. Recorrente Ministério Público do Estado de São Paulo e Recorrido Município de Santo André. Relatora Ministra Eliana Calmon. 24 de agosto de 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300170339&dt_publicacao=19/09/2005>. Acesso em 20 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Cargo em comissão. Exoneração Motivada. Recurso em Mandado de Segurança n. 27.520 Goiás.

Recorrente Roberto Serra da Silva Maia e Recorrido Ministério Público de Goiás. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 13 de dezembro de 2011. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607878/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-27520-go-2008-0171892-6-stj/inteiro-teor-21607879>>. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Anulação de nomeação em concurso público. Segurança denegada. Mandado de Segurança n. 26294 Distrito Federal. Impetrante George Barbosa Nascimento e Impetrado Presidente do Conselho Nacional de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de agosto de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ms+26294%29&baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kx4znbk>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Possibilidade de exoneração *ad nutum*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 663.385 São Paulo. Agravante Delnério Nascimento da Cruz e Agravado Estado de São Paulo. Relatora Ministra Carmem Lúcia. 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2926567>>. Acesso em: 27 de setembro de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

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

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Temas de direito administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. **Ato Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Com a EC 53/2004. São Paulo: Método, 2007.

MAFFINI, Rafael; GOMES, Luiz Flavio. **Direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. Atualização de Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

_____. “RELATIVIDADE” da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <[HTTP://www.direitoestado.com.br](http://www.direitoestado.com.br)>. Acesso em 26 de agosto de 2013

_____. **Discricionariade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética. 2004.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2008.