

LEONARDO ANDRÉ DE SOUSA RIBEIRO

**A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NO
CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO: a importância da motivação do ato administrativo
e os direitos fundamentais**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de bacharelado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB.

Professor orientador: Rodrigo Pereira de Mello.

BRASÍLIA

18/10/2010

Dedico este trabalho a meu pai, Leonardo Antônio Butolo Ribeiro, e a minha mãe, Ivanir de Sousa Ribeiro, pelo amor e apoio que sempre me ofereceram em todos os momentos da minha vida.

Agradeço à minha família, pelo apoio e incentivo oferecidos, durante todo o árduo desenvolvimento deste trabalho e ao meu professor orientador, Rodrigo Pereira de Mello, pelo apoio e orientação dispensados.

RESUMO

O tema deste trabalho é a motivação do ato administrativo no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Busca-se, portanto, explicar a importância da motivação para o regime democrático brasileiro. Pesquisou-se primeiramente sobre ato administrativo, suas peculiaridades e seu regime jurídico, depois sobre democracia e Estado Democrático de Direito, constitucionalização da Administração Pública, Administração Pública democrática e participativa, e por fim, sobre a motivação dos atos administrativos, estudado à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Chega-se à conclusão de que a motivação é um importante instrumento, uma garantia para o regime democrático e para o Estado Democrático de Direito. Não se constitui como mero requisito formal, inserido no campo de validade do ato administrativo, mas o transcende. A motivação do ato administrativo proporciona transparência na atuação, que torna possível a aferição quanto ao respeito dos valores democráticos da liberdade, da igualdade, da Administração Pública democrática e participativa, e do atendimento à implementação de forma efetiva dos direitos fundamentais do homem.

PALAVRAS CHAVE:

Direito Administrativo. Ato Administrativo. Motivação. Estado Democrático de Direito. Administração Pública democrática e participativa. Prerrogativas públicas em face do particular. Perquirição do bem comum. Regime político democrático. Povo titular do poder. Valores da igualdade e da liberdade. Maior controle, transparência e eficiência. Maior efetividade dos direitos fundamentais do homem. Obrigatoriedade de motivação como regra geral. Transparência na conduta administrativa. Aferição dos valores democráticos. Aferição da implementação efetiva dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	8
1.1 Considerações iniciais: função administrativa e os atos administrativos.....	8
1.2 Elementos do ato administrativo.....	17
1.3 Regime jurídico do ato administrativo.....	21
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
2.1 O Estado Democrático de Direito.....	29
2.2 A constitucionalização da Administração Pública e a incidência do princípio democrático.....	46
3 DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	57
3.1 Do reconhecimento do princípio da motivação dos atos administrativos e sua obrigatoriedade à luz da legislação.....	57
3.2 Do reconhecimento do princípio da motivação dos atos administrativos à luz da doutrina e da jurisprudência.....	61
CONCLUSÃO	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico se apresenta no campo do direito administrativo e do direito constitucional, mais especifica e respectivamente, no estudo da motivação do ato administrativo e do Estado Democrático de Direito.

O problema encontra-se na perquirição da finalidade da motivação dos atos administrativos praticados pela atividade administrativa do Estado brasileiro, Estado este instituído na Constituição Federal de 1988 como Estado Democrático de Direito. Porém, não se abarcou a importância da motivação tomada num sentido estrito, afeto somente aos interesses dos indivíduos que serão afetados por um ato administrativo emanado, mas buscou-se a finalidade e a importância da motivação do ato administrativo tomada num sentido amplo, afeto a toda a sociedade brasileira, tanto pelos cidadãos de um pequeno município quanto ao povo brasileiro como um todo, pois o trabalho diz respeito à atividade administrativa do Estado, ou seja, de todas as entidades administrativas, jurídicas e políticas que se incumbem de função administrativa, em cotejo com os valores do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a problemática é: “qual seria a finalidade coletiva, pública, da motivação dos atos administrativos perante o regime democrático instituído no Estado brasileiro, considerando a Constituição Federal de 1988?”

O tema possui relevância na medida em que busca dar uma visão mais ampla sobre o instituto da motivação do ato administrativo. A motivação, vista como regra meramente formal dos atos administrativos, sai da discussão do plano de validade para adentrar na seara de importância mais ampla, superior, buscando destacar não o fundamento da sua obrigatoriedade, mas a sua função, a sua importância, não para um indivíduo considerado que se encontra afetado por um ato administrativo, mas para a sociedade e para o Estado Democrático de Direito brasileiro. O estudo mostra-se relevante, portanto, por inovar na forma de abordar a motivação (o princípio da motivação) dos atos administrativos.

A pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro capítulo se dedicará ao estudo do ato administrativo; do que seja função administrativa do Estado; quais os outros atos praticados pela Administração Pública; do desenvolvimento histórico do instituto ato

administrativo, no ramo do conhecimento jurídico; sua conceituação; seus aspectos que diferenciam dos demais atos praticados, tanto pela Administração, quanto os praticados pelos particulares; e seu regime jurídico.

No segundo capítulo, aborda-se o tema do Estado Democrático de Direito: se a Administração Pública faz parte do Estado, imperioso estudar sobre ele. Os temas serão: o que é Estado e considerações gerais; o que é Estado (Liberal) de Direito; Estado Social; democracia; direitos fundamentais; legitimidade; Estado Democrático; Estado Democrático de Direito; e por fim, qual é a leitura do Estado Brasileiro.

Na segunda parte do capítulo dois, estuda-se sobre a Administração Pública democrática e participativa. O autor discorre sobre a incidência e a influência do princípio democrático na forma de agir da Administração; e as tendências e alterações que são trazidas para o seu cotidiano.

No terceiro e último capítulo, aborda-se sobre a motivação dos atos administrativos: o que é (princípio da) motivação e o seu reconhecimento perante a legislação brasileira (na Constituição Federal de 1988, em algumas Constituições Estaduais, em leis infraconstitucionais), perante a doutrina e perante a jurisprudência.

Esses serão, pois, os pontos a serem pesquisados a fim de se chegar à conclusão da questão suscitada acima.

1 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

1.1 Considerações iniciais: função administrativa e os atos administrativos.

O Estado moderno, em sua concepção clássica, possui três funções básicas: a função legislativa, a função administrativa (ou executiva) e a função jurisdicional. Para alguns doutrinadores existiria, ainda, uma quarta função, a política, que seria a atividade de governo do Estado. Será analisada sinteticamente cada uma das três primeiras funções.

A função legislativa, também chamada de normativa, “é a que institui a ordem jurídica e se realiza pela criação da norma legal, a lei no sentido amplo.”¹ Nas palavras de Seabra Fagundes, “pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva.”² São normas genéricas e abstratas, que, em princípio, não regem situações particulares, concretas.

A função jurisdicional “é exercida para executar, em síntese, o controle da observância da ordem jurídica em concreto e, algumas vezes, em abstrato, e, ainda, quando for o caso, para executar a imposição concreta e definitiva da vontade ordinatória nela contida.”³ A função jurisdicional é, assim, “um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe”: “especializa as leis atuando-as em casos ocorrentes.” “Em conclusão, a finalidade da jurisdição é resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, amparar o direito objetivo.”⁴

Como se verá adiante, a função administrativa também atua o comando abstrato da lei aos casos concretos; no entanto, a função jurisdicional se difere dela, pois,

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3 e 6.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23-23.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1. vol. 25. ed. ver. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67 e 69.

possui caráter de definitividade (produz coisa julgada) e seu comando na ordem jurídica é garantido pela certeza jurídica (verdade ficta).⁵

Por derradeiro, há a função executiva (ou administrativa), que é a função de aplicar de ofício ao caso concreto os preceitos regulados e previstos na lei, alcançando as situações concretas ocorridas. Segundo Seabra Fagundes, função administrativa é “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para sua formação e pratica atos materiais.”⁶

É, segundo a doutrina de Diogo Figueiredo:

[...] toda aquela exercida pelo Estado, que não seja destinada à formulação da regra legal nem à expressão da decisão jurisdicional, em seus respectivos sentidos formais.

As atividades administrativas atendem, assim, materialmente, às necessidades de planejamento, decisão, execução e controle que devam ser desenvolvidas para a gestão de interesses que são aqueles especificamente cometidos por lei à administração estatal.

A função administrativa é, por isso, uma atividade estatal remanescente, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, [...]⁷

Portanto, podemos sintetizar estas três funções estatais da seguinte forma, segundo Di Pietro, com apoio em Renato Alessi,

[...] Analisando o tema sob o aspecto estritamente jurídico, ele diz que nas três ocorre **emanação de atos de produção jurídica**, ou seja, atos que introduzem modificações em relação a uma situação jurídica anterior, porém com as seguintes diferenças:

a) a **legislação** é ato de produção jurídica **primário**, porque fundado única e diretamente no poder soberano, no qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;

⁵ Conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8, grifos no original.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

b) a **jurisdição** é a emanção de atos de produção jurídica **subsidiários** dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;

c) a **administração** é a emanção de atos de produção jurídica **complementares**, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; nessa função, o órgão estatal atua como **parte** das relações a que os atos se referem, tal como ocorre nas relações de direito privado. A diferença está em que, quando se trata de Administração Pública, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.⁸

Feitas estas considerações iniciais, vamos analisar os instrumentos de atuação que concretizam e viabilizam a atividade administrativa, sendo o mais importante deles o ato administrativo, que se encontra no ato primacial emanado da função administrativa, assim como o é o ato normativo (a lei) para com a função legislativa, e o ato judicial (a sentença *lato sensu*) para com a função jurisdicional.

A acepção e a sistematização do ato jurídico-administrativo encontram-se no cerne do estudo do direito administrativo⁹. Conforme bem asseverou Odete Medauar,

O ato administrativo constitui um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do direito administrativo realizada no século XIX. Em relação ao Estado absoluto, configura importante conquista, por inserir entre a vontade da autoridade e um efeito sobre direitos de particulares, um conjunto de preceitos, destinados justamente a disciplinar essa atuação e prefixar esses efeitos. Colocou-se como garantia aos particulares e como ponto intermediário entre Administração e estes para conciliar interesses tidos como opostos.¹⁰

⁸ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t. 1, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50, grifos no original.

⁹ Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47), Direito Administrativo é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”. Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1) define o direito administrativo como sendo “o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47, grifos no original) o define como sendo “o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.”

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, Revista dos tribunais, 1992, p. 191.

Leciona, concluindo a autora, que “[...] o ato administrativo emergiu da concepção de separação dos poderes e do advento do Estado de direito; a Administração executa a lei por meio de atos tipificados para esta atuação: os atos administrativos, [...]”.¹¹

No entanto, é necessário identificar e diferenciar outras formas de manifestação provenientes da atividade administrativa do Estado que não se qualificam na categoria de atos administrativos, e que, portanto, recebem tratamento diferenciado do dispensado àquele instituto.

Com o escopo de atingir aos fins públicos a que se destina, a Administração Pública manifesta-se através de atos da administração, que seriam todos os atos praticados no exercício da função administrativa. Note-se que o ato administrativo é uma espécie do gênero atos da administração. É o que leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *in verbis*:

Ao conceito de ato administrativo se opõe o de ato de administração. Este enfeixa qualquer ato da Administração Pública, tanto o de atividade material, de execução de obra e prestação de serviço, como o jurídico, seja praticado enquanto poder público, ou nas mesmas condições de um particular; portanto, compreende o ato jurídico da Administração Pública, regido pelo Direito Administrativo, como o regido pelo Direito Privado. Destarte, ato de administração é o material de limpeza de livros de uma biblioteca pública, como o jurídico-privado de compra e venda dos livros dessa biblioteca, no mercado da oferta e da procura, como o jurídico-administrativo de expropriação de livros raros de um colecionador para integrar o seu acervo.¹²

Existem algumas divergências entre os autores quanto à classificação das espécies dos atos da administração. Para Di Pietro, podemos classificá-los como: atos de direito privado; atos materiais; atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor; atos políticos; contratos; atos normativos; e por último, os atos administrativos.¹³ Para Diógenes Gasparini, a Administração Pública pratica atos materiais, atos regulados pelo direito privado, e os atos administrativos.¹⁴ Já na opinião de Celso Antonio Bandeira de Mello, apoiado em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a Administração Pública pratica atos regidos pelo direito privado; atos materiais (também denominados de fatos administrativos); atos políticos, ou de governo;

¹¹ MEDAUER, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, Revista dos tribunais, 1992, p. 193.

¹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 461.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190-191.

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

e os atos administrativos.¹⁵ Trataremos de cada uma destas categorias apontadas pelos estudiosos.

Começaremos pelos atos materiais, também denominados de fatos administrativos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são os fatos descritos na norma legal e que produzem efeitos no campo do direito administrativo, e cita como exemplos a demolição de uma casa, a apreensão de mercadorias, a realização de um serviço.¹⁶

Para Diógenes Gasparini,

[...], não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre dada situação. Traduzem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos. Não tem, portanto, laivos de juridicidade. Com isso não se está afirmando que deles não possa decorrer efeito de natureza jurídica, a exemplo do direito à indenização que o administrado tem se, ao se operador, o cirurgião servidor público atuou negligentemente e lhe causou um dano estético. São exemplos de atos materiais os de dar aula e os de varrer rua.¹⁷

José dos Santos Carvalho Filho assevera que fato administrativo “[...] tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração”:[...] a noção indica tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração, um movimento na ação administrativa.”¹⁸ E sistematiza o fato administrativo da seguinte forma, in verbis:

Em síntese, podemos constatar que os **fatos administrativos** podem ser **voluntários e naturais**. Os fatos administrativos voluntários se materializam de duas maneiras: 1ª) por **atos administrativos**, que formalizam a providencia desejada pelo administrador através da manifestação da vontade; 2ª) por **condutas administrativas**, que refletem os comportamentos e as ações administrativas, sejam ou não precedidas de ato administrativo formal.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357-358.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 191.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89-90.

Já os fatos administrativos naturais são aqueles que se originam de fenômenos da natureza, cujos efeitos se refletem na órbita administrativa.¹⁹

Por sua vez, Seabra Fagundes doutrina que fatos administrativos seriam os atos materiais praticados pelo Estado no exercício da atividade administrativa. E acrescenta:

Modificando a ordem material no sentido querido pela ordem jurídica, eles amoldam os fatos ao preceito legal e fecham o ciclo da execução do direito. O fato tem o seu fundamento jurídico no ato administrativo que o precede do mesmo modo que este assenta na lei. Por ele se asseguram as prestações de coisas ou serviços do Estado. Em alguns casos, entretanto, o fato administrativo tem lugar quando ainda não integrado o ato com ele relacionado. Este só se completa *a posteriori*, levando àquele as indispensáveis condições de legalidade. Imperiosas razões de urgência justificam essa variação no ritmo dos procedimentos da Administração Pública. Via de regra, porém, o fato é apenas a tradução, na ordem material, do conteúdo jurídico do ato administrativo.²⁰

Os atos regidos pelo direito privado seriam os atos em que a Administração pratica com terceiros sem se valer de sua autoridade, inerente ao regime jurídico-administrativo. Exemplos destes atos são os contratos regidos pelo direito privado, como a compra e venda, a locação, a permuta, a doação, a disposição no mercado de ações de Títulos da Dívida Pública, etc. Ou seja, as partes encontram-se em mesmo plano jurídico.

Atos políticos, ou de governo, são aqueles exercidos na função puramente política, praticados de modo amplamente discricionário, expedidos ao nível infraconstitucional pelas autoridades mais altas do Estado, não suscetíveis de controle quanto ao seu mérito pelo Poder Judiciário. Esta classificação não é observada por Diógenes Gasparini e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que preferiram incluir tais atos à categoria de ato administrativo, pois asseveram que deixaram de existir “atos políticos” na Constituição de 1967 (à qual se refere Oswaldo Aranha) e na atual constituição uma vez que, se fosse possível tal acepção, mesmo que tais atos pudessem gerar prejuízos à pessoa, não seriam suscetíveis de apreciação pelo Judiciário.²¹ Celso Antonio Bandeira de Mello, em posição

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90, grifos no original.

²⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49-50.

²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59-60; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 466-467.

intermediária, entende que os atos políticos obedecem a uma disciplina diferenciada, própria, mas entende pela possibilidade de seu controle pelo Judiciário.²²

Agora que vistos e diferenciados os outros atos da administração, passa-se ao estudo do ato administrativo.

A origem do instituto remonta ao direito do período pós-revolução francesa. Antigamente, eram chamados de atos do Rei, atos do Fisco; no entanto, sem sentido próprio, sem contornos que os individualizassem dos demais atos praticados pela Coroa. Somente fora explicado, com base científica, em 1812, no Repertório Guizot-Merlin, na sua 4ª edição, no qual ficou definido como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com sua função”.²³

No entanto, como observa Di Pietro, “[...], a noção de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções, subordinando-se cada uma delas a regime jurídico próprio”²⁴ E, com supedâneo em Décio Carlos Ulla, indica como os pressupostos institucionais necessários para a sua existência e sua conceituação:

- a) existência de vários Poderes do Estado, um dos quais pode definir-se como Poder Executivo;
- b) existência de certa divisão de atribuições entre esses Poderes;
- c) submissão do Estado às normas jurídicas por ele mesmo emanadas (Estado de Direito) com o que a ação administrativa também fica sob o primado da lei (princípio da legalidade);
- d) conjunto autônomo de normas jurídicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico e que sejam próprias e exclusivas da Administração Pública, constituindo um **regime jurídico administrativo** distinto do direito comum; onde não haja o reconhecimento da existência de um regime jurídico administrativo não existe o conceito de ato administrativo, pois nessa hipótese todos os atos praticados pela Administração Pública são atos

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357-358.

²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 461.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

jurídicos de direito comum, ou seja, iguais aos praticados por particulares, sob regime jurídico de direito privado.²⁵

Foi, portanto, conforme conclui a autora, “nos países filiados ao sistema europeu continental, em especial França, Itália e Alemanha, que teve origem e se desenvolveu a concepção de ato administrativo”²⁶, em virtude de estes países adotarem dois regimes distintos: o administrativo e o comum (direito privado).

Feitas estas considerações iniciais, passemos à delimitação do que seja ato administrativo. Observe-se que não existe um conceito legal sobre ele, mas somente no âmbito doutrinário.

Di Pietro conceitua ato administrativo como sendo “[...] 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.”²⁷

Já Celso Antonio Bandeira de Mello o define como sendo a

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as 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 de legitimidade por órgão jurisdicional.²⁸

A posição de José dos Santos Carvalho Filho o define como sendo “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.”²⁹

Para finalizar, o entendimento de Cretella Júnior:

²⁵ ULLA, Décio Carlos. Concepto y caracteres del acto administrativo. In: Vários autores. *Acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1982, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192, grifos no original.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 196.

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 358.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89.

ato administrativo é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.³⁰

Cabe tecer, ainda, alguns comentários acerca da amplitude do que venha a ser considerado, dentro dos conceitos traçados, ato administrativo.

Di Pietro, por exemplo, exclui da categoria os atos da Administração com destinatários gerais (os atos normativos: regulamentos, resoluções, portarias, circulares, instruções, deliberações, regimentos) e os meros atos administrativos (em cujo conteúdo encontra-se uma declaração de opinião: um parecer; conhecimento: uma certidão; ou desejo: um voto num órgão colegiado). Estes, por não possuírem uma declaração de vontade da Administração voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos definidos em lei, não produzem efeitos jurídicos imediatos, e estariam, destarte, fora do conceito de ato administrativo.³¹ No que se atine àqueles, merece destaque o seguinte trecho:

[...], os atos gerais são **atos da Administração** e não atos administrativos; apenas em sentido **formal** poderiam ser considerados atos administrativos, já que emanados da Administração Pública, com subordinação à lei; porém, quanto ao **conteúdo**, não são atos administrativos, porque não produzem efeitos no caso concreto.³²

Vale ressaltar que não são todos os autores de adotam este entendimento. Celso Antônio Bandeira de Mello classifica o ato administrativo em sentido estrito e em sentido amplo. Neste, inclui os atos administrativos abstratos e gerais (regulamentos, instruções e resoluções); naquele, excluem-se tanto o ato administrativo abstrato quanto o ato administrativo convencional (os contratos administrativos), contendo estes últimos atos as características da concreção e da unilateralidade.³³

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

³¹ Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220-221.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 359-360.

Diógenes Gasparini, seguindo o mesmo sentido traçado pelo autor acima citado, também não faz distinção. Insere-os no regime jurídico do ato administrativo.³⁴

Por derradeiro, a título de exemplos, podemos citar como atos administrativos: autorização, dispensa, licença, “lançamento” tributário, homologação, admissão, atos sancionatórios, convalidação (se considerada como o ato administrativo pelo qual é suprido um vício num ato ilegal, com efeitos *ex tunc*), e os atos funcionais.

1.2 Elementos do ato administrativo.

Mais importante que o conceito enquanto simples descrição abstrata é a identificação dos elementos que compõem, ou melhor, que devem ser considerados, no ato administrativo, a fim de que este ato seja válido. São eles os elementos, ou pressupostos, ou também chamados de requisitos que habitualmente apresentam os autores, diferindo alguns apenas quanto à terminologia, sem, contudo, apresentar diferenças essenciais: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

Sabe-se que não é qualquer pessoa que pode produzi-lo validamente para que ele surta os efeitos jurídicos desejados. Antes de tudo, é preciso que o ato seja emanado de um sujeito: um agente público, ou de uma pessoa investida nas prerrogativas públicas, e posta ao serviço do Estado. Vale dizer, é preciso que a pessoa que o emane esteja de alguma forma vinculada à Administração Pública e que o expeça no exercício desta condição. São eles os agentes da Administração Pública (nesta compreendem os agentes da Administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e entidades de economia mista), desde que exerçam função administrativa, e os agentes delegatários, que recebem a incumbência de exercerem, por delegação do Poder Público, função administrativa (exemplos são os concessionários e permissionários de serviço público, bem como os serviços sociais autônomos – SESI, SESC, SENAI, dentre outros).³⁵

Caso o ato seja emanado de qualquer pessoa que não esteja investida em função administrativa, não há nem que se falar em ato administrativo, mas tão somente um ato ou negócio jurídico, com incidência de outro regime jurídico que não o administrativo.

³⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

³⁵ Conferir CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

No entanto, não basta apenas que agente ativo seja um órgão ou agente da Administração. É preciso que ele possua competência para a prática do ato administrativo. Ela se assemelha à capacidade no direito civil. Um ato administrativo somente possui validade caso o agente ativo que o praticou tenha competência para tanto.³⁶

Competência, nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo, é “o plexo de atribuições outorgadas pela lei ao agente administrativo para consecução do interesse público postulado na norma”³⁷. São atribuições determinadas que consideradas em conjunto denominam-se competência.³⁸

O que é importante frisar do estudo da competência é que ela, nas lições de Seabra Fagundes:

Vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais, e, também, como meio de garantia para o indivíduo, que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. Toda vez que o agente procede sem estar legalmente investido no cargo, ou, embora investido legalmente, excede ao agir no âmbito de atribuições que a lei lhe designa, há incompetência. No primeiro caso, exercendo o agente função que nunca lhe foi delegada, há o que Bonnard denomina usurpação de função, e, no segundo, apenas exorbitando de função que lhe tenha sido atribuída, há abuso de função.³⁹

Observação importante é que a competência pode ser objeto de delegação e avocação. Delegação é a transferência de funções de um órgão/agente que originariamente lhe eram atribuídas, a outro, geralmente, de plano hierárquico inferior.⁴⁰ Não são todas as matérias passíveis, contudo, de delegação, pois, a competência de editar normas, de decidir recursos administrativos e matérias de competência exclusiva são proibidas, conforme artigo 13, incisos I a III, da Lei n. 9.784/1999. Impende, por derradeiro, destacar que a delegação não destitui a autoridade delegatária da competência objeto da transferência.

³⁶ Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203.

³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

³⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

Avocação, por outro lado, é a atração da competência originariamente atribuída a órgão ou agente de hierarquia inferior pelo órgão ou agente hierarquicamente superior. Conforme preceitua o artigo 15, da Lei n. 9.784/1999, ela é admitida somente temporariamente, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados.

Quanto à forma, pode-se dizer que é a exteriorização do ato. Sob este ponto, vale apontar a lição de Hely Lopes Meirelles:

O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podermos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.⁴¹

No apontamento acima, o autor declara que é nulo, totalmente inválido o ato administrativo que não respeitar a formalidade exigida pela lei.⁴² No entanto, posicionamentos contrários atestam que o ato que viole a forma poderia, em tese, ser convalidado (segundo os adeptos à teoria dualista das nulidades do ato administrativo).⁴³

Objeto do ato, também denominado por alguns autores de conteúdo do ato administrativo, é “a alteração jurídica que se pretende introduzir relativamente às situações e relações sujeitas à ação administrativa do Estado”⁴⁴. Seria o conteúdo expresso no ato administrativo (declaratório, criador, extintivo ou constitutivo de direitos).

Paralelamente com o direito privado, o objeto, para ser considerado válido, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e, às vezes, determinar-se de acordo

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 155.

⁴² Conferir também a posição de GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113, que, assim como Hely Lopes Meirelles, é adepto à teoria monista das nulidades do ato administrativo. Ou seja, ou o ato é válido ou é nulo; a existência de ilegalidade macula o ato de nulidade absoluta, não comportando, portanto, a análise quanto a sua anulabilidade.

⁴³ Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 245; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 139 e MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 647-649.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 140.

com a lei. Porém, em algumas hipóteses, é permitido ao administrador fazer uso da discricionariedade (poder conferido à Administração para avaliar, no caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito) ⁴⁵ ao delinear o objeto do ato administrativo a ser produzido, nos limites permitidos pela regra de competência. Porém, quando não incide poder discricionário ao agente para a prática do ato administrativo, o objeto do ato, então, passa a ser vinculado, sendo que, caso este não esteja de acordo com os limites traçados pela lei, o ato será nulo.

Motivo do ato é “o *pressuposto de fato e de direito que determina ou possibilita a edição do ato administrativo.*” ⁴⁶ Da mesma forma que ocorre com o objeto do ato, o motivo poderá ser objeto de discricção pela autoridade. Ou seja, diante de um caso concreto, poderá se valer dos critérios de conveniência (utilidade) e oportunidade (discricção quanto ao momento, à ocasião de praticá-lo). Ao revés, caso esteja delimitado na norma a situação de fato ou de direito que lhe dê causa, não deixando margem de avaliação ao agente quanto à prática ou não do ato, este será vinculado, e deverá ser praticado sob pena de se cometer ilegalidade.

Por derradeiro, a finalidade “é o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida à ordem jurídica”. ⁴⁷ “Enquanto o **objeto** é o efeito jurídico **imediate** que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito **mediate**.” ⁴⁸

Diversamente do que ocorre com o Direito Privado, a verificação da validade deste requisito é de suma importância para garantir a legitimidade do ato administrativo, pois, como a Administração se presta a realizar o bem comum, em prol da sociedade, a finalidade descrita na lei deve ser rigorosamente observada.

Neste ponto, cabem as lições de Gasparini:

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 212.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 140, grifos no original.

⁴⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209, grifos no original.

Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado é nulo por desvio de finalidade (passa-se de uma finalidade de interesse público para uma finalidade de interesse privado, a exemplo do ato de desapropriação praticado para prejudicar o proprietário). É o que se chama de desvio de finalidade genérico. Ademais, não pode o agente público praticar um ato visando o fim inerente a outro, mesmo que ambos sejam de sua competência e abriguem um interesse público. O ato administrativo que inobserva essa exigência é nulo por desvio de finalidade. É o que se chama de desvio de finalidade específico.⁴⁹

Portanto, estes são os elementos, ou requisitos, inerentes a todo e qualquer ato administrativo (quais sejam o sujeito, a forma, o objeto, o motivo, e a finalidade). Passemos agora ao estudo das normas e princípios que regulamentam este instituto jurídico.

1.3 Regime jurídico do ato administrativo.

Feitas estas considerações, importante o estudo do regime jurídico no qual se insere o ato administrativo.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, seus traços fundamentais são os seguintes:

[...] 1) estrita conformidade à lei; 2) presunção *juris tantum* de legitimidade; 3) imperatividade; 4) exigibilidade; 5) indisponibilidade do interesse público; 6) dever de motivação; 7) auto-executoriedade, se, quando e como necessária; 8) possibilidade de contraste pelo Judiciário; 9) possibilidade de revogação, na ocorrência de motivo superveniente; 10) dever de invalidar, de sanear ou sua manutenção por impedimento do próprio ordenamento jurídico.⁵⁰

Partindo-se do início, diz-se que o prevalecente na Administração Pública é a legalidade estrita. Ao contrário do que ocorre com o regime jurídico de direito privado, em que prevalece o princípio da liberdade, em que tudo o que não for proibido ou imposto pela lei é permitido ao particular, no regime jurídico administrativo prevalece o princípio da legalidade em seu sentido estrito (reserva da lei). Vale dizer, à Administração somente é permitido o que está expresso na lei. Com relação aos atos administrativos, estes somente poderão ser considerados válidos se estiverem em conformidade com a lei e em estrita

⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 172-173.

compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os demais vetores constitucionais.⁵¹

Em decorrência do princípio da legalidade, acrescenta Di Pietro, há um atributo inerente aos atos administrativos que seria a tipicidade. Segundo a autora, “para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.” Acrescenta, porém, que esta característica somente existe para os atos administrativos unilaterais (ou seja, inexistente nos contratos).⁵²

Outro efeito que sucede do princípio da legalidade é presunção de legitimidade que possui o ato administrativo. Ou seja, existe a seu favor a presunção *juris tantum* (isto é, passível de prova no sentido contrário à presunção) de que foi emanado amparado nos ditames legais.

Não se infira dessa afirmação que se está a dizer que os atos administrativos são sempre legais. Na realidade, embora não devessem, é certo que muitos desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado. Essa circunstância, no entanto, não invalida o princípio. A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas. Em tais casos, não lhe cabe sequer buscar autorização judicial para a execução do ato impugnado. Essas são duas das conseqüências desse atributo.⁵³

Com relação à presunção de veracidade, afirma Di Pietro dizer respeito aos fatos alegados: “[...] presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim, ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.”⁵⁴

Outro aspecto a ser observado é o da imperatividade. Os atos administrativos, tão logo perfeitos, são oponíveis a terceiros, independentemente de sua concordância. É uma imposição unilateral por parte da Administração. Cumpre ressaltar que

⁵¹ Conferir FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 173.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 202.

⁵³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74-75.

⁵⁴ Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 198.

não está presente esta característica em todos os atos administrativos, mas somente naqueles que impõem obrigações aos administrados.⁵⁵

No entanto, ficaria inócua a imperatividade caso a Administração, toda vez que precisasse atuar, tivesse que se valer da autoridade judicial, em face da proteção de interesses, em muitas vezes, urgentes, da coletividade. Por esta razão, pode-se dizer que o ato administrativo é auto-executório, ou seja, “[...] pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário”⁵⁶. Não existe, necessariamente, em todos os atos administrativos, havendo somente nos casos em que esteja expresso na lei, e quando, como fora dito acima, se tratar de medidas urgentes (exemplo, a atuação de polícia administrativa).⁵⁷

Há casos em que não caberá à Administração compelir diretamente o administrado a cumprir determinada obrigação. É o caso da exigibilidade. Ou seja, o ato administrativo pode não ser auto-executório, mas, entretanto, é exigível, podendo o administrador público compelir indiretamente o administrado, por meio de aplicação de multas ou outras penalidades administrativas.⁵⁸

Em resumo, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello,

[...] pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; pela executoriedade, o ato subjuga o administrado à obediência por meio de coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial.⁵⁹

⁵⁵ Como assevera DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 200.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 200.

⁵⁷ Neste sentido, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 200-201.

⁵⁸ Conferir MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 390.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 391.

No direito administrativo, impera o princípio da indisponibilidade do interesse público. São válidas as orientações de Lúcia Valle Figueiredo, que define interesse público como sendo:

[...] o bem jurídico de interesse coletivo que, por lei, deve ser perseguido pela Administração. De seu turno, conveniência e oportunidade estão definitivamente atrelados ao conceito. Em outro falar: conveniente para a Administração será sempre o implemento do bem publico a tempo e hora.

A oportunidade de concretizar a finalidade pública terá exatamente de ocorrer em momento propício, em momento adequado à implementação. Pode acontecer, por exemplo, que haja interesse publico para a prática de determinado ato. Todavia, o momento pode ser inadequado; o momento para consecução do ato poderá ser protraído para outro, por existirem prioridades, por exemplo, para a Administração Pública.⁶⁰

E arremata a autora: “destarte, como se verifica, o ato administrativo vai concretizar, em comandos individualizados, o interesse publico descrito no sistema normativo.”⁶¹

O interesse público se diz indisponível por ser, nos termos de Celso Antonio Bandeira de Mello,

[...] interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.⁶²

Lúcia Valle elenca também a motivação como aspecto afeto ao regime jurídico do ato administrativo, conforme visto anteriormente. No entanto, este tópico, por ser objeto da pesquisa, merece maiores digressões no terceiro capítulo deste trabalho. Por enquanto, cabe ser conceituado, com apoio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A motivação integra a “formalização” do ato, sendo um requisito formalístico dele (cf. ns. 46 e ss.). É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b)

⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 176.

⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 177.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62-63.

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.⁶³

Por termos como fundamento o Estado de Direito, o controle judicial, combinado com o princípio da legalidade, constituem aspectos inerentes à atividade administrativa brasileira. Neste ponto, merecem mais considerações a respeito, conforme salienta Di Pietro:

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.⁶⁴

Anota a citada autora que, entretanto, o campo de exame sobre os atos administrativos não é ilimitado. Para ela, o Poder Judiciário não poderá se imiscuir no exame do mérito administrativo (oportunidade e conveniência) do ato discricionário, uma vez que este aspecto é reservado à apreciação subjetiva da Administração Pública.⁶⁵ Sobre o conceito de mérito administrativo, preferimos adotar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que elucida:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.⁶⁶

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 372-373, grifos no original.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 744, grifos no original.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 744.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 894-895.

De fato, o juiz, ao se deparar com o mérito administrativo, não poderá exercer seu controle uma vez que este se encontra intimamente ligado à idéia de administrar, de executar a lei e concretizá-la aos casos concretos, atividade exclusiva da Administração Pública. Caso o juiz se imiscua em sua valoração, estará violando o princípio constitucional da Separação dos Poderes (Constituição Federal de 1988, artigo 2º). No entanto, poderá haver controle destes atos administrativos com grande carga de discricionariedade no aspecto da legalidade. Imprescindíveis as lições de Di Pietro:

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.⁶⁷

Juarez Freitas, neste ponto, entende de modo diverso. Para esse autor:

[...] a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se deve confundir com o inafastável exame da finalidade principiológicamente vinculante e com o irrenunciável controle de demérito. Neste sentido, o controle judicial haverá de ser o de “administrador negativo”, em analogia com o de “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porque, como dito, se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deveria agir, está obrigado a emitir juízo sobre como não deveria agir, em função dos princípios superiores do sistema administrativo, não mais prosseguindo a posição passiva de outros tempos.⁶⁸

A Administração também possui o condão de revogação dos atos administrativos, que consiste “[...] na extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.”⁶⁹ Veja que é uma competência exclusiva da Administração Pública, pois parte de uma análise discricionária desta em face do caso concreto, conforme explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É em razão dessa *competência desconstitutiva derivada*, de natureza revocatória, estar implícita na *competência constitutiva decisória* principal da Administração, que o Poder Judiciário, atuando com outra e distinta fonte de competência constitucional, que é a de controle de juridicidade, ou de

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 744.

⁶⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 225-226.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 417.

legalidade ampla (art. 5º, XXXV, CF), *não pode revogar*, pois sua área de atuação circunscreve-se à correção de lesão ou ameaça de direito.⁷⁰

No entanto, como poder discricionário da Administração, este não é ilimitado. A revogação, segundo Di Pietro, não opera seus efeitos em atos administrativos vinculados (pois nestes não se encontram os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência); em atos cujos efeitos já foram exauridos (uma vez que a revogação não retroage); não atinge os meros atos administrativos (pois seus efeitos são decorrentes de lei, exemplos: certidões, atestados, votos); atos que integram um procedimento (pois a cada novo ato ocorre a preclusão do anterior), salvo se também revogar ao último ato e, subsequentemente, a outros que o hajam antecedido; atos que geram direitos adquiridos (conforme expresso no enunciado da Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal⁷¹); por último, quando já se exauriu a competência relativa ao objeto do ato.⁷²

Por último, temos o dever de invalidar, de sanear ou sua manutenção por impedimento do próprio ordenamento jurídico.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo,

O dever de invalidar é ínsito às competências revisora ou controladora da Administração Pública.

Deveras, diante de atos desconformados do ordenamento jurídico (é dizer, diante de atos desconformes da lei e dos princípios), em geral, deve a Administração proceder à invalidação.

Somente assim não agirá se estiver diante da possibilidade de sanear (dever de convalidar – Weida Zancaner), ou impedida por outras normas ou princípios do próprio ordenamento jurídico. Nessa última hipótese conservará os atos para preservar o valor *segurança jurídica*.⁷³

Por derradeiro, sintetizando, com supedâneo ainda nas lições da mesma Lúcia Valle Figueiredo,

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208, grifos no original.

⁷¹ Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁷² Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 249-250.

⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180, grifos no original.

4.1 A invalidação deve ocorrer, em princípio, sempre que haja vício no ato administrativo.

4.2 Entretanto, haverá hipóteses em que situações passadas não podem ser reconstituídas por obstáculo de outras normas jurídicas, não apanhando, de conseguinte, efeitos já consumados.

4.3 Havendo consolidação, pelo decurso de tempo, de atos surgidos como viciados, fica a invalidação obstada.

4.4 De seu turno, o exaurimento da competência (o ato viciado possibilitou a deflagração de ato posterior de outra autoridade) coarcta a invalidação.

4.5 Doutra parte, embora existente ato inválido, se tal ato não tiver contaminado novas relações surgidas, à invalidação não se deve proceder (ausência de lesão ou inocuidade do ato).

4.6 Ainda, a invalidação cede passo quando diante de situações consumadas, de forma irreversível, a lume de princípio maior, o da segurança jurídica.⁷⁴

Este é, pois, em suma, o regime jurídico do ato administrativo (ato jurídico principal emanado da Administração Pública no exercício da atividade administrativa do Estado). Seus elementos característicos são: o sujeito, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade legal; e seu regime jurídico se singulariza por ser o ato administrativo dotado de presunção de legalidade e legitimidade, praticado com a estrita observância à lei e ao direito, dotado das características da imperatividade, exigibilidade, e, quando cabível, da auto-executoriedade, sob o dever da motivação, com vistas ao atendimento do interesse público indisponível, com possibilidades de invalidação e de revogação, este pela própria Administração, em ambos os casos, quando for possível, e passível de exame e controle pelo Poder Judiciário.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 243, grifos no original.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

2.1 O Estado Democrático de Direito.

Conforme assevera Odete Medauar,

Tendo em vista que a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e os seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos do direito administrativo. Assim, uma das chaves para a melhor compreensão desse ramo do direito está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado em geral e do Estado tal como vem caracterizado na Constituição do país.⁷⁵

Pois bem, como se observa da leitura do primeiro artigo da Carta Magna de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, dispositivo pelo qual merece ser transcrito *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁷⁶

Destarte, mostra-se importante compreender quais os significados destes valores insculpidos, para fins deste trabalho, no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, pois, como foi dito acima por Odete Medauar, eles iluminarão toda a disciplina do direito administrativo, que possui como instituto principal o ato administrativo, como dito nas primeiras páginas deste trabalho, quando se tratou de conceituá-lo.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 09 de out. 2010.

Também será estudado o fundamento inscrito no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal, a cidadania, pela sua relevância com relação à democracia e ao Estado democrático.

Em breve esboço, pode-se dizer que o Estado seria a sociedade política e juridicamente organizada em certo território com o escopo de exercerem e garantirem sua autodeterminação; “[...] é uma instituição juspolítica que *concentra poder* e o exerce sobre pessoas e bens em seu território e onde alcance sua ordem jurídica, para realizar sua destinação”.⁷⁷ Compreende, nas palavras Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o Estado uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana e globalmente eficaz”⁷⁸, e constitui seus elementos formadores “um *poder soberano* de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*.”⁷⁹

Sobre a acepção da categoria “poder”, perfilhando nas linhas de Paulo Bonavides, seria “elemento essencial constitutivo do Estado, o poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária.”⁸⁰ E discorre que:

Com o poder se entrelaçam a *força* e a *competência*, compreendida esta última como a legitimidade oriunda do consentimento. Se o poder repousa unicamente na força, e a Sociedade, onde ele se exerce, exterioriza em primeiro lugar o aspecto coercitivo com a nota da dominação material e o emprego freqüente de meios violentos para impor a obediência, esse poder, não importa sua aparente solidez ou estabilidade, será sempre um *poder de fato*.

Se, todavia, busca o poder sua base de apoio menos na força do que na competência, menos na coerção do que no consentimento dos governados, converter-se-á então num *poder de direito*. O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito.⁸¹

⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7 e 21.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98, grifos no original.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 106.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p.106, grifos no original.

O segundo conceito importante a saber é o significado de Estado de Direito. Odete Medauar discorre, numa abordagem inicial, que:

Na segunda metade do século XIX veio à luz a concepção de Estado de direito, vinculada ao contexto das idéias políticas então existentes. Na sua formulação originária revestia-se de significado polêmico contra o Estado absolutista tardio e visava, na essência, a limitar o poder pelo direito, como garantia dos indivíduos contra o arbítrio.⁸²

Impende destacar as lições de José Afonso da Silva, o qual assevera que a concepção de Estado de Direito surgiu, inicialmente, com o liberalismo, e que esta serviu de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres.⁸³

É porque, no Estado absolutista, preponderava a vontade pessoal do monarca, que era tida como lei. Com o advento do Estado de Direito, passou a imperar, em contraposição àquele, a vontade impessoal das normas jurídicas. Para Hely Lopes Meirelles, “a igualdade de todos perante a lei e a submissão de todos somente à lei constituem os dois cânones fundamentais dos Estados de Direito.”⁸⁴

Está imanente ao Estado de Direito, segundo anota Marçal Justen Filho, a conjugação de quatro postulados fundamentais: a supremacia constitucional (significando o afastamento da vontade do governante como critério de validade dos atos estatais, pois esta validade somente deriva da compatibilidade com normas de hierarquia superior), a tripartição dos poderes (a dissociação da organização estatal, com a diferenciação de funções atribuídas a diferentes órgãos, conforme visto alhures, engendrando mecanismos de limitação do poder, pois evita que num mesmo órgão se concentre todos os poderes estatais), a generalização do princípio da legalidade (que inseriu a atividade estatal no âmbito do direito e exige autorização legislativa para as ações e omissões estatais) e a universalidade da jurisdição (que permitiu o controle da validade dos atos estatais).⁸⁵

⁸² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

Com o advento do Estado de Direito, Estado legal, interessante a análise do supracitado autor com relação às mudanças quanto à autoridade das decisões políticas tomadas pelos governantes. Segundo ele,

Antes da afirmação do Estado de Direito, a atividade administrativa do Estado era pouco permeável ao direito e ao controle jurisdicional. Os atos do governante não comportavam controle, sob o postulado de que o rei não podia errar ou que o conteúdo do Direito se identificava com a vontade do príncipe.

A consagração do Estado de Direito refletiu a tendência a eliminar os critérios religiosos e carismáticos como fundamento da legitimação do poder político. Num Estado de Direito prevalecem as leis, e não a vontade do governante.⁸⁶

Vale também transcrever a lição contida na obra de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, os quais elencam como aspectos fundamentais do Estado de Direito, com apoio em Böckenförde:

a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (res publica) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito;

b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;

c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.⁸⁷

Traçados estes elementos básicos, fica, por fim, a lição de Odete Medauar, que destaca a importância desta evolução pela qual passaram os Estados modernos com relação à gênese da disciplina do Direito Administrativo:

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

⁸⁷ BÖCKENFÖRD, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia*, Madrid: Trotta, 2000, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197-198.

O direito administrativo vincula-se à concepção de Estado de direito, justamente porque fixa normas para atividades da Administração, que é um dos setores do Estado. Somente sob inspiração da idéia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades.⁸⁸

Apesar de ter deixado suas marcas na sociedade e nos regimes políticos, o Estado de Direito foi sofrendo concepções deformadoras, pois, como aduz José Afonso da Silva, o seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Acrescenta que esta concepção de Estado de Direito, Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, Estado Ético, serviu de fundamento para a concepção do Estado Fascista, totalitário e ditatorial, que praticamente anulou os direitos e liberdades do homem. Acrescenta-se também a respeito da concepção de Kelsen, para quem considerava Estado e Direito conceitos idênticos, sendo o Direito o direito positivado. Destarte, convertia-se o Estado de Direito em mero Estado Legal, mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo e sem compromisso com a realidade política, social, econômica e ideológica.⁸⁹

Ainda com estudos em José Afonso, das imensas injustiças provocadas pelo individualismo e abstencionismo ou neutralismo clássicos do Estado liberal, permitiu-se a consciência da necessidade de se fazer justiça social. Transforma-se, então, em Estado Social de Direito (Estado Material de Direito), com vistas à afirmação dos direitos sociais e econômicos.⁹⁰

Mas alerta o mesmo autor, assim como no Estado Liberal de Direito, que a concepção de Estado Social de Direito, que visa criar uma situação de bem-estar geral, é ambígua, pois, a palavra “social” está sujeita a várias interpretações. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill, a França com a Quarta República, o Brasil desde a Revolução de 30, todos foram Estados sociais. O regime de Estado Social de Direito dá azo a regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E também por que a palavra “social” está a qualificar o Estado ao invés do Direito. Acrescenta, por fim, com base em Elías Díaz, a

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.

⁸⁹ Conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113-115.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115.

suspeição quanto a saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito, representado por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos, estaria a encobrir uma forma muito mais sutil de ditadura do grande capital, do controle econômico e monopolista, o qual foi chamado de neofascismo, que visam a evitar mesmo qualquer eventualidade socialista.⁹¹

Importante saber, agora que vistos as outras formas assumidas anteriormente pelos Estados, o conceito do que seja Democracia, Estado Democrático (ou seja, Estado que adota o regime democrático), para que se passe, então, ao conceito de Estado Democrático de Direito, conceito mais amplo do que apenas a conjugação dos conceitos anteriores, pois, conforme ressalta José Afonso da Silva,

reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁹²

Assevera aquele mesmo autor que o regime político adotado no Brasil é o democrático, ou melhor, funda-se no princípio democrático, e acrescenta:

[...] se constituem aí os princípios fundamentais da democracia representativa, participativa e pluralista, garantia dos direitos fundamentais do homem: individuais e coletivos (arts. 5º, 8º, 9º, 10 e 11), sociais (arts. 6º, 7º, 193-214, 226-230), culturais (arts. 215 a 217), ambiental (art. 225) e indigenista (arts. 231 e 232). Uma democracia, pois, com forte conteúdo social.⁹³

Porém, antes de adentrar com afinco à sua conceituação e dimensionar seu alcance, vejamos os significados de governo, regime político, para depois chegar-se ao de democracia.

Regime político (ou regime de governo), nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, consiste no “modo efetivo por que se exerce o poder num determinado Estado

⁹¹ Conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115-116.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112, grifos no original.

⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125.

em determinado momento histórico.”⁹⁴ É “um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico.”⁹⁵ Governo consiste no “complexo de estruturas e funções centrais superiores, em que se exerce no Estado o máximo poder político, atribuído conforme as normas da Constituição”⁹⁶; é “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político” quais sejam: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.⁹⁷

Adentremos agora ao conceito de democracia, que não deixa de ser um tema problemático. Já disse Paulo Bonavides que “é possivelmente o substantivo mais adjetivado da ciência Política: por isso mesmo o mais sujeito a equívocos e distorções desde Aristóteles aos nossos dias.”⁹⁸

Democracia, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, consiste num sistema pelo qual “se procura realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e os governados. Isto para que todo ser humano continue livre no Estado, sujeitando-se a um poder de que também participe.”⁹⁹

A doutrina do professor José Afonso ensina que democracia:

é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob este aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

⁹⁵ Servicio Español del Profesorado de Enseñanza Superior-Universidad de Barcelona (org.), *La estructura del Estado*, p. 110-111, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 502.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.¹⁰⁰

E acrescenta ainda que:

Ela é um processo, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecido de novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta a valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos.¹⁰¹

Assevera José Afonso que a democracia repousa sobre dois princípios fundamentais, que lhe atribuem a essência conceitual, a saber:

a) o da *soberania popular*, segundo o qual *o povo é a única fonte de poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da *representação*.¹⁰²

Portanto, diferentemente do que ocorre com os regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador, na democracia, é a vontade popular a fonte e o exercício do poder. A democracia estabelece o liame entre poder (poder político, poder econômico, poder social) e o povo.¹⁰³

Importante destacar que a Constituição Federal, no artigo 1º, inciso II, elenca como fundamento da República a cidadania, valor intimamente ligado a um regime político cujo poder é exercido pelo povo, em nome do povo e a favor dele, pois, é através dele que os nacionais contam “com o direito a intervir no processo governamental, seja num regime democrático, seja num regime oligárquico”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125-126, grifos no original.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 129.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131, grifos no original.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-116.

Cidadania, segundo José Afonso da Silva, encontra-se, como um fundamento da República, num sentido mais amplo do que aquele que corresponde ao titular de direitos políticos, confira:

*A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se como conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.*¹⁰⁵

Como se observa das explanações expostas, esse regime serviu para dar guarida aos direitos fundamentais do homem, conquistados ao longo do processo de afirmação do povo como titular e exercente do poder, em contraposição aos Estados de Direito e Social que, como vistos acima, estão sujeitos a sofrer deturpações no uso do poder pelos governantes, de forma a violar os direitos fundamentais. Faz-se, então, necessário entender esta estreita relação da soberania popular com os direitos fundamentais do homem.

Fala-se em direitos fundamentais, ou direitos naturais, ou direitos humanos, ou direitos do homem, ou ainda, direitos públicos subjetivos. Para Paulo Bonavides, citando a doutrina de Carl Schmitt, estabelece dois critérios formais e um material para sua caracterização. Segundo os critérios formais: 1) seriam “todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”; e 2):

[...] aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis (unabänderliche)* ou pelo menos de *mudança dificultada (erschwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.¹⁰⁶

Pelo critério material, “os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104-105, grifos no original.

¹⁰⁶ SHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, p. 163-173, *apud* BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561, grifos no original.

¹⁰⁷ SHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, 163-165, *apud* BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561

José Afonso da Silva aponta os direitos fundamentais do homem com o significado de “*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.*”¹⁰⁸ Para este autor:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.¹⁰⁹

São classificados em gerações, na medida em que foram sendo constitucionalmente reconhecidos, seguindo a ordem cronológica da sua história.

Destarte, “os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta.*”¹¹⁰

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.¹¹¹

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.178, grifos no original.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.178, grifos no original.

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26, grifos no original.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564, grifos no original.

Os direitos de segunda geração são os sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Surgiram atados com o princípio da igualdade, introduzidos nas distintas formas de Estado Social. Dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.¹¹²

Têm-se ainda os direitos fundamentais de terceira geração. Segundo Alexandre de Moraes:

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.¹¹³

Pois bem, para se ter uma idéia inicial desta relação entre os direitos fundamentais do homem e o regime democrático, interessante a lição de Xifras Heras, citado em José Afonso, o qual leciona que

[...] a atual situação dos regimes políticos resume-se na dicotomia *autocracia-democracia*: diante dos *regimes autocráticos*, estruturados de cima para baixo (soberania do governante; princípio do chefe), existem os *regimes democráticos*, organizados de baixo para cima (soberania do povo). E aí já se percebe a relação entre regime político e direitos humanos fundamentais. Regimes há que lhes são garantias – os democráticos – instrumentos de sua realização no plano prático; outros – os autocráticos – ao contrário, lhes recusam guarida, tolhem-lhes a realização.¹¹⁴

Diz-se que a democracia é o regime político que serve para dar guarida aos direitos fundamentais do homem por que esse regime elege os valores da igualdade e da liberdade.¹¹⁵

A igualdade, todavia, para José Afonso, vista sob a ótica substancial, realizada na vida sócio-cultural e econômica, é o valor fundante da democracia, pois, sem sua efetiva realização, os demais valores não se verificariam.¹¹⁶

¹¹² Conferir BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

¹¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26-27, grifos no original.

¹¹⁴ XIFRAS HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional*. 2. ed., *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124, grifos no original.

¹¹⁵ Conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

É que, para ele,

[...] a *democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem*. Como, no entanto, os direitos econômicos e sociais são conhecidos, hoje, como indispensáveis à concretização dos direitos individuais, chega-se à conclusão de que garanti-los é missão de um regime democrático eficiente.

Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los, com o que estará concretizando a justiça social.¹¹⁷

Para Ferreira Filho, cada um destes valores (igualdade e liberdade) se sobressairá mais a depender da concepção que cada Estado a adotar. Segundo ele, seriam três as opções, a saber: a democracia liberal, a democracia marxista, e, num ponto intermediário entre estas duas, a democracia providencialista ou social.¹¹⁸

A primeira opção de democracia da época contemporânea, segundo o autor, é a liberal, triunfante ao tempo das revoluções francesa e americana. Nesta, predominou o valor da liberdade sobre a igualdade. Valem ser transcritas as lições de Ferreira Filho, segundo o qual

Sem dúvida, combate-se pela igualdade também. Isto é, pela supressão dos privilégios feudais de que gozavam a nobreza e o clero. Só a igualdade jurídica – a igualdade perante a lei – é que então importava. Mesmo porque, já se pressentia, qualquer tentativa de igualização das condições de vida acarreta restrições à autonomia individual que acima de tudo se queria instaurar.¹¹⁹

A segunda opção, antitética à posição liberal, é “a corrente *igualitária* da democracia” que “ganhou impulso com a difusão dos ideais socialistas e se exprime

¹¹⁶ Conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132-133.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132, grifos no original.

¹¹⁸ Conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101-103.

¹¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

particularmente na chamada democracia marxista.”¹²⁰ Nesta opção, a igualdade, entendida como aquela a ser alcançada de forma efetiva, no modo e nas condições de vida, se preponderam sobre a liberdade, que fica reduzida “à participação, não se reconhecendo ao indivíduo uma esfera de autonomia posta fora do alcance do poder estatal.”¹²¹

Por fim, numa posição intermediária, temos a democracia providencialista, econômica e social, opção esta, segundo Ferreira Filho, vivenciada pela democracia brasileira.

Nela, predomina o valor liberdade, pois insiste em salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades, decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social. Daí a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.¹²²

Portanto, percebe-se que o regime democrático é o regime que possui o condão de dar proteção aos direitos fundamentais do homem, pois reconhece que “os homens são fundamentalmente livres e iguais entre si”, e que deve ser regido por um governo legítimo, “onde todos se governam. De fato, só neste se respeitaria a liberdade e a igualdade de cada um, de modo integral.”¹²³

Num regime democrático, o poder político possui legitimidade do povo. Para se entender sobre esta relação, destacamos as lições de Marçal Justen Filho, que, com arrimo em Hannah Arendt, assim explica: “Poder corresponde à habilidade humana não apenas de agir, mas de agir em concerto. Poder nunca é a propriedade de um único sujeito; pertence a um grupo e permanece existindo somente enquanto o grupo permanece junto”. E segue afirmando que o poder das instituições de um país somente possui sustentação na medida em que possui o suporte do povo, daqueles que produzem as leis. Como este poder é conferido ao grupo, tanto maior este grupo, maior será o poder, “quanto mais amplo o

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102, grifos no original.

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

consenso, tanto maior é o poder gerado.”¹²⁴ E para haver o consenso, é pressuposto necessário a “possibilidade de que cada indivíduo seja tratado como igual, como titular de direitos insuprimíveis”, sendo, portanto, “indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais para haver o consenso.”¹²⁵

A legitimidade, no caso, seria, então, a aprovação do povo a um sistema de governo, povo este que se encontra em consenso e que oferece suporte ao exercício do poder pelas instituições. A legitimidade está fundada em critérios racionais, ou seja: fundada na despersonalização do poder político; num conjunto de instituições construídas como resultado dos esforços comuns do povo; na existência de leis impessoais e de um aparato administrativo burocrático:

Surgem papéis de comando e se presta obediência aos sujeitos que, de modo eventual, assumem seu desempenho. Cumprem-se as determinações de um parlamento, de um governo – não por se reputar que tal é a vontade divina, nem porque isso é exigido para a salvação nacional, mas porque tais são as decisões produzidas pela própria nação [...].¹²⁶

Enfim, “os Estados que conquistam a legitimação racional produzem o surgimento de poder por meio de adesão ao sistema de governo. Assim, quanto maior a concordância dos governados em relação às leis e às instituições, tanto maior será o poder estatal.”¹²⁷

O Estado Democrático serviu, portanto, como “freio” para a atuação política dos governos. Nesta ótica, impende destacar as lições de Moreira Neto,

No passado, o único limite que atuava era a *moral*, inspirado pelo sentimento religioso. Com o Estado de Direito, surgiu o limite da *legalidade*, estabelecido pela lei. Com o Estado Democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da *legitimidade*, dependente do consenso sócio-político.

De um lado, assim, as barreiras da *ordem jurídica*, postas pelos padrões da lei, e, de outro, a da *vontade popular*, impostas, se possível, permanentemente, através da *participação política*. Estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à *escolha dos governantes*, e a

¹²⁴ HANNAH ARENDT. *On violence*, apud JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6-7.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

democracia emergente deste final do Século XX, voltada à *escolha de como se quer ser governado*.¹²⁸

O exercício do poder democrático pelo povo também merece digressões. Ele pode assumir três formas: democracia direta; democracia indireta; e democracia semidireta.

No primeiro caso, é o próprio povo que exerce “os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.”¹²⁹ Esclarece Ferreira Filho que “hoje, nenhum Estado pode adotá-la, já que não é possível reunir milhões de cidadãos, freqüente e quase diuturnamente, para que se resolvam os problemas comuns.”¹³⁰

Democracia indireta, ou democracia representativa, “é aquela onde o povo se governa por meio de ‘representante’ ou ‘representantes’ que, escolhidos por ele, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo.”¹³¹ A participação popular é, pois, “indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*.”¹³²

Já a democracia semidireta, constitui-se na verdade de uma “democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a *democracia participativa*.”¹³³

José Afonso da Silva alega que a nossa Constituição de 1988 tende a ser uma democracia participativa pois, combina representação com participação direta, e indica algumas manifestações deste regime como a possibilidade de se ter iniciativa popular para apresentar projetos de lei ao legislativo, o referendo popular, o plebiscito, a ação popular, além de outras formas inscritas nos artigos 10; 11; 31,§3º; 37,§3º; 74,§2º; 194, VII; 206, VI; e

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 40-41, grifos no original.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

¹³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

¹³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 85.

¹³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137, grifos no original.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136, grifos no original.

216,§1º.¹³⁴ Na verdade, uma democracia social, participativa e pluralista.¹³⁵ Pluralista, pois reconhece e busca acolher uma sociedade conflituosa, de interesses contraditórios e antagônicos, e social por que incorpora princípios da justiça social, ou seja, busca concretizar um Estado promotor da justiça social.¹³⁶

Estado Democrático, segundo a doutrina de José Afonso da Silva, é o Estado que “se funda no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública [...]’”¹³⁷. Busca garantir, diferentemente do que ocorreu no Estado Liberal de Direito (em que a generalidade das leis, que, em tese, visavam garantir a igualdade, não possuía base material que se realizasse na vida concreta) e no Estado Social de Direito (que também foi uma tentativa frustrada de assegurar a justiça social a autentica participação democrática do povo no processo político), a efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção.¹³⁸

Passemos, por último, ao Estado Democrático de Direito. Inocêncio Mártires Coelho classifica o Princípio do Estado Democrático de Direito como sendo um princípio de ordem política, ou seja, que estrutura a organização política no Brasil, e assim o sintetiza:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137 e 141-142.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 120, 143 e 146.

¹³⁷ Emílio Crosa, *Lo Stato democrático*, p. 50, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 117.

¹³⁸ Conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 117-118, grifos no original.

culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.¹³⁹

José Afonso da Silva aduz que a caracterização que democracia do Estado Democrático de Direito brasileiro possui consiste em realizar:

Um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.¹⁴⁰

Por fim, com arrimo em José Afonso, é possível indicar os princípios do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a) princípio da constitucionalidade (o Estado Democrático de Direito, fundado na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, vincula todos os poderes e atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional); b) princípio democrático (que “[...] há de ser uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art.1º)”); c) sistema de direitos fundamentais (compreendidos os direitos individuais, coletivos, sociais e culturais); d) princípio da justiça social (“referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social [...]”); e) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e inciso I); f) princípio da divisão dos poderes (art.2º) e da independência do juiz (art. 95); g) princípio da legalidade (art. 5º, inciso II); e h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, incisos XXXVI a LXXIII). Arremata dizendo que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”¹⁴¹

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 119-120.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

2.2 A constitucionalização da Administração Pública e a incidência do princípio democrático.

No Brasil, pode-se dizer que a fonte primacial de Direito Administrativo encontra-se na Constituição Federal de 1988. É um fenômeno atual que vem ocorrendo, qual seja, a progressiva constitucionalização deste ramo jurídico. Como bem acentua Moreira Neto,

Ele tem se constitucionalizado não apenas porque a Lei Maior vem incorporando cada vez mais normas dirigidas à atividade tipicamente administrativa do Estado, mas, principalmente, porque, pelas novas características, desenvolvidas no constitucionalismo contemporâneo, a força vinculante de suas normas passou a ser muito mais forte e direta do que o era no constitucionalismo clássico ou tradicional.¹⁴²

A nossa Carta dispensou, no título que trata sobre a organização do Estado, um capítulo (capítulo VII, dos artigos 37 a 43) apenas para tratar das bases do Direito Administrativo e da Administração Pública no Brasil, não obstante encontrarmos ainda outros preceitos esparsos no texto constitucional, como por exemplo, no artigo 5º, quando trata do direito a receber informações dos órgãos públicos (inciso XXXIII), direito de petição e de receber certidões (inciso XXXIV), no artigo 175, quando trata de serviço público e das concessões de serviço público, dentre outros.

Trata-se de disciplinar a Administração Pública por meio de princípios contidos na própria Constituição, conforme afirma Eugênia Cavalcanti, “refletindo a necessidade de se estender os princípios que regem a democracia também para a função administrativa, como já ocorria com a função legislativa e jurisdicional.”¹⁴³

É que a Administração Pública regida por princípios elencados à base constitucional possui importância na esfera da legitimidade da sua atuação. Segundo aquela mesma autora, além das decisões se revestirem da forma de Direito, também são legítimas na medida em que a Constituição representa o direito legitimamente estabelecido, pois, é na Constituição que se encontra “um consenso social suficientemente amplo”. A lei, mais

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71.

¹⁴³ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 134, jan./mar. 2007.

suscetível a influências de forças políticas e sociais, não necessariamente reflete sempre a vontade popular:

A heterogeneidade e ocasionalidade das pressões sociais interferem na produção do Direito e nesse contexto, a Constituição passar a ter uma função unificadora ao fazer a previsão de um Direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador, contendo-o e orientando-o no desenvolvimento da atividade legislativa, [...].¹⁴⁴

Pois bem, partindo-se da idéia de que o direito administrativo brasileiro é iluminado por princípios, inicialmente, de raiz constitucional, faz-se necessário entender o que essa categoria – os princípios – significa, quais seus sentidos e classificações, para depois adentrar no estudo da incidência e das repercussões do princípio democrático ao Direito Administrativo e à Administração Pública brasileiros.

Podemos iniciar nossa exposição por meio da lição dada por Di Pietro, quando, com força em José Cretella Júnior, afirma que “princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da Ciência.”¹⁴⁵ Imprescindível entender, nesta ótica, quais seriam as implicações dos princípios para o direito administrativo.

Nesse ponto, merece transcrição a observação de Moreira Neto, para quem:

O declínio do positivismo jurídico, que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico à excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância dos *valores* na *aplicação* do Direito, propiciou o ressurgimento dos princípios, não apenas como informativos da legislação, mas como orientadores de sua aplicação, explicitando, destacando e realçando *valores, finalidades e interesses*, como *vigas mestras da convivência social* e, por isso, do Direito, refletindo-se nas explicitações encontradas amiúde nas legislações e até nos textos constitucionais, como, destacadamente, no caso brasileiro.¹⁴⁶

¹⁴⁴ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 133 e 135-136, jan./mar. 2007.

¹⁴⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, nº 97:7, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62, grifos no original.

¹⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 73, grifos no original.

Os princípios possuem a incumbência de conferir coerência e unidade sistemática ao direito administrativo ¹⁴⁷. Este, “por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos.” ¹⁴⁸

Importante destacar, também, a lição de Di Pietro:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. ¹⁴⁹

Quanto às funções dos princípios, Odete Medauar ensina que:

Os princípios revestem-se de *função positiva* ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua *função negativa* significa a rejeição de valores e normas que os contrariem (Karl Larenz, *Derecho justo*, p. 33). ¹⁵⁰

Por derradeiro, a respeito da classificação dos princípios que interessam ao Direito Administrativo, e, sobretudo, a este trabalho, nos serviremos da utilizada por Moreira Neto, que os classifica por meio de um critério misto considerando a disposição constitucional e a abrangência de conteúdo, distinguindo-os em cinco categorias, a saber: a) princípios fundamentais, b) princípios gerais, c) princípios de direito público, d) princípios gerais de direito administrativo e, e) princípios setoriais de direito administrativo. ¹⁵¹

O princípio democrático, para este autor, está inserido, juntamente com outros, na categoria de princípio fundamental “à luz dos quais todos os demais princípios e preceitos da ordem jurídica brasileira devem ser admitidos e interpretados.” ¹⁵²

¹⁴⁷ Conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 73.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

¹⁵⁰ LARENZ, Karl. *Derecho justo*, p. 33, *apud* MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

¹⁵¹ Conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 78.

¹⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

Juarez Freitas prefere elencar o princípio democrático como um pressuposto dos princípios regentes das relações de administração, pois, conforme aduz esse autor:

A Constituição brasileira, apesar de gravemente alterada nas suas linhas mestras, segue o rol das Cartas pluralistas e democráticas. Bem por isso, o princípio da democracia (direta e representativa), por mais controvérsias que suscite o conceito, serve de base para a hermenêutica de todos os mandamentos infraconstitucionais. Por certo, o intérprete há de tê-lo em mente no exercício da síntese concreta dos valores conflitantes, em busca do “governo” dos princípios, no lugar dos particularismos arcaicos e arbitrários. Vai daí a relevância do pressuposto democrático e das suas vastas implicações.¹⁵³

Ou seja, os princípios expressos e reconhecidos de direito administrativo, tanto de índole constitucional quanto de índole infraconstitucional, a exemplos do princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da supremacia do interesse público, da autotutela, da indisponibilidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal e da ampla defesa, da segurança jurídica, dentre tantos outros, devem ser interpretados e aplicados à luz do princípio democrático.

Desde logo, consigne-se que se visa a “democratizar” sadiamente categorias, institutos e controles do Direito Administrativo brasileiro. Frise-se, ainda, que o princípio democrático supõe uma forte inclusão da cidadania nas esferas do controle dos atos administrativos. Por fim, mencione-se que o princípio da democracia, sem fugir à regra, matiza-se pelos demais princípios, com especial importância para o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 5º, III, 17, 226, §7º, e 227), que jamais deve ser esquecido no erguimento de um controle democrático sério e equilibrado.¹⁵⁴

Agora que explicado, portanto, a ligação do princípio democrático com o Direito Administrativo brasileiro, vamos a sua relação com a Administração Pública, em especial, na maneira como esta atua.

Diz-se que a Administração Pública, nas lições de Odete Medauar, possui dois aspectos. No aspecto funcional,

[...] significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e

¹⁵³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-32.

¹⁵⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo: ensino público, calçamento das ruas, coleta de lixo.¹⁵⁵

No aspecto organizacional:

[...], *Administração Pública* representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo.¹⁵⁶

A idéia de democracia traz à mente os “aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo.”¹⁵⁷ Como a Administração Pública traduz-se, por outro lado, na atividade de auxílio e execução das finalidades postas pelo governo (Administração Pública tomada no seu sentido funcional) e executada por órgãos e entidades coadjuvantes do governo (Administração Pública no aspecto organizacional), é natural que o princípio democrático de direito, acompanhado de toda a carga valorativa que ele possui, conforme estudado acima, também deva incidir na forma de agir da Administração Pública, em especial, em face dos cidadãos.

É o que afirma Odete Medauar, para quem, a partir da década de 50 do século XX,

Verificou-se que havia, com freqüência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração; perante esta o indivíduo continuava a ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos.¹⁵⁸

Emergiu-se, então a idéia de que os valores da democracia também dependeriam da forma pela qual as decisões são tomadas e executadas. E acentua que “o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48, grifos no original.

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, 26-27.

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

¹⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

Para Di Pietro, a influência destes valores traz à tona novas tendências ao direito administrativo brasileiro, pois, carregam consigo duas idéias que lhes são inerentes: a) uma concepção mais ampla do princípio da legalidade; e b) a idéia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração.¹⁶⁰

A mesma autora leciona, com relação ao alargamento do princípio da legalidade, que “o Estado democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.”¹⁶¹

Quanto à segunda idéia, Di Pietro ensina que:

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a idéia de **participação do cidadão** na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa idéia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, [...] ¹⁶²

Ela indica vários exemplos de participação popular na gestão da Administração Pública, como por exemplo:

1. participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10);
2. participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187);
3. participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194);
4. caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, VII), reafirmado com relação à saúde (art. 198, III) e à assistência social (art. 204, II);
5. gestão democrática do ensino público (art. 206, VI);

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27 e 29.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30, grifos no original.

6. colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, §1º).¹⁶³

Quanto ao controle da Administração Pública, Di Pietro enumera alguns instrumentos, tais como:

1. direito à informação (art. 5º, XXXIII), com o que se assegura ao cidadão a possibilidade de conhecer os assuntos que estão sendo tratados no âmbito da Administração Pública;
2. mandado de injunção, instituído precisamente para suprir a omissão do Poder Público na regulamentação de normas constitucionais (art. 5º, LXXI);
3. ação popular, como meio posto nas mãos do cidadão para provocar o controle jurisdicional na defesa do interesse coletivo (art. 5º, LXXIII);
4. direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, §2º);
5. direito de fazer reclamações e denunciar irregularidades perante ouvidorias de justiça, não só contra membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, mas também contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso (art. 103-B, §7º, e art.130-A, §5º, da Constituição, acrescentados pela Emenda Constitucional nº 45/2004).¹⁶⁴

Acrescenta a autora que: “a idéia é reforçada com a introdução do § 3º no artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98, que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta”, além da idéia de processualização do direito administrativo, o qual exige a aplicação do princípio do devido processo legal, porquanto haver a observância obrigatória de certas formalidades, garante proteção aos direitos individuais dos interessados.¹⁶⁵

Nesta espécie – da processualização da Administração Pública – Di Pietro ensina, com base na lei que regulamentou o processo administrativo em âmbito federal – Lei nº 9.784/1999, que:

[...] embora não mencionada a participação do cidadão como princípio da Administração Pública, estão disciplinados vários instrumentos que facilitam

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 632.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 632 e 633.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

a participação, como o direito à informação, a motivação, as regras sobre publicidade, já analisadas nos itens pertinentes. Estão também previstas a *consulta pública* (art. 31), a *audiência pública* (art. 32) e a *participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas* (art. 33).¹⁶⁶

Di Pietro ainda denota outras previsões legislativas que conferem a participação do cidadão, por meio de audiências públicas, cujo objetivo é o de permitir os debates, como é o caso da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93, que exige, de forma obrigatória, realizar audiência pública na hipótese do art. 39, que trata de contratos acima de determinado valor; da Lei nº 9.478/97, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP, tornando obrigatória realizar “audiências públicas anteriormente às iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo (art. 19).”¹⁶⁷

Juarez Freitas também aduz que “o princípio democrático supõe uma forte inclusão da cidadania nas esferas do controle dos atos administrativos,”¹⁶⁸ e destaca a importância do princípio da publicidade para o regime democrático: “a crescente ampliação do acatamento desse princípio denota irretorquível conquista cultural na evolução da idéia de democracia como antítese da opacidade decisória.”¹⁶⁹ E assevera ainda que:

[...] a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público. O contrário soaria como negação da essência do Poder em sua feição pública. De fato, e no plano concreto, o Poder somente se legitima se apto a se justificar em face dos seus legítimos titulares, mais do que destinatários.¹⁷⁰

Marcos Augusto Perez, no seu livro “A Administração Pública Democrática”, afirma que o princípio da participação popular na Administração Pública consiste num princípio implícito e derivado dos princípios democrático, do Estado de direito e, com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, também, do princípio da eficiência

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 633, grifos no original.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 633 e 634.

¹⁶⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

¹⁶⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

¹⁷⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

(art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Afirma ser um princípio que o autor o classificou como estruturante da atividade administrativa porque conduz à formação de processos e de divisão de funções. Conclui o autor:

Entendemos, pois, tratar-se a participação administrativa de princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa. Poderíamos, admitida a classificação, configurá-la como subprincípio, ou seja, princípio derivado dos princípios democrático, do Estado de Direito e da eficiência administrativa em sua acepção organizacional; melhor dizendo, na justa medida em que tanto democracia quanto Estado de Direito e eficiência administrativa imponham a adoção de uma forma de organização da função administrativa do Estado que compreenda a adoção de institutos de participação popular na Administração Pública.

Consiste o princípio da participação popular na Administração Pública, além disso, em princípio de organização. Chamamos princípios de organização aqueles que importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomada de decisão.¹⁷¹

Pontua ainda o mesmo autor:

Nesse sentido, reafirmamos a importância da participação na Administração Pública para a efetivação do princípio democrático, do Estado de Direito e da eficiência administrativa. Para nós, a participação administrativa é elemento fundamental, reitere-se, à realização completa da **democracia**, em sua dimensão contemporânea (*status activae civitatis*), e do **Estado de Direito**; tanto assim que, relembre-se, a participação permeia o exercício de todas as funções estatais (legislação, jurisdição e administração) e da **eficiência administrativa**, pois o grau de complexidade da sociedade e das políticas que a Administração necessita implementar, hodiernamente, reclamou o convívio dos seus mecanismos tradicionais de atuação da Administração Pública com os institutos participativos.¹⁷²

Alude Marcos Augusto Perez que a Administração Pública democrática e participativa se deu em virtude da necessidade da adoção de novos métodos de atuação em face do Estado de Bem-Estar, agora com atribuições muito mais amplas e complexas que as

¹⁷¹ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 83.

¹⁷² PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 82, grifos no original.

do Estado liberal, bem como da deficiência do modelo de organização de Administração Pública desse Estado liberal.¹⁷³

Ressalta o autor com relação a essa participação popular na atividade administrativa como sendo um novo modelo de organização, fruto da superação do modelo antigo:

[...] do paradigma “*weberiano*”; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado de Bem-Estar, emergem os institutos de participação popular na Administração Pública.¹⁷⁴

E segue ele discorrendo que:

Como se vê, o Estado de Direito contemporâneo inspira a adoção, pelo ordenamento jurídico, dos institutos de participação popular, institutos que se radicam em todas as funções estatais – legislação, jurisdição e administração.

No terreno específico do Direito Administrativo, os institutos de participação popular podem ser considerados instrumentos necessários à efetivação do objeto primacial do Estado de Direito, isto é, são ferramentas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os institutos de participação popular destinam-se ao aperfeiçoamento dos controles sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.¹⁷⁵

Elenca o mesmo autor os institutos participativos mais frequentes no direito brasileiro, quais sejam 1) os conselhos, comissões ou comitês participativos; 2) as audiências públicas; 3) as consultas públicas; 4) o orçamento participativo; 5) a ouvidoria pública; 6) o *referendum* e o plebiscito administrativo; 7) a eleição popular para cargos públicos de direção; e, por fim, 8) as organizações sociais.¹⁷⁶

¹⁷³ Conferir PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 39-53.

¹⁷⁴ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53, grifos no original.

¹⁷⁵ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 66.

¹⁷⁶ Conferir PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 98-109.

Resta, por fim, com base no mesmo autor, destacar os objetivos destes novos institutos de participação popular na atividade administrativa atual, quais sejam:

[...] tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, por fim, da abertura e transparência dos processos de tomada de decisão.¹⁷⁷

Portanto, reconhece-se que a Administração Pública, entendida funcionalmente esta como o instrumento do Estado que busca concretizar o bem comum da coletividade, ou seja, que persegue os objetivos do Estado traçados na Carta Constitucional, deve-se ater, antes de qualquer outro, ao princípio democrático (ou pressuposto democrático) pelo qual adota o regime político constitucional. Por isso, fala-se em administração democrática e participativa. É a inclusão da cidadania na função administrativa do Estado, com vistas a: 1) incluir e ampliar a participação do cidadão na gestão e no controle dos atos administrativos e da Administração; 2) ampliar a concepção do princípio da legalidade; 3) tornar mais eficiente a atuação administrativa; 4) ampliar a transparência dos processos de tomada de decisão; e 5) dar efetividade aos direitos fundamentais do homem pela administração pública, porque, como explicado por Marcus Augusto Perez, há a colaboração da sociedade com a Administração, há maior adesão, consentimento e consenso dos administrados.

¹⁷⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 109.

3 DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

3.1 Do reconhecimento do princípio da motivação dos atos administrativos e sua obrigatoriedade à luz da legislação.

O princípio da motivação, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, consiste no seguinte:

[...] implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.¹⁷⁸

Segundo o mesmo autor, a motivação:

É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra do 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.¹⁷⁹

É certo que não há nenhum princípio expresso da motivação dos atos administrativos na Constituição Federal de 1988. Somente se encontra um princípio neste sentido nos artigos 93, inciso X¹⁸⁰, e 129, § 4º¹⁸¹, que se referem às decisões administrativas tomadas no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente.

Há, sim, uma expressa dispensa constitucional no que se refere aos atos administrativos de nomeação e de exoneração de pessoas para cargos públicos de confiança (cargos em comissão). Neste particular, a própria Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas que se tratam de atos administrativos dispensados do dever da motivação (cargos

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 372-373, grifos no original.

¹⁸⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁸¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

declarados em lei de livre nomeação e exoneração).¹⁸² Como se verá no decorrer deste capítulo, é uma exceção ao princípio da motivação, isenção esta imposta pela própria Carta Constitucional. No entanto, não significa também que é totalmente livre a escolha de seus ocupantes, pois, como assevera Di Pietro:

[...] consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo da Constituição. A lei é que definirá os “casos, condições e percentuais mínimos” a serem observados no provimento de cargos em comissão. Além disso, existe a restrição ao nepotismo, prevista na Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal [...].¹⁸³

Di Pietro afirma que a exigência de motivação consta expressamente apenas nos dispositivos citados acima, “não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.”¹⁸⁴

No âmbito das Constituições Estaduais, podemos encontrar menção expressa a respeito do princípio da motivação dos atos administrativos, por exemplo, nas Constituições do Estado de Minas Gerais (art. 13, §2º)¹⁸⁵, na do Estado de São Paulo (art. 4º e art. 111)¹⁸⁶, na do Estado do Rio de Janeiro (art. 16)¹⁸⁷ e na do Estado do Rio Grande do Sul (art. 19).¹⁸⁸

¹⁸² 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.523.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.81.

¹⁸⁵ Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. [...] § 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

¹⁸⁶ Artigo 4º - Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados. [...] Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR) - Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/2/2006.

¹⁸⁷ Art. 16 - Os procedimentos administrativos respeitarão a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa, da moralidade e da motivação suficiente.

¹⁸⁸ Art. 19 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe,

Na legislação infraconstitucional, também encontramos leis que tratam da motivação dos atos administrativos.

No âmbito federal, é o caso da Lei nº 9.784/1999, que no artigo 2º, *caput*, dispõe sobre os princípios dos quais deve observância a Administração Pública Federal, dentre eles, a motivação, e no inciso VII do parágrafo único do mesmo artigo refere-se à motivação quanto à decisão administrativa.¹⁸⁹

Nesta mesma lei tem-se o artigo 50, inserido no capítulo que trata apenas da motivação (capítulo XII), onde se encontra um rol de tipos de atos administrativos cuja motivação se faz de forma obrigatória.¹⁹⁰

Di Pietro assevera quanto a este artigo 50 que:

Como se verifica pelo dispositivo, as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração. No entanto, tem-se a considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle de legalidade dos atos administrativos.¹⁹¹

observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 7, de 28/06/95).

¹⁸⁹ 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: [...] VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

¹⁹⁰ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.81.

Anota Celso Antônio Bandeira de Mello que a restrição imposta pelo citado artigo 50 desta lei às hipóteses ali referidas (do inciso I a VII) padece de vício de inconstitucionalidade por omissão. Confira os argumentos do autor:

É verdade, reconheça-se, que neles abrangeu um universo amplo de situações; a saber: [...]. Como se vê, aí não estão incluídos atos ampliativos de direito em que a Administração promove situações favoráveis aos administrados. Cumpre não esquecer que são também muito temíveis os favoritismos em prol de apaniguados ou correligionários políticos. A restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional.¹⁹²

No mesmo diploma, tem-se ainda o artigo 56, §3º¹⁹³, e o artigo 64-A¹⁹⁴, que dispõem sobre a necessidade de motivação da decisão de autoridade administrativa quando esta deixa de aplicar enunciado de súmula vinculante.

Na Lei Estadual de São Paulo nº 10.177/1998, lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração daquele Estado, está expresso no seu artigo 4º, *caput*,¹⁹⁵ o princípio da motivação dos atos administrativos. No mesmo diploma, consta no artigo 8º, inciso VI,¹⁹⁶ causa de invalidação de ato administrativo que faltar ou que contiver de forma insuficiente motivação, bem como no artigo 9º e parágrafo único¹⁹⁷ explicitando o que seja a motivação suficiente. Ressalta-se, por fim, que em toda esta lei, faz-se menção à motivação dos atos administrativos.

Na legislação federal, encontramos outros dispositivos que fazem referência à motivação necessária, como é o caso de decisão administrativa que revoga licitação em

¹⁹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 376.

¹⁹³ Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. [...] § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006).

¹⁹⁴ Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006).

¹⁹⁵ Artigo 4.º - A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

¹⁹⁶ Artigo 8.º - São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de: [...] VI - falta ou insuficiência de motivação.

¹⁹⁷ Artigo 9.º - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada. Parágrafo único - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos.

virtude de interesse público por ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado ou a invalida (art. 49 da Lei nº 8.666/1993)¹⁹⁸, da rescisão unilateral ou amigável da Administração Pública nos contratos administrativos com terceiros, mediante autorização escrita e fundamentada da autoridade administrativa competente (art. 78, §1º da mesma lei de licitações)¹⁹⁹.

Percebe-se que várias são as ocorrências do reconhecimento do princípio da motivação na administração pública pela nossa legislação, tanto federal, quanto nos Estados, em especial, nas Constituições Estaduais. Passemos para a opinião da doutrina e da jurisprudência a respeito.

3.2 Do reconhecimento do princípio da motivação dos atos administrativos à luz da doutrina e da jurisprudência.

É quase uníssono na doutrina o reconhecimento do princípio da motivação dos atos administrativos. Ou seja, não encontramos muitas divergências em adotar a motivação como sendo, em regra, obrigatória para os atos administrativos.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, como regra, inexistente. É que, para este autor:

Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu (e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal intentio; e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, e porque não quis erigir como princípio a obrigatoriedade de motivação. Entendemos que, para concluir-se pela obrigatoriedade, haveria de estar ela expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, *só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido.*

Decorre daí que, sem a expressa menção na norma legal, não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente indicado suas

¹⁹⁸ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

¹⁹⁹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] § 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

razões, até por que estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado.²⁰⁰

E corrobora o autor, com base em interpretação do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, que:

Conclui-se do sistema da lei que, se os atos nela mencionados estiverem sem fundamentação, serão inválidos, mas o serão por indevida contrariedade à determinação legal; de outro lado, os que lá não constam não poderão ser tidos por inválidos pelo só fato da ausência da fundamentação expressa. Poderão sê-lo por outras razões, mas não por essa. Só isso demonstra que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração.²⁰¹

Admite Carvalho Filho, fazendo uma interpretação do artigo 93, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que o princípio da motivação dos atos administrativos poderia ser aceito apenas nos atos de conteúdo decisório, ou seja, aqueles emanados em processos administrativos em que haja conflito de interesses, não alcançando aqueles de mera rotina administrativa. Mas mesmo assim, referido artigo se situa no capítulo que trata do Poder Judiciário, sendo esta exigência afeta apenas àquele Poder, não se estendendo aos atos praticados no âmbito do Poder Executivo.²⁰²

Assevera ainda Carvalho Filho com relação à fundamentação da autoridade com relação aos motivos que:

[...] não é lícito ao administrador adotar, à guisa de motivo do ato, fundamentos genéricos e indefinidos, como, por exemplo, “*interesse público*”, “*critério administrativo*”, e outros do gênero. Semelhantes justificativas demonstram usualmente o intuito de escamotear as verdadeiras razões do ato, com o objetivo de eximi-lo do controle de legalidade pela Administração ou pela via judicial.²⁰³

Portanto, é o autor inclinado a aceitar somente como obrigatório a motivação nos casos em que for imposto pela lei, não sendo, portanto, reconhecido como princípio afeto a todo e qualquer ato administrativo, não sendo, portanto obrigatório, não

²⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105, grifos no original.

²⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

²⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 106.

²⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107, grifos no original.

obstante também reconhecer sua importância na transparência da atuação da Administração para efeitos de controle pelos administrados.²⁰⁴

Di Pietro entende que o princípio da motivação dos atos administrativos se aplica em quaisquer tipos de atos administrativos (discricionários ou vinculados), porque se trata de formalidade necessária a permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. “A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante.”²⁰⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca a motivação à categoria de *princípio geral de Direito Público*, ou seja, princípio afeto ao “regramento jurídico da ação do Estado e de seus delegados no cumprimento dos mandamentos constitucionais a seu cargo, e os consequentes direitos e deveres que a ordem jurídica assina aos administrados.”²⁰⁶ Segundo este autor,

[...] o *princípio da motivação* é instrumental e conseqüente do *princípio do devido processo da lei* (art. 5º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre também, implícito no devido processo de elaboração das normas legais, no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e regimentos das casas legislativas).

Por *decisão*, não se deve entender, porém, qualquer *ato administrativo* ou *judiciário* que contenha um mandamento, senão *aquele cujo comando aplique uma solução a litígios, controvérsias e dúvidas*, conhecendo, acolhendo ou denegando pretensões, através das adequadas vias processuais, ainda que atuando de ofício.²⁰⁷

Portanto, para o autor, não é qualquer ato administrativo que deve ser motivado, mas somente aqueles que possuem o condão de decisão, conforme descrito na transcrição acima.

Ressalta ainda o mesmo autor:

²⁰⁴ Conferir CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 106-107.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.81-82.

²⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87.

²⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92, grifos no original.

Com efeito, se o Poder Judiciário, a quem caberá sempre o controle final da legalidade de qualquer decisão, está obrigado à *motivação* das suas decisões administrativas, com mais razão, a ela estarão, os Poderes Legislativo e Executivo, ao proferirem suas respectivas decisões administrativas, pois só assim ficará garantida a efetividade do controle.²⁰⁸

Por fim, argumenta o mesmo autor que a motivação possui função, sobretudo, pedagógica, “pois põe em evidência que a sede do poder não reside na autoridade do agente, mas na da lei.”²⁰⁹

Para Celso Antonio Bandeira de Mello há o princípio da motivação dos atos administrativos implícito no art. 1º, inciso II da Constituição Federal de 1988, o qual indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, adotando a motivação dos atos administrativos, contemporânea ou anterior à prática do ato, como regra geral.²¹⁰ Discorre o autor:

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática – e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*) –, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.²¹¹

Prossegue o autor dizendo que a motivação dos atos administrativos se faz indispensável, contemporânea ou anteriormente, à prática do ato a fim de ser possível aferir-se o controle da atuação administrativa pelo Judiciário em vista dos princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelo próprio administrado, pois a motivação o proporcionará elementos para insurgir-se ou ter elementos de insurgência contra

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92, grifos no original.

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 140.

²¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100 e 374.

²¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

atos que o afetem pessoalmente. São, pois, ilegítimos e invalidáveis os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação.²¹²

Ocorre, entretanto, que, quando se tratar de atos vinculados, Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, discorre que o mais importante é haver ocorrido o motivo pelo qual a atuação da administração era obrigatória. Neste caso, se faltar motivação do ato, este poderá ser convalidado caso for possível demonstrar ulteriormente, de forma indubitável e objetiva, que o motivo exigente do ato preexistia.²¹³

Não têm a mesma sorte os atos administrativos de natureza discricionária. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato não motivado é viciado e deve ser fulminado por ser inválido, pois poderia a Administração, “ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.”²¹⁴ Mas admite, nos casos em que não é expresso na lei a exigência de motivação, excepcionalidade em que seja possível à Administração demonstrar de forma indubitável que

[...] a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior.²¹⁵

Portanto, tanto aos atos vinculados quanto aos atos discricionários, a motivação se faz necessária. Nestes, a obrigação de motivar o ato é ainda mais manifesta, tendo em vista que, por ser conferido ao agente maior grau de “liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”²¹⁶, ou seja, por existir uma maior subjetividade do agente público que pratica o ato administrativo quanto aos juízos de equidade e conveniência, deve-se cobrar com maior

²¹² Conferir MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100 e 101.

²¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

²¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

²¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

²¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 171.

rigor a devida motivação do ato praticado, a fim de coibir e de controlar estes atos, mais passíveis de desvios de finalidade, dentre outros vícios e ilegalidades latentes.²¹⁷

Para Lúcia Valle Figueiredo, o princípio da motivação é ponto fulcral dos princípios constitucionais da função administrativa. Aduz a autora que a motivação é fundamental para fins de controle da atividade administrativa e sustenta que a necessidade de motivação é expressa ao Poder Judiciário (art. 93, XI) quando este atua em sua função atípica – a administrativa – quanto mais será ao administrador público. Afirma ela:

Somente no caso concreto – em face de lei concreta ou aplicação concreta que o administrador ou o magistrado tenham feito – veremos se foi cumprido o *due process of law*.

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, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.²¹⁸

Odete Medauar afirma que, durante muito tempo, vigorou a idéia de que a motivação era somente necessária quando houvesse imposição expressa da norma. Mas ressalta que:

A partir de meados da década de 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente naqueles que: restringem o exercício de direitos e atividades; apliquem sanção; imponham sujeições; anulem ou revoguem uma decisão; recusem vantagem ou benefício qualificado como direito; expressem resultado de concursos públicos. [...]

A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1.º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º).²¹⁹

Diógenes Gasparini também é adepto à parte da doutrina que defende a motivação como sendo explícita e obrigatória a todos os atos administrativos, sob pena de

²¹⁷ Conferir FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216-225.

²¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 51-52.

²¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 159, grifos no original.

invalidade do ato, caso ocorra sua falta ou insuficiência, ou com a indicação de motivos falsos ou incoerentes.²²⁰ A motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato.

Observe que para atender a essa exigência não é absolutamente necessário que do ato conste a explicitação do motivo. Assim, estará atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo tal e qual ou que está calcado no parecer de folhas tais. Nesses casos, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos (*RDP*, 34:141). Assim também decidiu o STJ (*DJU*, 6 mar. 1995).²²¹

Eugênia Giovanna Simões I. Cavalcanti, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público, em 2007, analisa a respeito da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos no Brasil, tendo em vista a Constituição Federal de 1988. E chega à conclusão de que “a motivação dos atos administrativos tem um fundamento muito mais amplo: ela constitui uma das garantias dos administrados no Estado Democrático de Direito, evitando a arbitrariedade dos poderes públicos.”²²² E prossegue a autora:

Faz parte dos regimes democráticos a tomada de decisão do administrador de forma racional e motivada, como meio de resguardar os administrados de decisões arbitrárias e de garantir o exercício da boa administração, cabendo ao administrador, como representante do povo, demonstrar a legalidade e a justiça de suas decisões.

A motivação dos atos administrativos deixa de ser uma exigência puramente jurídica para também ser uma exigência política, porque a Administração Pública tem o dever jurídico e político, social e cultural, de explicar ao cidadão por que se impõe um ato e a explicação tem que ser convincente, ou seja, possuir um grau de aceitabilidade, pois se a explicação não for satisfatória, não haverá consenso, que é a base essencial para compreensão do conceito democrático atual do exercício do poder. A democracia é tanto uma maneira de alcançar o poder por meio do apoio popular, como também um modo de exercer esse mesmo poder.²²³

Conclui a autora, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, que:

²²⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23-24 e 67-68.

²²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23

²²² CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 142, jan./mar. 2007.

²²³ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 146, jan./mar. 2007.

O administrador tem que agir com total vinculação aos princípios constitucionais do sistema e se a Constituição determina que todo poder emana do povo é preciso que se dê conhecimento aos administrados das razões de fato e de direito que levaram à prática do ato administrativo e o descumprimento desse princípio significará um atentado ao Estado Democrático de Direito.²²⁴

Discorre a autora que a motivação também serve de instrumento para verificar se a Administração fez cumprir os princípios constitucionais inscritos no artigo 37, *caput*, da Carta Constitucional de 1988. Ou seja, trata-se de princípio instrumental, cuja finalidade é de aferir no caso concreto se a Administração foi adstrita aos ditames da lei (pouco importando se o ato é de natureza discricionária ou vinculada); atuou com observância à moralidade administrativa, objetivando o exercício de uma boa administração, adstrita aos princípios éticos aceitos pela sociedade, compreendidos no seu âmbito a boa-fé e a lealdade; buscou a finalidade legal e o interesse público, de forma impessoal; agiu com transparência para com a coletividade; e se agiu de forma eficiente, na justa proporção das necessidades coletivas; além de se aferir se os demais princípios implícitos foram observados pela Administração Pública.²²⁵

Por derradeiro, a autora conclui explicitando as viabilidades que a motivação dos atos administrativos proporciona:

[...] 1) verificar se existem e se são verdadeiros os motivos que ensejaram a sua prática; 2) dar conhecimento aos interessados do motivo que levou à edição do ato, deixando claro o seu conteúdo; 3) interpretar e aplicar o contido no ato; 4) justificar a solução que a Administração escolheu e mediante o discurso racional formulado, obter a aceitabilidade da decisão pelos administrados, satisfazendo não apenas o interessado, mas a própria opinião pública, configurando uma verdadeira prestação de contas; 5) demonstrar que houve a adequação do objeto ao interesse público previsto em lei e a observância dos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa; 6) orientar os órgãos subalternos na aplicação correta da lei em casos similares; e 7) facilitar o controle interno e externo sobre o ato, fornecendo a prova de que o ato está de acordo com a lei e com os princípios constitucionais, tornando-se elemento essencial para a

²²⁴ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 148, jan./mar. 2007

²²⁵ Conferir CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 148-155, jan./mar. 2007

efetivação do controle dos atos administrativos, em especial para o controle judicial.²²⁶

Passando à jurisprudência, encontramos precedentes que aduzem expressamente à necessidade de motivação dos atos administrativos.

No Supremo Tribunal Federal, tem-se a Súmula nº 684, que dispõe “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”, publicada no Diário da Justiça em 09/10/2003.

Encontramos também votos de Ministros que fazem alusão expressa à necessidade de motivação dos atos administrativos naquele tribunal, em virtude da atividade administrativa ser de ordem infralegal, destacando a motivação como forma de auxiliar o judiciário a análise e exame da legalidade e da consonância com os princípios que ordenam a Administração Pública. Confira excerto do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator no RMS 24.699-DF:

11. Como a atividade da Administração é infralegal --- *administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.²²⁷

Em outra passagem, no RMS 25.736-DF, segundo o qual a Ministra Cármen Lúcia assevera: “porque, na verdade, a motivação compõe o ato administrativo hoje. Todo ato administrativo tem que ser motivado, senão não há como fazer o controle.”²²⁸

Ainda em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal anulou ato administrativo de aplicação de sanção administrativa em servidor público federal. Confira a ementa do julgado (RMS 24.561):

²²⁶ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 156, jan./mar. 2007

²²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064, grifos no original.

²²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RMS 25736, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-02 PP-00536 RTJ VOL-00204-02 PP-00695.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AGRAVAMENTO DE PENALIDADE. DISCREPÂNCIA ENTRE A PENALIDADE APLICADA POR MINISTRO DE ESTADO E AS CONCLUSÕES DA COMISSÃO DISCIPLINAR. Ato de ministro de Estado que aplica penalidade de suspensão por noventa dias. Agravamento em relação à penalidade de advertência indicada no relatório de comissão disciplinar. Fundamentação insuficiente. Leitura do art. 168 da Lei 8.112/1990. O art. 168 da Lei 8.112/1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no relatório de comissão disciplinar, mas exige, para o agravamento dessa pena, a devida fundamentação. Nesse sentido, vencido o ministro relator, que dava parcial provimento ao recurso para restabelecer pena de advertência. Por maioria, recurso ordinário conhecido em parte, afastadas as demais alegações de nulidade, e, nessa parte, provido, para anular o ato impugnado, sem prejuízo de que outro venha a ser praticado com a devida fundamentação. (RMS 24561, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003, DJ 18-06-2004 PP-00066 EMENT VOL-02156-01 PP-00185)

No Superior Tribunal de Justiça encontramos jurisprudência uníssona, asseverando a necessidade de motivação dos atos administrativos, tanto discricionários quanto vinculados, acolhendo, portanto, a doutrina vigorante. Valem ser transcritas as ementas de alguns dos julgados:

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.

3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

4. Recurso provido.

(RMS 15459/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005 p. 417)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de

interesse do serviço. Precedentes.

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão "fundamentada em razão do interesse do serviço" nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.

IV - Recurso provido.

(RMS 12856/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 01/07/2004 p. 214)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUXILIARES LOCAIS DE EMBAIXADAS BRASILEIRAS NO EXTERIOR. REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO. NULIDADE. AJUDA DE CUSTO. PAGAMENTO. NECESSIDADE.

1. Em tendo sido as impetrantes enquadradas no Regime Jurídico Único instituído pela Lei nº 8.112/90 (cf. MS nº 4.811/DF, da minha Relatoria, in DJ 19/2/2001), os seus deslocamentos só poderiam se dar nos estritos termos do artigo 36 da Lei nº 8.112/90, que determina a necessidade de motivação do ato administrativo de remoção. Precedente.

2. Ademais, "Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais." (artigo 53, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90), do que também resulta a ilegalidade do ato impugnado.

3. Ordem concedida.

(MS 8383/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2003, DJ 19/12/2003 p. 314)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CURSO SUPERIOR REALIZADO NO EXTERIOR. EXIGÊNCIA DE REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA POR UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA. ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. RESOLUÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À TEXTO INFRACONSTITUCIONAL FEDERAL. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. "A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99)" MS 9.944/DF, DJ 13.06.2005.

2. O Tribunal a quo, à luz de ampla cognição acerca de aspectos fático-probatórios, assentou:"(..)Assim, quando do exame de equivalência do diploma do apelante, deveria ter a Universidade procedido conforme estabelecido na legislação supra, o que, de fato, não ocorreu. A apelada limitou-se tão somente a declarar que não houve a equivalência em certas disciplinas (fl. 98), sem, no entanto, fundamentar a sua decisão, nem solicitar parecer à instituição de ensino especializada na área de conhecimento na qual foi obtido o título(..)" (fl. 182 verso) 3. Sob esse ângulo dispões os artigos 43, II e 48, § 2º da Lei 9.364/96: Art. 43. A educação superior tem por finalidade: (...) II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua

formação contínua; Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular. (...) § 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

4. A título de argumento obiter dictum, cumpre destacar que o acórdão recorrido não determinou o registro imediato do diploma do impetrante, ora recorrido, obtido em faculdade privada de medicina da Bolívia. Ao revés, cingiu-se à desconstituição do ato administrativo, que culminou com o indeferimento do pedido de equivalência do mencionado diploma, ante a inobservância do devido processo legal, caracterizado pela ausência de motivação, determinando, outrossim, que a instituição de ensino superior retomasse o procedimento de revalidação a partir da análise de equivalência procedendo aos ulteriores tramites do processo in foco.

5. O recurso especial não reúne condições de admissibilidade no concerne à alegada ofensa aos 5º, 7º e 10º da Resolução nº 01/2002 do Conselho Nacional de Educação (CNE), notadamente porque o mencionado ato normativo, consoante cediço, não se enquadra no conceito de "lei federal" para fins de interposição de recurso especial. Precedentes do STJ: REsp 720.345/PE, DJ de 17/08/2006; AgRg no Ag 724.336/RS, DJ de 26/06/2006; AgRg no Ag 702.221/GO, DJ de 29/05/2006 e AgRg nos EDcl no Ag 537.802/SP, DJ 25.02.2004.

6. A violação do art. 535, I e II, CPC, não se efetivou na hipótese sub examine. Isto porque, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração, estando o decisorio hostilizado devidamente fundamentado.

Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu no voto condutor do acórdão de apelação às fls. 181/185, além de a pretensão veiculada pela parte embargante, consoante reconhecido pelo Tribunal local, revelar nítida pretensão de rejugamento da causa (fls. 196/202).

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 991.989/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008)

Portanto, como foi possível perceber, nos vários diplomas legais citados neste capítulo, a motivação obrigatória dos atos administrativos está expressa, tanto em Constituições Estaduais, como em algumas leis (federais e a estadual de São Paulo), apesar de não estar exposto, contudo, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. A única ressalva à obrigatoriedade de motivação consta no artigo 37, inciso II da Constituição, que trata da nomeação e exoneração para cargos em comissão. Em sede doutrinária, esta, com exceção de José dos Santos Carvalho Filho, entende pela motivação obrigatória como regra geral, apenas divergindo alguns quanto ao seu alcance (se se atine a todos os atos administrativos, ou somente àqueles com conteúdo decisório). Por fim, no que tange à jurisprudência, percebe-se, da leitura dos julgados, que acolhem a tese da doutrina dominante,

destacando o papel da motivação dos atos administrativos como forma de aferir-se o controle destes atos pelo Poder Judiciário.

E por fim, quanto às finalidades da motivação apontadas, em especial, pela doutrina, vários são os argumentos: 1) meio de conferir transparência ao cidadão sobre o ato administrativo emanado, oferecendo justificativas, prestando contas sobre a solução adotada; 2) formalidade que permite o controle do ato administrativo sobre sua legalidade (inclusive, argumento mais defendido pela jurisprudência), sobre sua observância aos princípios constitucionais afetos à Administração Pública (*caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988); 3) formalidade que habilita a defesa do cidadão, em especial, contra decisões arbitrárias; 4) apresenta função pedagógica, pois põe em evidência que o poder advém da lei e não da autoridade do agente que emana o ato administrativo; 5) meio que garante o contraditório em atuações processualizadas da Administração Pública; e 6) formalidade que orienta os órgãos subalternos na aplicação correta da lei em casos similares.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado no intuito de compreender o instituto da motivação do ato administrativo, analisado em cotejo com o Estado Democrático de Direito, e suas decorrências no modo de agir da Administração Pública, com a pesquisa da sua finalidade tomada num sentido amplo, coletivo, social.

No primeiro capítulo, observou-se que o ato administrativo possui peculiaridades que o distinguem dos demais atos praticados pelo Estado: o ato administrativo é a última manifestação da vontade estatal, manifestada no âmbito da atividade administrativa, aplicando a lei e o Direito de ofício numa relação jurídica em concreto, gerando obrigações e direitos com relação às pessoas, bens e situações, de forma unilateral, em vistas a garantir e proteger o bem comum e os interesses coletivos. Possui um regime jurídico que o singulariza dos demais atos jurídicos praticados por um particular, pois dotado de prerrogativas (presunção de legalidade, legitimidade, e veracidade, imperatividade, auto executoriedade), busca atender o interesse público numa relação jurídica individualizada. Nesta esteira, o ato administrativo encontra-se no equilíbrio entre as prerrogativas públicas, a autoridade de impor comportamentos e situações jurídicas em vistas do bem comum, e os direitos fundamentais dos cidadãos. O ato administrativo concilia o uso da unilateralidade e da imposição com a consecução e concreção dos direitos fundamentais incursos na Constituição Federal de 1988, na busca material da igualdade e da liberdade.

No segundo capítulo, discorreu-se sobre o regime político adotado na Constituição Federal de 1988, qual seja o regime democrático. Depreendeu-se que o Estado Democrático, diferentemente do que ocorreu no Estado (liberal) de Direito e no Estado Social, regimes esses em que ocorrera a deturpação do poder político em face do povo, é um regime que busca dar guarida aos direitos fundamentais do homem, conquistados ao longo da história da humanidade. O princípio democrático constitui-se num valor que ilumina o Estado Democrático de Direito, e sendo a Administração Pública parte integrante deste Estado, também deve ser alumiada pelos inerentes valores da igualdade e da liberdade.

Observou-se que a Administração Pública passa, então, a ter outra feição: Administração Pública de caráter democrático e participativo, em contraposição àquela Administração Pública autoritária, unilateral e impositiva de outrora. A incidência do

princípio democrático na sua atuação traz novas tendências no que se refere ao seu controle, sua gestão, e na legitimidade das suas decisões. Com a inclusão da cidadania na atuação administrativa, abrem-se espaços para debates e discussões, por meio das audiências e consultas públicas, dentre outros institutos, a fim de se encontrar a melhor forma de agir desta Administração Pública na busca do bem comum, com maior eficiência, transparência, adesão, consentimento e colaboração dos cidadãos às decisões tomadas, contribuindo assim para buscar a maior efetividade dos direitos fundamentais do homem.

No último capítulo, dedicado ao estudo da motivação dos atos administrativos, chegou-se à conclusão da quase unanimidade quanto a sua obrigatoriedade. Na legislação, encontram-se vários dispositivos legais esparsos em vários diplomas fazendo menção expressa à motivação dos atos administrativos, como na Lei Estadual Paulista nº 10.177/1998, Lei Federal nº 9.784/1999, Lei Federal nº 8.666/1993, e, por exemplo, nas Constituições Estaduais de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro. E uma única ressalva do dever de motivar, de expressa previsão na Constituição Federal de 1988, que se refere aos atos administrativos de livre nomeação e livre exoneração das pessoas aos cargos em comissão. No âmbito doutrinário, reconhece-se o princípio da motivação dos atos administrativos, sendo ele vinculado ou discricionário, somente a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho não segue o entendimento majoritário. Para esse autor, a motivação, como regra, inexistente, sendo, pois, somente exigido nos casos em que houver norma legal expressa nesse sentido. No âmbito jurisprudencial, está consolidado o entendimento de que a motivação dos atos administrativos faz-se necessária e obrigatória, em especial, para fins de aferição da validade do ato administrativo praticado em face do ordenamento jurídico.

Viu-se que vários são os fins da motivação dos atos administrativos aludidos pela doutrina, desde instrumento para conferir maior transparência, maior clareza aos cidadãos do ato administrativo emanado, servindo como meio para se proceder ao seu controle de legalidade, controle contra as arbitrariedades, controle quanto à observância dos princípios afetos à Administração Pública, até a sua função pedagógica e orientadora dos órgãos e agentes subalternos sobre a aplicação correta da lei em casos similares.

Chega-se à conclusão de que a motivação dos atos administrativos apresenta-se como um instrumento posto a serviço da democracia, da cidadania, e (im)posto ao Estado (leia-se, à Administração Pública) instituído com valores democráticos. Configura-

se como verdadeira garantia e instrumento ao cidadão e aos órgãos de controle do Estado, habilitando-os a examinar, no caso concreto, o atendimento e o respeito aos valores democráticos, pelos atos praticados por esta Administração Pública democrática e participativa, que possui o desiderato de, dentre outros objetivos, empregar maior efetividade aos direitos fundamentais do homem.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 constituiu a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, carregado, portanto, dos valores garantistas da liberdade e da igualdade do povo que vive sob o seu manto, deve apresentar também uma Administração Pública atrelada a este povo que é o titular do poder, e vinculada ao princípio democrático, pois é através dela – da Administração Pública democrática e participativa, conforme estudado no segundo capítulo – que o Estado irá garantir as finalidades elencadas na Carta Constitucional de 1988.

Nestas circunstâncias, a motivação dos atos administrativos apresenta-se como uma garantia dos valores democráticos. Não se constitui somente como mero requisito formal de validade do ato administrativo, mas o transcende. Possui, portanto, o escopo coletivo de proporcionar a transparência do ato administrativo emanado, tornando-se possível a sua verificação quanto ao respeito aos valores democráticos da igualdade, da liberdade, da Administração Pública democrática e participativa, e do atendimento à implementação de forma efetiva dos direitos fundamentais do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 09 de out. 2010.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 134, jan./mar. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUER, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1. vol. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.