

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/10/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/35550-o-perfil-do-princ-pio-da-motiva-o-no-mbito-do-processo-amministrativo-federal>

Autore: Camila Fernandes Santos

O perfil do princípio da motivação no âmbito do processo administrativo federal

O PERFIL DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Camila Fernandes Santos

Sumário: Introdução 1. O perfil vinculado do princípio da motivação na Lei 9784/99 2. O perfil discricionário do princípio da motivação no processo administrativo federal. Conclusão. Referências

Resumo: Considerando o processo administrativo federal como uma garantia do Estado Democrático de Direito, a questão da motivação no bojo do mesmo, ganha muita importância, como forma de garantir a efetividade do processo e a lisura dos seus procedimentos. Porém, ainda que a motivação se mostre necessária no decorrer do processo, vê-se que, por vezes, o administrador optará por motivar ou não, daí, dizer que ora o princípio da motivação terá o perfil de um poder discricionário, ora terá perfil de um poder vinculado.

Palavras-chave: Processo administrativo Federal; Princípio da Motivação; Perfil Discricionário; Perfil Vinculado

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a doutrina defendeu a necessidade do princípio da motivação apenas nos atos vinculados, (aqueles em que o administrador está atrelado à lei para criá-los), porém, como o Direito Administrativo foi criado justamente para zelar pelos interesses públicos, a necessidade de motivação dos atos tem atingido até mesmo aqueles atos discricionários, que são criados de acordo com a conveniência do administrador público, existindo uma razoável liberdade de atuação.

A atual conjuntura do Direito Administrativo evoluiu para a plena exigibilidade da motivação, qualquer que seja a natureza do ato (superando a discussão a respeito da obrigatoriedade da motivação nos atos emanados da

competência vinculada ou discricionária, tida como primeiro critério de deslinde entre discricionariedade e arbitrariedade, conforme Nohara (2011).

Daí pode-se dizer que a motivação tem como objetivo frear não só o poder vinculado, mas também o discricionário, posto que, ainda que o administrador goze de todas as prerrogativas para editar um ato que seja considerado discricionário em sua gênese, o mesmo deverá atender às regras básicas de Direito Administrativo, para que o interesse público não seja lesado pelo ato administrativo.

Como o processo é uma forma de aplicação da lei a um determinado caso concreto, é importantíssimo que o administrador motive os atos que estarão contidos no mesmo, para que o administrado esteja seguro de que não houve abuso de poder por parte do administrador. Além disso, ao aplicar devidamente o princípio da motivação, estará respeitando os princípios da legalidade, impessoalidade, devido processo legal, moralidade, dentre outros, demonstrando então, que motivar é uma tarefa primordial para a devida marcha do processo administrativo.

Mas é claro que certos atos administrativos dispensam qualquer tipo de motivação, e é exatamente isso que deve ser discutido, posto que ainda que seja um princípio de primordial importância para o processo administrativo federal, é necessário que sejam traçadas determinadas regras, para que o administrador não se perca em sua aplicação.

1-O PERFIL VINCULADO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NA LEI 9784/99

O princípio da motivação, conforme já dito anteriormente, está previsto no artigo 2º da Lei 9784/99. Ademais, a motivação, por ser tão primordial para o devido processo legal do processo administrativo federal, também está prevista no artigo 50 da mesma lei.

No Direito brasileiro, para dissipar as dúvidas e incertezas sobre as situações de exigibilidade da motivação, a Lei nº 9.784/99 (arts. 2º, VII e 50) perfilhou a regra de sua obrigatoriedade, que já era progressivamente imposta por doutrina e jurisprudência, realçando seu *status* de formalidade essencial em várias espécies de atos da Administração Pública, até mesmo dos não restritivos de direitos. Se o ato administrativo é decisão unilateral de criação, modificação ou extinção de direitos e deveres entre a Administração Pública e os administrados, dotado de regime jurídico diferenciado, na democracia são pontos luminosos: (a) a inscrição do dever de decisão e a sua

submissão a um prazo; (b) a obrigatoriedade de motivação explícita e suficiente a toda espécie de decisão – como se infere de uma leitura conectada com os arts. 48,49 e 50 da Lei nº 9.784/99.¹

Pela leitura do art. 50, veem-se algumas hipóteses em que é inadmissível que o ato não seja devidamente motivado, mas por que justo essas hipóteses são tão importantes? Ora, o inciso I do artigo trata de atos administrativos que afetam diretamente os direitos do administrado, então é óbvia a necessidade de que estes atos que negam, aprovam, ou limitam determinado direito, seja motivado, posto que irá modificar a situação do administrado, ademais, este se sentirá mais seguro com a explicitação da norma aplicada e dos fundamentos que fizeram nascer o ato que o atingiu. O inciso II, não menos importante, prevê a motivação para aqueles atos que imponham sanções, e é realmente muito necessário que este tipo de ato seja motivado, para que o Estado evite o abuso de autoridade, bem como o abuso de poder, assim, o administrador fará um uso mais racional de suas faculdades. O inciso III, por sua vez, trata da motivação das decisões acerca de processos administrativos de concursos e seleções, que pode ser intimamente ligada com o princípio da impessoalidade, posto que o cidadão, quando vê que a decisão foi devidamente motivada, tem certeza de que a Administração agiu com moralidade, não considerando questões de cunho particular, mas sim de interesse público.

Ainda no que tange à análise dos incisos do artigo 50, o de número IV prevê a obrigatoriedade de vinculação para a dispensa e inexigibilidade da licitação. Conforme é sabido, a licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para a celebração de contrato de seu interesse por meio de convocação de pessoas físicas ou jurídicas interessadas no oferecimento de bens ou serviços. Ora, se a regra geral para a contratação de qualquer serviço é a instauração do procedimento licitatório, se houver dispensa ou inexigibilidade, é mais do que

¹ NOHARA, Irene Patrícia; FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes, organizadores. **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

plausível que estes institutos sejam motivados de maneira que demonstrem preencher todos os requisitos para sua ocorrência.

Os recursos administrativos também devem ser motivados, posto que se o administrado não está satisfeito com a decisão tomada pela Administração, a autoridade administrativa deve ser clara ao decidir acerca do recurso da mencionada decisão, para que o administrado sinta-se seguro jurídica em relação ao que lhe foi posto pelo Estado. Além disso, os atos administrativos que decorram de reexame de ofício também devem ser motivados, posto que o administrador deve apresentar razões que justifiquem o reexame de determinada questão. Ademais, existem atos administrativos que discrepam de pareceres ou que até mesmo não seguem a jurisprudência, aqui, fica óbvia a necessidade da motivação, posto que estes atos fogem da regra geral, fazendo com que o cidadão não entenda o porquê de determinada decisão que não segue o que foi decidido reiteradamente pelos Tribunais, mostrando que é necessária uma motivação rica em detalhes que consiga justificar a peculiaridade do ato.

Finalizando o exame dos incisos, tem-se que aqueles em que as decisões importam anulação, revogação, suspensão ou convalidação de determinado ato também devem ser obrigatoriamente motivada. É claro que estes institutos atingirão diretamente a esfera do administrado, dando a este todo o direito de ter uma motivação justificadora da decisão. Insta salientar, que dentre estes institutos, a revogação representa a discricionariedade do administrador, posto que esta é editada segundo critérios de oportunidade e conveniência daquele, aqui, então, considera-se que ela não terá um perfil vinculado, mas sim discricionário, por isso, será estudada nos itens a seguir.

Por todo o exposto nota-se que o rol do artigo 50 é taxativo, demonstrando que na ocorrência de determinados atos, o administrador estará obrigado a motivar, ou seja, usará do seu poder-dever, posto que deverá agir, ademais, aplicará o poder vinculado, posto que agirá conforme previsão de lei.

Mas, ainda que a Lei 9784/99 tenha sido taxativa ao prever situações em que os atos administrativos deverão ser motivados, é claro que se o administrador ficar atrelado apenas a essas hipóteses, poderá ocorrer certos deslizes por parte do mesmo, posto que em uma análise sucinta, tudo aquilo que não está previsto no artigo 50 supracitado, não precisará de motivação,

fazendo com que haja um enorme risco da Administração Pública não cumprir com o objetivo do processo administrativo federal, o qual visa uma maior garantia dos direitos dos administrados, previstos no artigo 3º da Lei.

Por isso, é preciso entender o princípio da motivação em cada situação do processo administrativo, posto que por sua grande importância não pode ficar adstrito apenas aos ditames legais, sendo necessário que o administrador público tenha certa margem para que, em determinados casos, aplique o princípio da motivação, mesmo que em ato não previsto no artigo 50, com o fito de garantir o real cumprimento da finalidade do processo administrativo. Assim, não se pode admitir que o administrador público motive apenas certos atos, mas para que haja garantia dos direitos dos administrados, é necessário que o administrador motive todos os atos que gerem qualquer mudança na vida do administrado. O ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello é importantíssimo e complementa a ideia de que a relação administrativa é muito vasta, por isso não é plausível que haja uma restrição em relação à necessidade de motivação dos atos processuais administrativos:

“Conquanto seja certo que o arrolamento em apreço abarca numerosos e importantes casos, o fato é que traz consigo restrição intolerável. Basta lembrar que em País no qual a Administração frequentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos *ampliativos* de direito, não contemplados na enumeração. Assim, parece-nos inconstitucional tal restrição, por afrontar um princípio básico do Estado de Direito” (pagina 507 e 508, 2009).

Daí surge a ideia de que é perfeitamente possível que ocorra motivação em atos que não estejam taxativamente previstos, mas que por sua importância devem apresentar os motivos normativos e os motivos fáticos que demandaram o seu surgimento, fazendo nascer assim um perfil discricionário da motivação.

2- O PERFIL DISCRICIONÁRIO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

A lei do processo administrativo é clara ao taxar determinadas hipóteses que devem ser obrigatoriamente motivadas. Porém, conforme dito anteriormente, se o administrador se atrela apenas à essas hipóteses, poderá

incidir em erros, comprometendo assim aquilo que seja objetivo da Administração Pública, ou seja, irá comprometer os ditames da finalidade pública, e até mesmo do devido processo legal.

A lei prevê hipóteses de obrigatoriedade de vinculação, porém, aquelas hipóteses que ali não estão não poderão ser editadas sem nenhuma motivação, posto que a idéia de que apenas os atos vinculados deverão ser motivados, já está vencida. Importante é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...] É sabido que o processo administrativo disciplinar é obrigatório para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o servidor estável (art. 41 da Constituição da República).

A Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, dispõe, no art. 2º, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Ainda, o inciso VII do parágrafo único prescreve a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão. Sobre o tema ensina a mesma autora (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em Direito administrativo, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002), p. 515:

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como 'falta grave', 'procedimento irregular', 'ineficiência no serviço', 'incontinência pública', ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena.

O princípio da motivação, consagrado pela doutrina e jurisprudência, impõe a obrigatoriedade de a Administração Pública indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Sobre o tema, é novamente a mesma autora quem ensina, na mesma obra, p. 82:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

(...) Na Lei nº 9.784/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de

"indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão".

E prossegue na p. 83:

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. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante.

No caso em exame, a pena de demissão foi aplicada ao apelante com fundamento no art. 173, XIII, da Lei municipal nº 2.673, de 1995, motivada na transgressão do art. 158, incisos XVI, "proceder de forma desidiosa" (ff. 226 e 228).

A mesma Lei municipal nº 2.673, de 1995 prevê no art. 168, as penalidades disciplinares de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição do cargo de provimento em comissão e destituição da função gratificada, e que correspondem àquelas descritas no art. 128, da Lei nº 8.112, de 1990. Sobre o tema, ensina a mesma autora e na mesma obra, à p. 496:

Na esfera federal, a Lei nº 8.112/90 prevê, no art. 127, as penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria; e define, nos artigos subseqüentes, as hipóteses de cabimento de cada uma delas.

Não há com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.

Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, (...).

É precisamente essa discricionariedade que exige a precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração.[...].²

É claro que existem atos que irão dispensar a motivação, ora, aqueles atos de mero expediente, como uma citação do administrado interessado, por exemplo, realmente dispensam a motivação, já que servem apenas para garantir a regular marcha processual, demonstrando total discricionariedade do administrador, que poderá ou não motivá-los.

Ademais, de uma leitura atenta do inciso VII do artigo 50, encontramos entre os institutos passíveis de motivação, a revogação, a qual é característica do poder discricionário do Estado, posto que conforme preceitua a doutrina, a

² TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0707.04.084936-6/002, Rel. Des. Caetano Levi Lopes. J. 05.06.2007.

revogação é um ato administrativo discricionário, através do qual a Administração irá extinguir um ato válido, por razões de oportunidade e de conveniência. Se a revogação faz parte do poder discricionário do Estado, por que deve ser obrigatoriamente motivada? Daqui, surge uma questão importante, posto que ainda que seja um ato discricionário, a revogação deverá ser motivada pelo simples fato de atingir diretamente a esfera do administrado. Ora, imagine um contrato revogado pela Administração Pública, esta revogação surtirá efeitos na esfera do administrado, posto que este poderá ter reflexos patrimoniais e morais, por isso, nada mais justo que seja uma decisão motivada, capaz de explicitar para o administrado a sua real conveniência para a Administração, evitando assim, que ocorra abusos por parte da Administração, garantindo mais uma vez, a segurança jurídica do administrado.

Por todo o exposto conclui-se que o perfil discricionário do ato administrativo está presente basicamente naqueles atos de mero expediente, que garantem a marcha processual. Porém, a Lei 9784/99 foi clara ao prever situações que a motivação deve ser feita, mas em momento algum apresentou alguma restrição. Assim, o administrador, se considerar necessário, deve motivar atos administrativos, que mesmo não taxados no rol, necessitam de motivação, para evitar dúvidas e inseguranças por parte dos administrados.

CONCLUSÃO

O princípio da motivação demonstra total imprescindibilidade para o processo administrativo federal posto que, o administrador, ao expor as razões de fato e de direito que fundamentaram a decisão ou o ato administrativo, está protegendo o administrado de possíveis arbitrariedades.

Por isso, pode-se dizer que o princípio da motivação aplica-se principalmente em relação a atos que imponham certo tipo de restrição ou imposição ao administrado, demonstrando que a grande preocupação da Lei 9784/99, como é dito em seu caput, é a proteção dos direitos dos administrados: “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

Além disso, a Lei do processo administrativo federal serve como diretriz para os demais processos administrativos, daí destaca-se princípios como o da motivação, para que o objetivo primordial do processo seja alcançado, qual seja, a resolução da pendência entre Estado e administrado.

Para que o princípio da motivação seja aplicado corretamente, o administrador não pode olvidar que o artigo 50 é claro e taxativo, demonstrando que nas situações ali previstas haverá fundamentação fática e jurídica, para que o administrado sinta-se seguro juridicamente.

Porém, a Lei 9784/99 não deixou nenhuma restrição para a aplicação do princípio da motivação, por isso, se o administrador sentir necessidade de motivar atos que não se enquadram no artigo 50, poderá fazê-lo (por ter discricionariedade), desde que não se utilize dessa motivação para prolatar o processo, mas sim, para fazer a relação jurídica ficar ainda mais segura.

Ademais, no que tange ao perfil discricionário da motivação, conclui-se que atos de expediente, pelos quais a autoridade administrativa dá marcha ao processo dispensarão a motivação, por questões óbvias, posto que se assim fosse, haveria um verdadeiro caos na marcha processual, já que atrasaria o trabalho do administrador.

Portanto, na análise da Lei 9784/99, conclui-se que o perfil do princípio da motivação não é absoluto, ou seja, ora apresentará aspectos do poder vinculado do administrador, ora apresentará características marcantes do poder discricionário, lembrando que tanto em um poder quanto no outro é importante motivar. O ato vinculado deve ser motivado, para que o administrador demonstre que realmente usou dos artifícios legais, enquanto que a motivação do ato discricionário é importante para que haja um maior controle por parte da Administração, em relação aos atos da autoridade administrativa, evitando que aquela edite atos que demonstrem motivos ilegítimos.

Por todo o exposto, conclui-se que motivar é importante tanto em atos vinculados, quanto em atos discricionários, posto que quanto mais o administrado sabe acerca das decisões administrativas que lhe atingem, mais a Administração satisfaz o seu principal objetivo que é o de manter o interesse público sobre o privado, garantindo sempre os direitos dos administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

COSTA, Elisson Pereira da. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

JR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

NOHARA, Irene Patrícia; FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes, organizadores. **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.