



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

MARIA LETÍCIA RODRIGUES GUIMARÃES ARAÚJO RESENDE

**LIMITES À APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES  
DO ATO ADMINISTRATIVO**

Belo Horizonte  
2016

MARIA LETÍCIA RODRIGUES GUIMARÃES ARAÚJO RESENDE

**LIMITES À APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES  
DO ATO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Projeto Coletivo: Perspectivas do Estado de Direito Contemporâneo e estratégias de ação do Estado na promoção dos objetivos constitucionais.

Área de Estudo: Direito e Administração Pública.

Orientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo.

---

R4331 Resende, Maria Letícia Rodrigues Guimarães Araújo  
Limites à aplicação da teoria dos motivos determinantes  
do ato administrativo / Maria Letícia Rodrigues Guimarães  
Araújo Resende - 2016.

Orientador: Florivaldo Dutra de Araújo.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo - Teses 2. Atos administrativos 3.  
Discricionariedade I.Título

CDU<sub>(1976)</sub> 35.077(81)

---



Faculdade de  
Direito da UFMG

Maria Letícia Rodrigues Guimarães Araújo Resende. *Limites à aplicação da teoria dos motivos determinantes do ato administrativo*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo.

Aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:

---

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo – UFMG – Orientador

---

Professor (a) Doutor (a)

---

Professor (a) Doutor (a)

Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de 2016.

Exclusivamente a Jesus Cristo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus, por ter me capacitado, concedido a mim disciplina e disposição, tendo me auxiliado ao longo da construção de todo este trabalho.

Minha gratidão em especial ao Nivaldo Gaspar Resende, meu marido, pelo apoio incondicional, carinho, paciência e incentivo na elaboração da dissertação. Sem dúvida, sua presença e seu cuidado foram determinantes para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus queridos pais, Lécio e Patrícia Rodrigues, sem os quais, definitivamente, não teria chegado até aqui. Muito obrigada por estarem sempre por perto e pelas incontáveis palavras de encorajamento e de confiança, fundamentais para a conclusão destes estudos.

Meu agradecimento singular ao meu orientador, Professor Florivaldo Dutra de Araújo, exemplo de competência, retidão e seriedade com o Direito. É um privilégio e uma satisfação indescritível ser por ele orientada e despertada, cada vez mais, a me debruçar em matérias instigantes do Direito Administrativo.

À Professora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, não apenas pelas considerações feitas na banca de qualificação do projeto, mas também pelas reflexões propostas nas aulas ministradas. Sem dúvida, é uma fonte de inspiração para os iniciantes.

Ao Professor Onofre Alves Batista Júnior, pelos apontamentos feitos na banca de qualificação do projeto de pesquisa, que muito enriqueceram o presente trabalho.

À Professora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, pelos ensinamentos.

Ao Professor Rodolfo Viana, pelas sugestões de pesquisas.

Aos demais professores e servidores da Pós-Graduação da FDUFMG.

De modo especial, aos administrativistas Ricardo Marcondes Martins e Juarez Freitas, os quais, no início dos estudos, retornaram aos meus e-mails com sugestões de bibliografias.

À Maria Fernanda Pires, pela atuação profissional.

À Mariana Bueno, em especial, que além de colega do mestrado passou a ser uma grande amiga, pelas palavras de incentivo, experiência compartilhada e pela solicitude no empréstimo de materiais de pesquisa.

À mestranda Ariane Sherman, com quem compartilhei dúvidas e desafios ao longo da construção deste trabalho e com quem pude contar em diversas ocasiões.

Aos demais estudiosos do Direito Administrativo, Caio Cordeiro, Túlio Martins, Murilo Vale, Federico Nunes de Matos, Luíza Ubaldo e Priscila Pires, pelas discussões, sugestões, ensinamentos e amizade.

À Lívia Vilas Boas e Silva, pelas profícuas discussões acadêmicas, nos cafés rotineiros antes das aulas do mestrado.

À Paula Bastos, pelas valiosas oportunidades de reflexão.

À Mariana Navarro, pela gentileza no empréstimo de livros.

À Magaly Ramos, pelo zelo na formatação deste trabalho.

Agradeço, ainda, ao João Gabriel Rodrigues, meu irmão, à Denise e Nivaldo Resende, à Isabelle Fagundes, Camilla Naime, Mônica Lino e Patrícia Laughton, que, a seu modo, interessaram-se pela pesquisa e incentivaram-me nos estudos.

Enfim, a todos os familiares e amigos que foram importantes neste percurso.

*“Aqueles que semeiam com lágrimas, com cantos de alegria colherão.” Salmos 126; 5.*

*“O Senhor Deus escolheu Bezaleu, filho de Uri e neto de Hur, da tribo de Judá. Deus o encheu com o seu Espírito e lhe deu inteligência, competência e habilidade (...).” Êxodo 35; 30.*



## RESUMO

A presente dissertação tem como intento revisitar a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo, originária da jurisprudência do Conselho de Estado francês e desenvolvida doutrinariamente por Gaston Jèze, buscando propor uma releitura da sua compreensão e dos seus efeitos. Pela aplicação da teoria, afirma-se que os motivos indicados na motivação do ato administrativo vinculam o administrador, de modo que se forem inválidos ou inexistentes ensejam, necessariamente, a invalidação do próprio ato. O motivo é o que impulsiona e justifica a atuação do administrador, razão pela qual a teoria parece acertada. No entanto, carece de reflexões acerca da existência de limites à sua aplicação. Pela pesquisa realizada, o que se avalia é que a colocação da doutrina pátria, no sentido de generalizar a incidência da teoria, precisar ser revisitada. Situações em que o motivo exposto na motivação do ato administrativo seja inexistente ou inadequado ao seu respectivo conteúdo, mas que seja verificada a existência de outra ocorrência fática, devidamente qualificada pelo direito como apta a justificar o mesmo resultado, merece ser considerada como hipótese de afastamento da citada teoria. Trata-se de causa de erro accidental, que deturpa a manifestação volitiva do agente público, mas que não modifica a vontade que então fora externada pelo declarante. O tema-problema torna-se ainda mais instigante ao deparar-se com a distinção das premissas adotadas por Gaston Jèze e pela doutrina pátria majoritária, no que diz respeito, sobretudo, à concepção de motivo – subjetiva ou objetiva. A avaliação do contexto de formulação da teoria e a consideração dos princípios da juridicidade, da estabilidade das relações já constituídas e do melhor atendimento ao interesse público, bem como a evolução acerca do entendimento sobre discricionariedade e vinculação, reforçam a proposta de limites à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Para tanto, a convalidação sobressai-se como importante instrumento de restauração da legalidade, no que diz respeito ao vício no motivo e/ou na motivação. A partir disso, verifica-se o acerto do afastamento da teoria dos motivos determinantes, em situações nas quais é possível constatar motivos reais hábeis a ensejar o mesmo conteúdo do ato, mediante o dever de convalidação do vício existente, seja no motivo e/ou na motivação.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Teoria dos motivos determinantes. Motivo. Motivação. Convalidação.

## ABSTRACT

The objective of this dissertation is to review the self-determination theory of an administrative act, that originated from the French State Council jurisprudence and was doctrinally developed by Gaston Jeze, as he proposed to review its understanding and its effects. As we apply the theory, we can claim that the motives given in the motivation of the administrative act links the administrator, in a way that if they are invalidated or inexistent, it necessarily entails, the invalidation of the act. The motive is what boosts and justifies the actions of the administrator, thus this being the reason for the theory to appear correct. However, we need to reflect about the existence of limits to its application. This research shows that what is evaluated is the application of homeland doctrine, so as to generalize the liabilities of the theory, needing to be reviewed. Situations in which the above reason in the motivation of the administrative act is inexistent or unsuitable to its respective content, but for the verification of another phatic occurrence, duly qualified by law to be apt to justify the same result, deserves to be considered as a hypothesis for removal of said theory. It is the cause for an accidental error, that distorts the volitional manifestation of the public agent, but that does not change the deponent's will. The theme problem becomes even more thought provoking as we face the distinctive premises adopted by Gaston Jeze and by most of the homeland doctrine, when it comes to, above all, the concept of the motive — subjective or objective. The evaluation of the formulation context of the theory and the considerations of the principals of juridically, the stability of relations already constituted and the best treatment of public interest, as well as the evolution of the understanding of discretion and link, reinforce the proposal of limits to the application of the self-determination theory. Therefore, the validation stands out as an important instrument of restoration of legality, with regard to the flaw of the motive and/or motivation. From that, we verify the adjustment of the removal of the self-determination theory, in situations where we can check the real motives rising the same content of the act, by the duty of validation of the existing flaw, being it in the motive and/or motivation.

Keywords: Administrative Act. Self-Determination Theory. Motive. Motivation. Ratification.

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>12</b>  |
| <b>2 ATO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS RELEVANTES.....</b>   | <b>16</b>  |
| <b>2.1 Noções introdutórias .....</b>   | <b>16</b>  |
| <b>2.2 Decomposição do ato administrativo .....</b>   | <b>22</b>  |
| <b>2.3 Existência, validade e eficácia.....</b>   | <b>26</b>  |
| <b>2.4 Discricionariedade e vinculação .....</b>  | <b>27</b>  |
| <b>3 O MOTIVO NO ATO ADMINISTRATIVO .....</b>   | <b>33</b>  |
| <b>3.1 Motivo e/ou causa no direito privado .....</b>   | <b>33</b>  |
| <b>3.2 Natureza jurídica e aspectos conceituais do motivo no ato administrativo .....</b>     | <b>37</b>  |
| 3.2.1 Pressuposto de fato e/ou de direito.....  | 41         |
| 3.2.2 Concepção subjetivista .....  | 44         |
| 3.2.3 Concepção objetivista.....  | 45         |
| 3.2.4 Conclusões preliminares: a noção de motivo na teoria do ato administrativo .....        | 46         |
| <b>3.3 Motivo e móvel .....</b>   | <b>49</b>  |
| <b>3.4 Motivo e causa (ou relação de causalidade) .....</b>                                   | <b>50</b>  |
| <b>3.5 Motivo e competência.....</b>  | <b>58</b>  |
| <b>3.6 Motivo e finalidade.....</b>   | <b>59</b>  |
| <b>3.7 Motivo e motivação .....</b>   | <b>61</b>  |
| 3.7.1 Finalidade da motivação .....   | 64         |
| 3.7.2 Motivação como pressuposto obrigatório.....   | 65         |
| 3.7.3 Dispensa de motivação .....   | 67         |
| 3.7.4 Tipos de motivação .....  | 68         |
| <b>3.8 Discricionariedade e vinculação no motivo .....</b>                                    | <b>69</b>  |
| 3.8.1 Elemento volitivo .....   | 71         |
| <b>4 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES .....</b>   | <b>74</b>  |
| <b>4.1 Surgimento, aplicabilidade e características .....</b>                                 | <b>74</b>  |
| <b>4.2 Teoria dos motivos determinantes e teoria do desvio de finalidade ou de poder.....</b> | <b>79</b>  |
| 4.2.1 Motivos determinantes como meio de prova da teoria do desvio de poder .....             | 83         |
| 4.2.2 Motivos determinantes como meio autônomo de anulação do ato .....                       | 85         |
| <b>4.3 Teorias dos motivos determinantes, do desvio de poder e do excesso de poder .....</b>  | <b>88</b>  |
| <b>4.4 Teoria dos motivos determinantes na jurisprudência nacional.....</b>                   | <b>91</b>  |
| <b>4.5 Problematizando a aplicação da teoria dos motivos determinantes .....</b>              | <b>102</b> |

|   |            |
|---|------------|
| <b>5 INVALIDIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.....</b>                                      | <b>110</b> |
| <b>5.1 Breves considerações sobre a teoria das nulidades do Direito Civil.....</b>    | <b>112</b> |
| <b>5.2 Erro.....</b>  | <b>115</b> |
| 5.2.1 Sob o enfoque do Direito Civil .....  | 115        |
| 5.2.2 Sob o enfoque do Direito Administrativo.....                                    | 116        |
| 5.3 Teoria das invalidades no Direito Administrativo .....                            | 120        |
| 5.3.1 Diferentes correntes administrativistas .....                                   | 120        |
| 5.3.2 Breves apontamentos a respeito das diferentes teorias .....                     | 124        |
| <b>5.4 Vícios .....</b>   | <b>128</b> |
| 5.4.1 Vício no motivo .....   | 128        |
| 5.4.2 Vício na motivação.....   | 131        |
| <b>6 DEVER DE CONVALIDAÇÃO E AFASTAMENTO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....</b> | <b>133</b> |
| <b>6.1 Restauração da legalidade .....</b>  | <b>133</b> |
| 6.1.1 Invalidação.....  | 133        |
| 6.1.2 Convalidação.....   | 134        |
| 6.1.2.1 Poder ou dever?.....  | 137        |
| 6.1.2.2 Obstáculos à convalidação.....  | 138        |
| 6.1.2.3 Princípios .....  | 139        |
| <b>6.2 Convalidação e motivo .....</b>  | <b>142</b> |
| <b>6.3 Convalidação e motivação.....</b>  | <b>146</b> |
| <b>6.4 Convalidação como limite à teoria dos motivos determinantes.....</b>           | <b>148</b> |
| <b>7 CONCLUSÃO .....</b>  | <b>152</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>159</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, na atual configuração estatal, deve atuar em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, pautando-se continuamente por padrões éticos, tendo por finalidade sempre o interesse público. Entre as distintas formas por meio da qual o Poder Público pode atuar, destaca-se a figura do ato administrativo, tomado no presente trabalho sob uma perspectiva mais estrita, em que situações jurídicas individuais são criadas, extintas e modificadas, em nível infralegal. Não é despiciendo afirmar que o exercício da função pública deve observar, entre outros, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nessas circunstâncias, para a prolação de certo ato administrativo, é imperioso que o administrador esteja convicto de que sua atuação está sendo impulsionada por algo, alguma ocorrência no mundo exterior qualificada pelo direito como relevante, e que seja hábil a justificar a criação de determinada norma jurídica concreta. Isso é o motivo do ato administrativo. Não é possível afirmar que o Poder Público atue sem razão prévia, de modo impensado ou injustificado, sobretudo ao considerar o disposto no art. 1º da Carta Constitucional, cuja dicção expressa é a de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

A relevância do motivo encontra-se não apenas na sua imprescindibilidade para a formatação do ato, mas, também, nas discussões doutrinárias a seu respeito, decorrentes da própria teoria geral do direito e que, por essa razão, não se restringem ao Direito Administrativo. A falta de consenso acadêmico em torno dessa figura e a sua interface frente aos demais requisitos do ato, sobretudo da competência e finalidade, bem como o seu liame com a motivação, realçam a importância de uma pesquisa detalhada sobre esse assunto.

O enfoque do presente trabalho decorre da pesquisa em torno do motivo. A presente dissertação tem como propósito revisar a teoria dos motivos determinantes e, por conseguinte, propor uma releitura da sua compreensão e dos seus efeitos. A busca sempre intensa por um controle cada vez maior da atuação do Poder Público, de modo a impedir atuações arbitrárias e personalíssimas do administrador, tem culminado com o surgimento de várias teorias há mais de um século, entre as quais se destaca a que é objeto deste estudo.

Concebida pelo jurista gaulês Gaston Jèze e fruto da jurisprudência do Conselho de Estado francês, a teoria dos motivos determinantes foi formulada tendo por embasamento premissas distintas das consideradas nos dias de hoje, por grande parte da doutrina. Em que pese isso, seus efeitos têm sido repetidos há décadas, sem uma reflexão mais acurada a seu respeito. A doutrina e a jurisprudência reproduzem quase sempre os mesmos termos quando a

ela se referem, de modo simples e bastante didático. Em síntese, afirmam que os motivos indicados na motivação do ato administrativo vinculam o administrador, o que significa que se forem inválidos, inexistentes ou equivocados ensejam, necessariamente, a invalidação do próprio ato. Não se verificam, pela avaliação de grande parte das obras de Direito Administrativo, quaisquer reflexões acerca dessa assertiva, tampouco se questionam acerca do seu emprego. Seria aplicável a teoria a todo e qualquer caso? Será que sua incidência indiscriminada resguarda sempre o interesse público? Será que o uso da teoria, considerando o contexto de sua formulação, em que o sistema de controle dos atos ainda era bastante deficitário, justifica-se de modo ilimitado? Enfim, qual deve ser sua abrangência?

Reforça tal indagação quando, em que pese ser constatada a inexistência ou inadequação de certo motivo indicado na motivação do ato administrativo, haja outra ocorrência fática, qualificada pelo direito, hábil a justificar o mesmo conteúdo do ato então prolatado. Quais os valores incidentes nessa situação e o que o Direito deve buscar prestigiar? Enfim, são diversas as questões que podem ser suscitadas a esse respeito, todas revelando a relevância prática do problema apresentado.

Nessa vertente, o que se almeja com o desenvolvimento deste trabalho é reavaliar e rever os fundamentos da teoria dos motivos determinantes, tendo por intuito investigar se há algum limite à sua aplicação, a depender do caso em análise, de modo a preservar o ato administrativo cujo motivo indicado em sua fundamentação seja irregular, considerando o interesse público, o princípio da juridicidade e o da estabilidade das relações já constituídas.

Para tanto, verifica-se a necessidade de abordar alguns assuntos que tangenciam o problema em tela, a exemplo da discricionariedade e vinculação, da teoria da competência e da teoria do desvio de finalidade, o que, sem dúvida alguma, enriquecem o presente trabalho. Também, será possível perceber, no decorrer desta dissertação, que temáticas aparentemente desconexas com o tema-problema apresentado, em essência, com ele muito se relacionam. É o caso do instituto da convalidação, investigado como um instrumento de limite dos efeitos da teoria dos motivos determinantes. Com efeito, à primeira vista, a convalidação e a citada teoria são discorridas pela doutrina de modo apartado, em nada se relacionando, até mesmo porque a concepção doutrinária majoritária é no sentido de que o motivo do ato administrativo não é objeto de convalidação, ao contrário do que ocorre com a competência e a forma.

Nesses termos, para um enfrentamento adequado do problema apresentado, é imprescindível o debate em torno da teoria das invalidades no Direito Administrativo, sobretudo dos meios de restauração da legalidade, entre os quais, a convalidação. A questão que se suscita, no entanto, é se o vício em questão encontra-se no motivo ou tão só na

motivação do ato administrativo. Sabe-se que tais termos não se confundem, considerando o rigor terminológico que deve ser resguardado em toda ciência jurídica. Esse debate, insta frisar, não ignora a importância conferida à motivação nos dias atuais, tanto pelo ordenamento jurídico como pela doutrina e jurisprudência.

No que diz respeito à metodologia utilizada, a presente pesquisa insere-se na vertente jurídico-dogmática, pois busca uma investigação conceitual e teleológica da teoria dos motivos determinantes e, paralelamente, do instituto da convalidação. Trata-se de pesquisa teórica, embora sejam evidentes seus efeitos na prática do exercício da função administrativa. Prioriza-se no desenvolver do trabalho a análise de conteúdo, a construção de esquemas conceituais específicos e o uso de processos discursivos e argumentativos.<sup>1</sup> Tanto dados primários quanto secundários são evidenciados no desenvolvimento desta dissertação, já que foram levantadas e utilizadas tanto a legislação e a jurisprudência, nacional e estrangeira, como, também, a doutrina, por meio de compêndios, artigos e literaturas diversas.

É com base nessa ampla pesquisa jurídica que será possível confirmar, ao final do trabalho, a hipótese suscitada para a solução dos problemas anteriormente levantados, qual seja: em determinados casos, em que a recomposição da legalidade e a consequente manutenção do ato administrativo sejam mais vantajosas ao interesse público, é possível limitar a aplicação da teoria dos motivos determinantes, por meio do instituto da convalidação. Em decorrência disso, restará impedida a invalidação do ato administrativo, preservando-se o seu conteúdo, com a condição de que exista outro motivo válido e adequado.

Para melhor compreensão e análise do problema objeto da pesquisa, entende-se imprescindível fazer considerações iniciais, no segundo capítulo, acerca do ato administrativo e sua respectiva decomposição, bem como de assuntos relevantes e diretamente relacionados ao tema-problema apresentado, como os campos de validade, existência e perfeição e a questão da discricionariedade e vinculação do ato administrativo. Tudo isso porque as premissas adotadas devem restar claras para uma boa compreensão da questão central, sob pena de serem feitas afirmações lacunosas e sem amparo teórico necessário.

Em sequência, opta-se por tratar, no terceiro capítulo, sobre o motivo do ato administrativo, em todas as suas nuances, trazendo variadas comparações com outros requisitos do ato e enfrentando as discussões doutrinárias a seu respeito, sobretudo no que tange à causa, advinda da teoria geral do direito. Com efeito, a teoria dos motivos determinantes, como o próprio nome sugere, diz respeito ao motivo, de modo que este deve

---

<sup>1</sup> GUSTIN; DIAS, 2013, p. 91-92.

ser um dos enfoques do trabalho. Caso contrário, não havendo um capítulo prévio com o intuito específico de abordá-lo, restaria incompleta a pesquisa. Torna-se evidente, no decorrer da dissertação, que todas as abordagens referentes ao motivo impactam nos efeitos da teoria.

No quarto capítulo, é trabalhada a teoria dos motivos determinantes, trazendo julgados emblemáticos e as especificidades consideradas por Gaston Jèze ao reformulá-la. Interessante é que, no decorrer do levantamento de dados para a pesquisa, revelou-se a intensa relação entre a teoria em comento e as teorias do desvio de poder e do excesso de poder. Tudo isso, evidentemente, em razão da existência de corrente doutrinária que pouco ou nada diferencia o motivo da finalidade do ato administrativo e da relação existente entre motivo e competência. Esse capítulo, compreendido à luz dos capítulos precedentes, trata especificamente do problema e delinea algumas possíveis soluções.

Como o tema-problema envolve a teoria das nulidades, o quinto capítulo, como avanço das discussões em torno da hipótese, propõe reflexões sobre o erro, sob o enfoque do Direito Civil e do Direito Administrativo. Considera, ainda, as diferentes correntes doutrinárias existentes acerca da teoria das invalidades no Direito Administrativo, enfatizando a análise do vício no motivo e na motivação.

O sexto capítulo, a seu turno, apresenta possíveis soluções ao problema suscitado, ao tratar do dever de convalidação e afastamento da teoria dos motivos determinantes, avaliando de modo específico a convalidação face ao motivo, à motivação e à teoria.

Por fim, o sétimo capítulo, a título de conclusão, correlaciona as ideias centrais expostas ao longo do trabalho, avaliando de forma crítica os resultados da pesquisa.

Ao longo da dissertação, o leitor perceberá a ausência de consenso doutrinário, bem como a falta de enfrentamento da doutrina, em torno de certos assuntos, muitas vezes, em razão da omissão legislativa ou de previsões lacunosas do direito positivo.



## 2 ATO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS RELEVANTES

### 2.1 Noções introdutórias

A avaliação de alguns aspectos introdutórios e específicos acerca do ato administrativo é relevante, considerando que é nele onde se situa a problemática a ser desenvolvida ao longo deste trabalho. O propósito deste capítulo é tão somente abordar alguns conceitos e fazer apontamentos prévios necessários à boa compreensão do que será tratado nos capítulos subsequentes.

Inicialmente, é importante compreender que o ato administrativo<sup>2</sup> se sobressai como uma expoente expressão da função administrativa, sendo um dos temas mais relevantes do Direito Administrativo. Em que pese o poder seja uno e indivisível, sabe-se que as funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional) são repartidas entre os órgãos públicos, conforme art. 2º da Carta Constitucional de 1988, de modo preponderante e não exclusivo.

Assim, é por meio da função administrativa – exercida de modo mais latente pelo Poder Executivo, mas também pelos demais órgãos estatais – que os atos administrativos são editados, o que, por si só, demonstra a importância da teoria da tripartição dos poderes e da consolidação do Estado de Direito, pós Revolução Francesa, para a compreensão do instituto.

Martins<sup>3</sup> ao adotar conceito muito aberto do que seja *ato administrativo* – todo ato jurídico emitido pela Administração, incluindo-se atos regidos pelo direito privado – afirma que “sob o aspecto formal, administrar é editar atos administrativos”. Daí a indissociabilidade entre ambos os termos para o citado jurista, que compreende a função administrativa como sendo o “dever de concretização dos princípios constitucionais” e o ato administrativo como a conceituação genérica de veículos introdutores de normas jurídicas administrativas.

---

<sup>2</sup> Surgida após a revolução francesa, “a primeira explicação científica de ato administrativo se encontra no Repertório Guizot-Merlin, na sua 4ª edição, de 1812, onde se define como ‘ordenança ou decisão de autoridade administrativa que tenha relação com a sua função’”, conforme exposição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 461). Também interessante destacar que a origem e o desenvolvimento desse assunto ocorreram nos países filiados ao sistema europeu continental, a exemplo da França, Itália e Alemanha, em que há nítida distinção entre o regime de direito comum e o regime jurídico-administrativo. (DI PIETRO, 2013, p. 201).

<sup>3</sup> Tal posicionamento é isolado na doutrina, conforme afirmado pelo próprio autor. Agustín Gordillo parte da ideia objetiva da função administrativa, não restrita à concepção formal ou orgânica, para definir o que seja ato administrativo, embora deixe expresso que o ato administrativo é uma *espécie* de atos realizados em exercício da função administrativa. (MARTINS, 2008, p. 76 e p.107-114). No entanto, do mesmo modo que Martins, Gordillo não distingue os atos de direito privado dos atos administrativos, pois, segundo o autor, aquele também é regido pelo Direito Administrativo, já que o direito privado não se aplica a todos os seus elementos. Segundo o jurista argentino, não incluir os atos de direito privado dentro da categoria dos atos administrativos é o mesmo que afirmar a existência da teoria da dupla personalidade do Estado. (GORDILLO, 2013, p. I-11 e II-30).

A função administrativa é qualificada por Miguel Seabra Fagundes como “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais”.<sup>4</sup> É com fundamento nessa definição que o autor conceitua os atos administrativos, no sentido material, como sendo “aqueles pelos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação”.<sup>5</sup>

Outra faceta do que seja ato administrativo é o que foi destacado por Cintra,<sup>6</sup> nos seguintes moldes: “delineia-se, pois, o ato administrativo, como o ato jurídico praticado por agente público, em matéria administrativa, no exercício de sua potestade pública”,<sup>7</sup> sendo o que o diferencia, segundo o autor, dos atos jurídicos de gestão privada. No Direito Administrativo contemporâneo, prefere-se a referência ao regime jurídico-administrativo à “potestade pública”, considerando que o Estado possui, além de prerrogativas, restrições.

Com efeito, o ato administrativo deve ser compreendido levando-se em conta o exercício da função administrativa, sujeita a um regime jurídico específico – de Direito Administrativo – voltado à produção de efeitos jurídicos concretos, tendo em vista sempre o interesse da coletividade e observando os ditames legais e constitucionais aplicáveis à espécie.

Não é novidade que o conceito de ato administrativo não é unívoco, certamente em razão da omissão do direito positivo brasileiro em torno de sua definição. Considerando que não há conceito *verdadeiro* ou *falso*,<sup>8</sup> dentro do que seja minimamente aceitável pelo Direito, opta-se neste trabalho por apresentar diretrizes que possam ser úteis às proposições que serão suscitadas em torno da presente pesquisa.

Nesses termos, é válido considerar que, ao contrário da posição isolada adotada por Ricardo Marcondes Martins então exposta (conceito amplíssimo), a doutrina majoritária não inclui na categorização de *atos administrativos* os atos de direito privado praticados pelo Poder Público, por se submeterem a um regime jurídico misto, tampouco os atos materiais

---

<sup>4</sup> FAGUNDES, 1984, p. 6.

<sup>5</sup> FAGUNDES, 1984, p. 21.

<sup>6</sup> CINTRA, 1979, p. 58.

<sup>7</sup> O autor utiliza o conceito de potestade pública (*puissance publique*) de Jean Rivero (1975, p. 11): “conjunto de prerrogativas de que é detentora a Administração para efetivar o interesse geral”. Ao fazer a distinção entre os atos administrativos (exercidos no manto da potestade pública) e os demais, o autor retoma a antiga distinção entre ‘atos de império’ e os chamados ‘atos de gestão’. (CINTRA, 1979, p. 34).

<sup>8</sup> Entre outros, Agustín Gordillo (2013, p. I-1), Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 384) e Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 29) afirmam a impossibilidade de caracterizar dado conceito como *verdadeiro* ou *falso*, sendo mais apropriado falar em *utilidade* ou não de certa definição. No que diz respeito a isso, é preciso delimitar o campo de aplicação dessa assertiva. Isso porque, fora do que seja minimamente aceitável pelo Direito, é inequívoca a possibilidade de avaliar certo conceito como falso ou verdadeiro. Assim, o critério de *utilidade* se aplica desde que a definição se apresente plausível perante o Direito.

(fatos administrativos) e os atos políticos, proveniente do exercício da função política.<sup>9</sup> Daí a notória distinção entre *atos administrativos* e *atos da Administração*, incluindo-se nesta classe não apenas aqueles, mas todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública.

Há, ainda, autores<sup>10</sup> que tornam o conceito de *ato administrativo* mais restrito, ao também excluirmos do rol os atos normativos (efeitos gerais e abstratos), os atos bilaterais e os atos de conhecimento ou opinião, por serem desprovidos de manifestação de vontade.

Adota-se no presente trabalho essa sistematização menos ampla, em que situações jurídicas individuais, e não abstratas ou genéricas, é que são estabelecidas por meio de atos administrativos. Exatamente por entender que a classificação deve tentar agrupar elementos que possuam características semelhantes, é que se entende útil a presente pesquisa a concepção mais restrita adotada pela doutrina do que seja ato administrativo. E parece ser essa a tendência da doutrina, inclusive estrangeira. É o que se constata ao verificar que Zanobini, Forti e Stassinopoulos<sup>11</sup> referem-se aos atos administrativos como aqueles cujos efeitos sejam concretos (imediatos). No mesmo sentido, o Direito Administrativo português, segundo Pereira,<sup>12</sup> compreende o regulamento e o ato administrativo concreto de modo distinto, o que justificaria o enquadramento conceitual separado dos dois institutos.

Também não é outro o posicionamento adotado por Dromi,<sup>13</sup> o qual afirma claramente que a concretude é característica fundamental do ato administrativo, pois que deve produzir efeitos jurídicos subjetivos (de alcance individual), em distinção dos regulamentos, cujos efeitos são gerais. No mesmo sentido, Cintra do Amaral<sup>14</sup> exclui do conceito de atos administrativos os chamados atos normativos, pelos mesmos fundamentos expostos.

Diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro e de outros estrangeiros, o conceito de ato administrativo encontra-se positivado pelo direito alemão, nos seguintes termos: “*acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)*”

<sup>9</sup> MELLO, C., (2013, p. 387-388). García de Enterría e Fernández, em um primeiro momento, expõem um conceito amplo, sendo o ato administrativo todo ato jurídico ditado pela Administração e submetido ao Direito Administrativo. Ocorre que, considerando a doutrina e a legislação vigente, concluem pela adoção de um conceito mais estrito, qual seja: “declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela Administração em exercício de uma potestade administrativa distinta da potestade regulamentar”. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDÉZ, 1991, p. 466-468).

<sup>10</sup> Exemplo: Di Pietro (2013, p. 200). Zancaner também frisa a adoção de um conceito estrito, com ênfase na unilateralidade e concreção, embora não exclua as declarações de conhecimento ou de certificação. (ZANCANER, 1993, p. 25-26).

<sup>11</sup> ZANOBINI, 1958, p. 244; FORTI, 1950, p. 54-57; STASSINOPOULUS, 1954, p. 37 e ss..

<sup>12</sup> PEREIRA, 1962. p. 81.

<sup>13</sup> DROMI, 1985, pp. 26-27.

<sup>14</sup> AMARAL, 2008, p. 43.

(parágrafo 35 de la VwVfG).<sup>15</sup> É possível perceber que a conceituação não abrange os atos de efeitos abstratos e gerais produzidos pela Administração Pública. Ademais, interessante pontuar que tal definição legal, em que se destacam os efeitos imediatos do ato administrativo, reflete o posicionamento tradicional alemão, evidenciado a partir de Otto Mayer, em que se constrói a figura do ato administrativo considerando suas semelhanças com as decisões judiciais.<sup>16</sup>

É exatamente em razão dessas similitudes, de que o ato administrativo parte da abstração para a concretude, que muitos autores brasileiros<sup>17</sup> já têm sustentado que o ato administrativo deve ser compreendido como ato produtor de norma jurídica concreta, tal como são as sentenças judiciais, embora com elas não se confunda. Segundo Cintra do Amaral, “ao produzir decisões judiciais e atos administrativos, o juiz e o agente administrativo, respectivamente, aplicam a lei.”<sup>18</sup> Tais atos de aplicação do Direito são também atos de criação, nos limites legais. Isso porque não é mais prudente compreender a atuação do administrador como uma atividade mecanicista, ignorando a atuação interpretativa do agente. Nesse sentido é que a doutrina, em sua maioria, critica afirmações de caráter estritamente legalista, tal como a de que o juiz é a “boca que pronuncia as palavras da lei.”<sup>19</sup>

Dessa forma, o que tem se buscado entender é exatamente isto: “aplicar e criar o direito são instâncias que revelam a dúplici natureza do ato de decidir: é reconstrução da norma abstrata e construção da norma concreta. Assim, o ato administrativo reconstrói, no corpo de sua motivação, a norma abstrata e constrói, ineditamente, a norma concreta”.<sup>20</sup>

Diante dessas ponderações, não se pode deixar de assinalar a necessária distinção, nem sempre feita pela doutrina, entre o processo de decisão do ato administrativo e o seu

<sup>15</sup> “[...] ato administrativo é toda disposição, decisão ou outra medida de autoridade adotada por um órgão administrativo e destinada à regulação de um caso particular no âmbito do Direito público, com efeitos imediatos no seu exterior (frente a terceiros)”. (SIERRA, 2012, p. 34-35. Tradução nossa).

<sup>16</sup> SIERRA, 2012, p. 35. Também nesse sentido Pereira (1962, p. 79), destaca que “na Alemanha perdura a solução de Otto Mayer – e assim supomos ser dominante a restrição do *Verwaltungsakt* aos actos concretos, conforme indica Forsthoff”. Por fim, uma das razões centrais para argumentar semelhanças existentes entre a sentença judicial e o ato administrativo – equiparação esta que é marca do pensamento kelseniano – trata-se do “fenômeno de criação da norma individual a partir das várias possibilidades abertas pela norma superior”. (PEREIRA, 1962, p. 252).

<sup>17</sup> Entre os que deixam expressa a ideia de que o ato administrativo, em sentido estrito, é uma norma jurídica de efeito concreto, citamos Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 30) e Weida Zancaner (1993, p. 25-26).

<sup>18</sup> AMARAL, 2008, p. 23.

<sup>19</sup> Segundo Amaral (2008, p. 24-26), expressões como “os juízes são escravos da lei e não seus árbitros” (Luís Prieto Sanchís, citando Voltaire) ou o “juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu), provenientes da teoria da tripartição dos poderes, são expressões ingênuas. Segundo o autor, a expressão de que “administrar é aplicar a lei de ofício”. (FAGUNDES, 1984, p. 3) tem por intuito distinguir a função administrativa (que age de ofício) da jurisdicional (que age por provocação das partes) e não de sustentar que o administrador cumpre automaticamente a lei, sem qualquer ato interpretativo.

<sup>20</sup> LUZES, 2015, p. 12.

respectivo produto.<sup>21</sup> Assim, tem-se ato administrativo como processo decisório (veículo introdutor da norma jurídica administrativa) e como o seu próprio resultado, que é a norma jurídica prolatada, de caráter prescritivo, hábil a concretizar a abstração prevista em uma norma legal em um determinado caso específico.

Além das diretrizes já destacadas, chama atenção o fato de que o ato administrativo é ainda compreendido, por muitos, como uma espécie de ato jurídico, em razão de se tratar de uma “manifestação de vontade”<sup>22</sup> da Administração Pública. Bandeira de Mello,<sup>23</sup> segundo conclusão advinda de Martins,<sup>24</sup> ao definir ato jurídico no campo do direito público como “declarações”, “enunciados”, “falas prescritivas”, iguala ambos os conceitos, tornando ato jurídico sinônimo de norma jurídica (dicção prescritiva de direitos).

Para Martins,<sup>25</sup> que destaca ao longo de toda a sua obra a importância do rigor terminológico e da distinção entre veículo introdutor e norma por ele introduzida, o termo “ato jurídico” designaria o primeiro, enquanto a expressão “norma jurídica administrativa” seria a denominação correta do produto ou resultado do ato administrativo. Em que pese o autor adote conceituação “amplíssima” acerca do que seja ato administrativo, como oportunamente já exposto, verifica-se a possibilidade de utilizar a distinção realizada também no conceito restrito de ato administrativo, ora adotado.

Relevante salientar que o ato jurídico é uma categoria própria da teoria geral do direito, não sendo peculiar ao direito privado,<sup>26</sup> tampouco ao direito público. No entanto, sabe-se que muitos conceitos pertinentes à teoria geral advêm de sistematizações próprias do direito privado, em razão da acentuada precedência histórica do Direito Civil.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Entre os que separam o ato administrativo enquanto processo e enquanto norma citamos os seguintes autores: Martins (2008, p. 107); Luzes (2015, p. 16 e 63).

<sup>22</sup> Há vários autores que, ao invés desta expressão, utilizam a locução “declaração de vontade”, que, vale apontar, é criticada por Justen Filho. Segundo o autor, o ato administrativo não é uma declaração, no sentido de simplesmente indicar uma alteração no universo dos fatos, mas sim uma manifestação, considerando que exterioriza a vontade do sujeito. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 383). Edmir Netto de Araújo por sua vez, entende mais apropriada a expressão “declaração de vontade”. Não se leva em conta neste trabalho tal distinção minuciosa entre manifestação e declaração, tomando ambos os termos como uma exteriorização da vontade funcional (normativa) do agente público. (ARAÚJO, E., 1997, p. 164).

<sup>23</sup> MELLO, C., 2013, p. 378.

<sup>24</sup> MARTINS, 2008, p. 60.

<sup>25</sup> MARTINS, 2008, p. 63.

<sup>26</sup> ARAÚJO, 1997, p. 173.

<sup>27</sup> O Direito Civil iniciou-se no Direito Romano, tendo como marco histórico a edição da Codificação de Justiniano, iniciada em 528 d.C. e terminada em 565 d. C. (ROLIN, 2003, p. 91 *apud* MARTINS, 2008, p. 58). Ao contrário, o Direito Administrativo data de fins do século XIX, decorrente do famoso “caso Blanco”. É fruto da jurisprudência do Conselho de Estado francês, tendo sido concebido após o período do Estado Absolutista que, em razão das ideias advindas da Revolução Francesa, em que o Estado passa a se submeter ao Direito. (MELLO, C., 2013, p. 38 e ss).

Assim, toma-se *fato jurídico* como gênero, sendo qualquer evento ou conduta humana sobre o qual há imputação de consequências jurídicas. Biparte-se o conceito, tomando-se como base a vontade, em *fato jurídico voluntário* e *fato jurídico involuntário*. O *fato jurídico voluntário*, por sua vez, divide-se em *atos jurídicos em sentido amplo* e *atos ilícitos*. Os primeiros são segmentados em *negócios jurídicos* e *atos jurídicos em sentido estrito*. A categoria “ato administrativo”, ao lado de outras classificações de atos da Administração, seria espécie de ato jurídico *stricto sensu*,<sup>28</sup> em razão do princípio da legalidade, que orienta a produção de seus efeitos, e da ausência da “autonomia da vontade”.

Em que pese a utilidade dessa classificação, não é despidendo apontar que, em razão das peculiaridades do direito público, tais concepções privatistas devem ser compreendidas com ponderação. Isso porque o elemento “vontade”, essencial para as classificações realizadas, é compreendido de modo distinto nos dois ramos jurídicos. Nas palavras de Nohara,<sup>29</sup> “enquanto no direito privado é identificada uma progressiva inclinação em reconhecer à vontade livre o papel de fonte criadora do Direito, no desenvolvimento do direito público desdobrou-se tendência oposta”. Tudo isso em razão, certamente, do Estado Democrático de Direito, em que a atuação da Administração Pública deve ser sempre respaldada pelo princípio da legalidade. Ademais, no Direito Administrativo, restam evidentes os chamados “atributos”<sup>30</sup> do ato administrativo, que devem ser considerados quando da sua compreensão e que reforçam a diferenciação frente aos atos regidos pelo direito privado.

Por todos os apontamentos realizados, considerando as diversas contribuições trazidas pelos diferentes administrativistas, é útil destacar as seguintes características do ato administrativo: trata-se de espécie de ato jurídico, por meio do qual é produzida norma jurídica administrativa (enunciados prescritivos); trata-se de declaração de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes; de ato submetido a regime jurídico de Direito Administrativo; de manifestação expedida em nível infralegal; de ato produtor de efeito jurídico concreto (imediato) e, ainda, de ato sujeito a controle de legalidade.

Assim, pelas características apontadas, resta clara a adoção no presente trabalho da concepção mais restrita do termo, em que não apenas os atos de direito privado são

---

<sup>28</sup> A esse respeito, a título de exemplo: ARAÚJO, E. (1997, p. 173); MEIRELLES (2014, p. 167); CRETELLA JÚNIOR (1998, p. 207); MEDAUAR (2014, p. 155).

<sup>29</sup> NOHARA (2004, p. 27). Nesse mesmo sentido, Forsthoff evidencia a distinção de tratamento do elemento volitivo nos ramos do direito público e privado ao afirmar que “se se quer descobrir no acto administrativo um momento voluntário, este não tem nada de comum com a vontade no negócio do Direito Civil”. (FORSTHOFF, 1958, p. 291 *apud* PEREIRA, 1962, p. 104).

<sup>30</sup> Entre os atributos elencados pela doutrina, que são verdadeiras prerrogativas públicas, destacamos o poder extroverso (imperatividade), a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade ou de veracidade. Nem todos estão presentes em qualquer ato administrativo.

excluídos da categorização como, também, os atos políticos, materiais, bilaterais, opinativos, normativos e declaratórios.<sup>31</sup> Em que pese tal opção, em razão de sua utilidade para o presente trabalho acadêmico, pode-se verificar que há várias sistematizações em torno da conceituação de ato administrativo, certamente em virtude da ausência de posituação legal acerca do instituto, sendo inapropriado rotular um ou outro como o mais correto ou errôneo.

Por fim, além das diretrizes conceituais expostas, buscando entender melhor o contexto em que se enquadra tal objeto de estudo, não se pode deixar de demonstrar que a noção de ato administrativo está alocada dentro da função administrativa, configurada já no Estado de Direito, sendo matéria relativamente recente na Ciência do Direito.

## 2.2 Decomposição do ato administrativo

A maioria dos administrativistas no Brasil utiliza o termo “elementos” para decompor o ato administrativo, como se correspondesse à dissecação do próprio instituto. No entanto, essa não é uma terminologia pacífica na classificação do ato administrativo, havendo divergências tanto na nomenclatura como no número de aspectos indicados pelos autores.<sup>32</sup>

O posicionamento clássico de Hely Lopes Meirelles é no sentido de que a estrutura do ato administrativo pode ser decomposta da seguinte forma: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.<sup>33</sup> Tal orientação se conforma com o art. 2º da Lei nº 4.717/1965 (Lei de ação popular), em que se encontram indicados tais requisitos, acerca dos quais é possível que haja incidência de vício, ensejando, por conseguinte, a nulidade do ato administrativo.

Já a classificação básica e corriqueiramente utilizada nos manuais de Direito Administrativo, a exemplo do exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a de que os elementos do ato administrativo são: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.<sup>34</sup> Segundo a

---

<sup>31</sup> A exclusão dessas categorias leva em conta, também, a noção de norma jurídica concreta, em que há um conteúdo prescritivo de direitos (dever ser). No que diz respeito à exclusão dos atos declaratórios, destacamos que Zancaner (1993, p. 26), ao contrário, os inclui dentro da concepção restrita de atos administrativos. Preferimos a adoção de norma jurídica nos limites traçados por Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 32), segundo o qual “as normas jurídicas podem ter por conteúdo uma prescrição (ação ou omissão), uma permissão (positiva) ou uma adjudicação de competência (autorização)”, não arrolando entre estes a declaração de conhecimento ou de certificação.

<sup>32</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013), além de explicitar tal divergência, cita o autor Umberto Fragola, que, ao indicar os elementos componentes do ato administrativo, faz analogia às ciências médicas, discorrendo sobre a “anatomia do ato administrativo”. Segundo Di Pietro, o jurista italiano, por meio de tal enquadramento, pretendia avaliar a chamada “patologia dos atos administrativos”. (DI PIETRO, 2013, p. 211).

<sup>33</sup> MEIRELLES, 2014, p. 169.

<sup>34</sup> DI PIETRO, 2013, p. 212.

autora, é preferível o uso do termo “sujeito” ao vocábulo “competência”, sob o fundamento de ser esta apenas um dos atributos do agente produtor do ato, ao lado da capacidade genérica.<sup>35</sup>

A ausência de consenso é ainda mais evidente quando se leva em consideração a etimologia da palavra “elemento” (parte componente de um todo). Assim, para certos autores seria apropriado enquadrar como parte integrante do ato administrativo apenas o conteúdo e a forma. Nesse sentido é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>36</sup> seguido, por exemplo, por Florivaldo Dutra de Araújo,<sup>37</sup> Ricardo Marcondes Martins<sup>38</sup> e Eduardo Stevanato Pereira de Souza.<sup>39</sup> Em linhas gerais, o conteúdo seria a própria manifestação de vontade – sua essência – e a forma seria o modo pelo qual esse conteúdo se exteriorizaria. Perceba-se que há menção ao “conteúdo” como elemento do ato, e não ao “objeto”.

Quanto a tais vocábulos, não se pode deixar de apontar a nítida dissensão doutrinária.<sup>40</sup> Segundo Florivaldo Dutra de Araújo,<sup>41</sup> “o conteúdo é mais comumente designado pelo termo objeto, embora, a rigor, não se confundam as duas figuras: o conteúdo dispõe sobre algo, que é o objeto do ato”. Ou, conforme declarado por Guido Zanobini,<sup>42</sup> o “conteúdo é aquilo *que* se decide e objeto é aquilo *sobre que* se decide”. Tal distinção torna-se ainda mais evidente quando se classifica de forma separada conteúdo e objeto: o primeiro como “elemento” do ato administrativo e o segundo como pressuposto de sua existência.

Interessante observar que, para aqueles que afirmam que os “elementos” do ato administrativo são apenas o conteúdo e a forma, os seus demais aspectos são por eles designados de “pressupostos do ato administrativo”, pois que “ontologicamente exteriores”<sup>43</sup> a exemplo do “sujeito”, “motivo” e “finalidade”. Ocorre que, mesmo entre tais pressupostos, há ainda variadas classificações, nada consensuais. Há quem os denomine de “pressupostos de formação do ato administrativo”<sup>44</sup>, sem apresentar pormenores, e há aqueles que os dividem entre os “pressupostos de existência” e os “pressupostos de validade”.<sup>45</sup>

---

<sup>35</sup> DI PIETRO, 2013, p. 211.

<sup>36</sup> MELLO, C., 2013, p. 396.

<sup>37</sup> O autor reconhece explicitamente a contribuição substancial de Celso Antônio Bandeira de Mello ao criticar a classificação tradicional do instituto. (ARAÚJO, F., 2005, p. 53-54).

<sup>38</sup> MARTINS, 2008, p. 125.

<sup>39</sup> SOUZA, 2012, p. 76.

<sup>40</sup> Segundo o português André Gonçalves Pereira, a terminologia referente ao objeto ou conteúdo é um tanto imprecisa. Segundo o autor, o termo “objeto” é utilizado pelo Prof. Marcelo Caetano, ao passo que na doutrina italiana é mais frequente o uso do vocábulo “conteúdo”, destacando ainda que há quem fale indiferentemente de ambos os termos. (PEREIRA, 1962, p. 99). Exemplo de compreensão idêntica entre o conteúdo e o objeto do ato administrativo é o de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. (MELLO, O., 2007, p. 507).

<sup>41</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 54.

<sup>42</sup> ZANOBINI (1944, p. 293, *apud* MELLO, C., 2013, p. 395).

<sup>43</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 54.

<sup>44</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 54.

<sup>45</sup> MELLO, C., 2013, p. 396.



Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>46</sup>, por exemplo, os pressupostos de existência são o “objeto” e a “pertinência do ato ao exercício da função administrativa”. No que tange aos pressupostos de validade, o autor<sup>47</sup> destaca o sujeito (pressuposto subjetivo), o motivo (pressuposto objetivo), os requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), a finalidade (pressuposto teleológico), a causa (pressuposto lógico) e a formalização (pressuposto formalístico). Martins<sup>48</sup>, sem desconsiderar essa sistematização, ressalva que tais quesitos devem ser compreendidos como “pressupostos de regularidade” e não “pressupostos de validade”, sob o argumento de que nem todo ato viciado é inválido.<sup>49</sup>

Não se pode deixar de mencionar também a diferença terminológica e classificatória do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>50</sup>, na qual se destaca o termo “causa” e não elemento. Embasando-se na filosofia aristotélico-tomista, os elementos que constituem o ato administrativo são apontados como suas causas, pormenorizadas pelo autor da seguinte forma: causa agente ou eficiente principal; causa agente ou eficiente instrumental (fórmula ou forma exterior do ato); causa material (bem jurídico); causa formal (essencial e accidental); causa formal acessória; causa final (subjetiva e objetiva); causa ocasional (motivo) e a causa exemplar (modelo).

Ainda, para os que aprofundam a conceituação de ato administrativo como norma jurídica concreta, deixando evidente o caráter interpretativo na atuação do administrador público, que aplica e cria o direito, a perspectiva central que passa a interessar na análise da decomposição do ato administrativo é a decisão jurídica e os fundamentos nela sustentados, sendo válido destacar o seguinte:

Por conseguinte, *os elementos do ato administrativo podem ser encarados como pontos de partida argumentativos para a tomada de decisões. São os topoi da argumentação jurídica para o controle da legalidade dos atos administrativos. Como afirma Castro Jr. (...) acerca dos sistemas conceituais classificatórios, os elementos “(...) têm o papel de metáforas que dão ambiente retórico e aparência de ‘objetividade’ para o discurso jurídico (...)”.* Para além dessa crítica, pode-se dizer

<sup>46</sup> MELLO, C., (2013, p. 399-400). Também se filia a tal posicionamento Eduardo Stevanato Pereira de Souza. (2012, p. 74).

<sup>47</sup> MELLO, C., 2013, pp. 400-415.

<sup>48</sup> MARTINS (2008, p. 148). Ainda, a título de nota, destacamos que Martins, em sua obra (2008, p. 207), ao lado dos pressupostos arrolados por Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescenta outro requisito, que denomina de *contentorização*. Relacionado à regularidade do conteúdo do ato, o autor o classifica como “pressuposto material”. Segundo o jurista, a contentorização está para o conteúdo do mesmo modo que a formalização (pressuposto formalístico) está para a forma. Nesses termos, a contentorização não seria o conteúdo (elemento do ato), mas sim o ajustamento deste às exigências previstas no ordenamento jurídico.

<sup>49</sup> O jurista faz essa assertiva sob o fundamento de que há atos que são válidos – que não exigem o dever de reparação por parte do Poder Público – ainda que eventualmente estejam viciados. Segundo Martins, nem todo vício torna um ato inválido. (MARTINS, 2008, p. 144). Sem nos atermos a esse pormenor, preferimos destacar a distinção entre invalidez e invalidação. Nem todo ato viciado enseja invalidação.

<sup>50</sup> MELLO, O., 2007, p. 493.

que a *classificação é apenas técnica para a decidibilidade sobre casos práticos*, e não a revelação de uma estrutura intrínseca de algo que existe em si.<sup>51</sup> (grifos nossos).

Para Luzes<sup>52</sup>, os elementos do ato administrativo são “composições linguísticas”, “jogos de sentidos”, em que a forma e a competência seriam aspectos de controle de validade da norma introdutora, o motivo e o objeto comporiam a estrutura sintática da norma introduzida pelo ato administrativo, e a finalidade, componente semântico de argumentação jurídica por exclusividade, serviria de diretriz para o sentido dos demais aspectos do ato.

Quanto à doutrina estrangeira, também é evidente a divergência na conceituação e catalogação dos elementos e/ou requisitos do ato administrativo. Exemplo disso é a posição de Pereira<sup>53</sup>, para quem os elementos essenciais do ato administrativo são a competência, forma, causa e objecto, esclarecendo que há quem inclua a ‘vontade’ e/ou o ‘fim’ entre eles. Já para Dromi<sup>54</sup>, os elementos essenciais do ato administrativo são a competência, o objeto, a vontade e a forma, dos quais, segundo o autor, depende a existência do ato administrativo.

Enfim, feitas tais considerações, o que se constata é que, tal como no tópico precedente, aqui também não há qualquer consenso no que tange à estruturação do ato administrativo, havendo diferentes categorizações apontadas pela doutrina. Tais divergências foram percebidas pelo administrativista argentino José Roberto Dromi<sup>55</sup> nos seguintes termos:

[...] los tratadistas no están de acuerdo acerca de cuáles son dichos elementos, ni tampoco sobre su contenido o significado. Del mismo modo, no siempre un mismo elemento es denominado de igual manera: es lo que ocurre, por ejemplo, con la causa, que algunos denominan motivo; o con el objeto, que para un sector de la doctrina equivale a contenido; o con el sujeto, también denominado competencia.<sup>56</sup>

Portanto, o que se verifica é que algumas variações classificatórias são substanciais e que outras, por sua vez, apenas refletem ideias similares, como é o caso, por exemplo, dos termos “competência” e “sujeito”. O que se pode perceber ainda é que, entre os diferentes modos de sistematização, cinco *aspectos*<sup>57</sup> são quase sempre realçados ao avaliar a “anatomia” do ato administrativo, fundamentais ao estudo de sua “patologia”, sendo estes:

<sup>51</sup> CASTRO JÚNIOR (2010, *apud* LUZES, 2015, p. 21).

<sup>52</sup> LUZES, 2015, p. 21-23.

<sup>53</sup> PEREIRA, 1962, p. 97.

<sup>54</sup> DROMI, 1985, p. 34.

<sup>55</sup> DROMI (1973, p. 197 *apud* MELLO, C., 2013, p. 395).

<sup>56</sup> “[...] os autores não estão de acordo sobre quais são estes elementos, tampouco sobre seu conteúdo ou significado. Do mesmo modo, nem sempre um mesmo elemento tem a mesma denominação: é o que ocorre, por exemplo, com a causa, que alguns denominam motivo; ou com o objeto, que para parte da doutrina é o mesmo que conteúdo; ou com o sujeito, também denominado competência”. (Tradução nossa).

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 399-400.

sujeito, conteúdo, forma, motivo e finalidade, diante dos quais parece acertado o posicionamento de que apenas o conteúdo e a forma são elementos (partes integrantes) do ato administrativo. Também, oportuno levar em conta a visão pragmática sustentada pelos juristas que enfatizam o caráter decisório do ato administrativo, destacando os chamados “elementos” como um ponto de argumentação para a tomada de decisões administrativas.

Finalmente, entre as classificações expostas anteriormente, destaca-se pela sua completude a de Celso Antônio Bandeira de Mello, pela previsão, entre os pressupostos de validade do ato administrativo, não apenas dos requisitos procedimentais, mas também dos pressupostos formalísticos (formalização), dentro dos quais se enquadra a motivação, o que será oportunamente aprofundado quando de sua avaliação face ao motivo.

### **2.3 Existência, validade e eficácia**

Os planos de existência (ou perfeição segundo alguns autores), validade e eficácia são importantes para a compreensão de eventuais vícios do ato administrativo e, por essa razão, estão diretamente relacionados à sua respectiva decomposição. Não se restringem ao ato administrativo, já que são utilizados no exame de qualquer ato jurídico.<sup>58</sup>

Se o ato administrativo existe como entidade jurídica, ou seja, se os seus elementos (partes componentes) podem ser identificados, é possível afirmar que o ciclo de formação completou-se, logo, que o ato existe ou é perfeito.

Sendo existente o ato administrativo, deve-se investigar se o plano de validade foi atendido, ou seja, se os requisitos para a sua emissão acham-se em conformidade com o Direito, isentos de vícios. Em sequência, não basta que o ato administrativo exista e seja válido, é necessário que esteja apto a surtir seus efeitos jurídicos, o que caracteriza o plano da eficácia.

Retomando a síntese feita por Regis Fernandes de Oliveira: “a perfeição ocorre quando o ato contém todos os elementos essenciais; validade, quando, além de perfeito, os elementos estão conforme a lei; e eficácia quando da eclosão dos efeitos”.<sup>59</sup>

Em que pese o desejável seja a eficácia ocorrer após a existência e a validade do ato, nem sempre é o que se verifica no plano concreto. Isso porque há atos viciados que produzem efeitos, podendo a invalidade ser constatada até mesmo após o esgotamento destes.

---

<sup>58</sup> CINTRA, 1979, p. 71.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 63.

Nesses termos é que García de Enterría e Fernández<sup>60</sup> afirmam que, com exceção dos atos inexistentes, todos os demais podem ser materialmente eficazes, ainda que configurada alguma nulidade. Isso considerando o plano fático e os próprios atributos da Administração Pública, entre os quais, a presunção de veracidade e de legalidade dos atos por ela emanados.

## 2.4 Discricionariedade e vinculação

O estudo sobre a discricionariedade e vinculação no ato administrativo está longe de ser um tema pacífico. O objetivo deste trabalho não é aprofundar o assunto, mas traçar algumas características centrais, situando o leitor nas premissas que serão adotadas, fundamentais para a boa compreensão do que adiante será tratado. Tanto a percepção em torno do motivo quanto da adoção e dos efeitos da teoria dos motivos determinantes pressupõe entendimento claro sobre os aspectos discricionários e vinculados do ato.

Discorrendo brevemente acerca desta problemática, vale citar a síntese feita por Gianini<sup>61</sup>, há mais de meio século, a respeito das concepções quanto à discricionariedade, ainda objeto de estudo nos dias atuais. Os três grandes grupos ressaltados pelo autor são: 1) discricionariedade como *liberdade* de escolha do administrador entre vários *comportamentos possíveis*; 2) discricionariedade como *operação intelectual* do agente em decorrência de conceitos *imprecisos* (indeterminados); 3) discricionariedade em razão da necessidade de *preencher o vazio da norma jurídica* – “remissão do agente para normas extra-jurídicas, que podem ser técnicas, científicas, ou ainda normas de boa administração”.

Pereira argumenta que a “existência de várias soluções válidas é a característica essencial da discricionariedade”<sup>62</sup> e, nesses termos, suscita críticas às duas últimas categorias. O autor destaca a ausência de liberdade do administrador diante da interpretação da norma<sup>63</sup> e aponta que a remissão do agente para normas extrajurídicas (técnicas, científicas etc.) é realidade diversa do que se entende efetivamente como discricionariedade. Segundo o autor, tanto a operação intelectual como a busca para o preenchimento do vazio da norma, levados a cabo pelo administrador, resultam na adoção de apenas *uma* solução jurídica válida, o que não

---

<sup>60</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 502.

<sup>61</sup> GIANNINI (1950, p. 94-97 *apud* PEREIRA, 1962, p. 216).

<sup>62</sup> O autor é claro ao afirmar que as duas últimas categorias “não abrangem a totalidade das características jurídicas do poder discricionário”. (PEREIRA, 1962, p. 217; 220).

<sup>63</sup> Segundo André Gonçalves Pereira “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”. Outro argumento interessante utilizado pelo autor (1962, p. 218) é o de que a interpretação e a aplicação da norma são objetos de análise do Poder Judiciário, o que demonstra claramente não se tratar de aspecto discricionário. Se assim o fosse, por certo, a operação intelectual de interpretação do direito não poderia ser apreciada pelos tribunais. (PEREIRA, 1962, p. 217-218).

se coaduna com o conceito de discricionariedade por ele exposto, nos seguintes termos: “[...] há discricionariedade quando a norma jurídica previamente confere valor jurídico a qualquer actuação do agente, dentre uma série ilimitada, quer limitada, de actuações possíveis, desde que a intenção do agente seja a prossecução do fim legal.”<sup>64</sup>

O jurista ressalta que a escolha entre o rol de opções juridicamente válidas é feita por meio da *vontade psicológica* do administrador, ressaltando-a como característica essencial da discricionariedade, em contraposição ao que ocorre na vinculação.<sup>65</sup> Frisa, ainda, conforme exposto na definição de discricionariedade, que a série de soluções igualmente válidas perante o Direito pode ou não ser limitada, em sentido oposto, segundo o autor, ao que defende o Professor Afonso Queiró, para quem há restrição de opções a uma “série limitada.”<sup>66</sup>

Pereira<sup>67</sup> é claro, também, no sentido de que a ausência de regulamentação legal não enseja a discricionariedade, ao contrário do sustentado por parte da doutrina francesa, a exemplo de Eisenmann.<sup>68</sup> Ainda, o jurista português aponta a importância de delimitar no ato administrativo discricionário os aspectos vinculados e discricionários. Em suas palavras, “se pode em teoria haver um acto totalmente vinculado, não pode nunca haver um acto totalmente discricionário – porque ao menos será vinculado quanto à competência e quanto ao fim.”<sup>69</sup> Atualmente, na doutrina pátria majoritária, entende-se que, além desses aspectos, a forma, em regra<sup>70</sup>, também é quesito vinculado.

Em termos gerais, parece estar alinhado ao posicionamento de Pereira, no que concerne à discricionariedade, o entendimento de Eduardo García de Enterría e de Florivaldo Dutra de Araújo, em que, para ambos, há discricionariedade quando o administrador se depara com os chamados *indiferentes jurídicos* – número, determinado ou não, de opções igualmente

<sup>64</sup> PEREIRA, 1962, p. 221.

<sup>65</sup> Segundo o autor, a vontade normativa está presente em todo e qualquer ato administrativo – ainda que no ato vinculado – embora não a considere ‘elemento’, sob o argumento de que se trata de um efeito legal, uma consequência imputada pela lei. Contudo, para o jurista, a vontade como expressão psíquica do agente público se restringe aos atos discricionários. Cita como referência o Professor Marcelo Caetano. (PEREIRA, 1962, p. 103-105).

<sup>66</sup> Para Queiró, a discricionariedade é “a faculdade de escolha, concedida pelo legislador à administração, dentre uma *série limitada* de bens jurídicos adequados à satisfação de uma certa necessidade pública” (grifo nosso). (QUEIRÓ, 1948, p. 227 *apud* PEREIRA, 1962, p. 227).

<sup>67</sup> PEREIRA, 1962, p. 222.

<sup>68</sup> Segundo Charles Eisenmann, “a fonte da discricionariedade é a incompleta, a imperfeita determinação, a indeterminação da regulamentação jurídica”. E, ainda, “a discricionariedade corresponde à ausência de determinação, isto é, de regulamentação imperativa da acção”. (EISENMANN, 1958-59, p. 220 e 226 *apud* PEREIRA, 1962, p. 222).

<sup>69</sup> PEREIRA, 1962, p. 222.

<sup>70</sup> “Em regra” porque pode haver exceções arroladas pela própria legislação como é o caso, por exemplo, da hipótese prevista no art. 62 da Lei Federal nº 8.666/93, em que a lei faculta ao administrador, nos casos em que o instrumento contratual não for obrigatório, o uso de diferentes formas: carta contrato, nota de empenho, ordem de execução de serviço etc. Perceba que a série de opções é ilimitada, sendo o rol exemplificativo.

qualificadas pelo direito – mas não em casos de mera atividade interpretativa de conceitos vagos ou de aspectos técnicos. Nesse sentido, Araújo afirma:

[...] a vinculação caracterizará um aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da *melhor maneira possível*.

*Por oposição*, a discricionariedade caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número *determinado ou indeterminado* de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, *ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa*.<sup>71</sup> (grifo nosso).

Eduardo García de Enterría<sup>72</sup> é bem preciso ao sustentar a diferença entre a discricionariedade e o que os juristas de língua alemã denominam de conceitos jurídicos indeterminados (normas flexíveis), os quais, segundo o autor, não se apresentam como uma particularidade do direito público, tendo citado como um dos exemplos o conceito de boa-fé.

Nas palavras do jurista espanhol: “[...] o hay utilidad publica o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*.”<sup>73</sup> Em outros termos, em sua avaliação, não há meio termo ou espaço para mais de uma solução justa decorrente da aplicação do conceito jurídico indeterminado (boa fé, interesse público, ordem pública, urgência, etc.), o que significa dizer que tais conceitos elásticos não se conformam à característica central da discricionariedade, qual seja, “la pluralidade de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.”<sup>74</sup>

Diante dessas conclusões, torna-se possível afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados ou a interpretação técnica, face à ausência de *indiferentes jurídicos*, não estão isentas do controle judicial. Araújo bem sintetiza isso, deixando evidente a ausência de justificativa em enquadrá-los na discricionariedade e, por conseguinte, afastar o seu controle:

Não se põe em dúvida que um juiz pode, a propósito de um litígio entre particulares, examinar as provas e argumentos contidos nos autos e decidir se houve “boa fé”, “mau comportamento”, “honestidade” etc. Mas se expressões da mesma natureza surgem numa regra dirigida à conduta da Administração Pública, então, como que

<sup>71</sup> ARAÚJO, F., 2006, p. 116.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 171-172.

<sup>73</sup> “[...] ou há utilidade pública ou não há; ou há, em efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não há; ou o preço que se firma é justo ou não é, etc. *Non há uma terceira possibilidade*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 172, tradução nossa).

<sup>74</sup> “[...] a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 172, tradução nossa).

por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto.<sup>75</sup>

Ao aprofundar os estudos dos autores citados que vêm reformulando o conceito tradicional de discricionariedade, o curioso é perceber que o embasamento tomado não foi exatamente o mesmo, embora a conclusão o tenha sido. Pereira<sup>76</sup> sustenta a exclusão do elemento voluntário quando da exegese por parte do administrador, refutando, por conseguinte, os argumentos *kelsenianos* da Teoria Pura do Direito. É por esta razão que afirma inexistir vontade nos atos administrativos vinculados. Para o jurista português, a concepção interpretativa adotada é a estritamente exegética, que conduz necessariamente à determinação unívoca do sentido da lei no caso concreto. Essa parece ser também a base adotada por García de Enterría<sup>77</sup>, ao destacar a *univocidade* do resultado interpretativo.

Araújo, por sua vez, adota premissa baseada na Teoria Pura do Direito<sup>78</sup>, em que se considera não apenas o caráter intelectual da atividade interpretativa, mas também o aspecto volitivo do agente. Considerando a contribuição criativa do administrador enquanto intérprete da norma, o autor não defende a univocidade necessária decorrente da interpretação. Nesse sentido, afirma que “a interpretação não é apenas um ato de conhecimento de algo já contido na regra, pois esse trabalho cognoscitivo pode apontar vários possíveis conteúdos extraíveis da norma.”<sup>79</sup> Entretanto, o motivo pelo qual o autor não enquadra essa *plurivocidade* como ato discricionário decorre da “política jurídica” de Kelsen ou da “prudência” de Eros Grau ou, ainda, da adoção do princípio da boa administração.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> ARAÚJO, F., 2006, p. 113.

<sup>76</sup> PEREIRA, 1962, p. 248-259.

<sup>77</sup> O autor afirma, em vários momentos, que dos conceitos jurídicos indeterminados não se pode ter mais de um resultado, a título de exemplos citamos: “[...] hay pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”; “[...] Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discricionariedad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación”; “[...] justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley [...]”.

“[...] há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta”; “[...] Por isso o processo de constatação de um conceito jurídico indeterminado se cumpre ou não se cumpre, não pode ser nunca um processo volitivo de discricionariedade ou de liberdade, senão um processo de juízo ou estimação”; “[...] justamente por isto, o processo de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um processo reglado, podemos dizer, utilizando-se o par de conceitos reglado-discricionário, porque não admite mais que uma solução justa, é um processo de aplicação e interpretação da Lei [...]”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 172-173, tradução nossa).

<sup>78</sup> KELSEN, 1979, p. 469-470.

<sup>79</sup> ARAÚJO, F., 2006, p. 114-115.

<sup>80</sup> Segundo Araújo, a política jurídica de Kelsen é “a fixação, por um trabalho volitivo, de qual das possibilidades de entendimento da norma prevalecerá, por ser a mais adequada, segundo a visão do intérprete”. (ARAÚJO, F., 2006, p. 115).

Assim, baseando-se no princípio jurídico que impõe a necessidade de o agente público agir do *melhor* modo – e não em eventual *univocidade* do resultado interpretativo – é que Araújo sustenta que a mera interpretação de conceitos fluidos, vagos ou indeterminados, enseja vinculação e não discricionariedade. Ainda, com base nessa premissa, é que se conclui que o elemento volitivo aparece em todo e qualquer ato de interpretação e aplicação do direito<sup>81</sup>, ao contrário do posicionamento de Pereira então exposto.

Conclusão distinta da que até então foi exposta encontra-se evidenciada no posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, acompanhando nesse aspecto a doutrina tradicional, os conceitos jurídicos indeterminados ensejam atuação discricionária por parte do administrador. Assim, para o autor, o ato discricionário pode decorrer tanto da liberdade volitiva quanto da intelectual. Nesse sentido:

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

No que tange à discricionariedade decorrente da liberdade conferida legalmente ao administrador, diante dos chamados *indiferentes jurídicos*, não há dissenso. O ponto de controvérsia situa-se na chamada “liberdade intelectual”.

Verifica-se a plausibilidade da conclusão da concepção mais moderna de discricionariedade e vinculação do ato administrativo, adotando-se as premissas *kelsenianas*, então acolhidas por Araújo. O ponto distintivo que fundamenta a não adoção do conceito indeterminado como causa de discricionariedade é a busca, pelo agente, da *solução mais adequada* ou da “*melhor aplicabilidade possível para uma norma,*”<sup>83</sup> afastando a chamada “liberdade intelectual”.

Dessa forma, o que se entende por discricionariedade é a liberdade legalmente conferida ao administrador em razão de haver mais de uma opção igualmente válida perante o

<sup>81</sup> Esse entendimento resta explícito em sua obra *Motivação e Controle do Ato Administrativo*: “[...] *não obstante a vontade do administrador comparecer sempre, em qualquer ato de interpretação e aplicação do direito positivo* (em maior ou menor grau) [...]” (ARAÚJO, F., 2005, p. 64, grifo nosso). Ainda quanto ao elemento volitivo, interessante fazer o mesmo destaque de ARAÚJO, no sentido de que não se trata de um “*voluntarismo amorfo*” (criação livre de direito), mas de um “*voluntarismo estrutural*” (criação regulada), expressões de Juan Francisco Linares (1978, p. 20 *apud* ARAÚJO, F., 2005, p. 65).

<sup>82</sup> MELLO, C., 2013, p. 988-989.

<sup>83</sup> Expressão de Florivaldo de Araújo, ao caracterizar o que é a interpretação, para reforçar a compreensão de que não é a busca pelo (único) entendimento correto. (ARAÚJO, F., 2006, p. 116).



Direito (indiferentes jurídicos). Já a interpretação – quer seja técnica quer seja em decorrência da fluidez ou imprecisão de certos conceitos jurídicos – almeja a *melhor* aplicabilidade da norma, a partir de um trabalho cognoscitivo, volitivo e criativo do intérprete, o que determina seu enquadramento como ato administrativo vinculado e não discricionário.

Ademais, importante destacar que a averiguação da discricionariedade e da vinculação do ato administrativo parte dos seus respectivos aspectos, razão pela qual não há que se falar em ato totalmente discricionário, já que presentes requisitos necessariamente vinculados, a exemplo do sujeito, da finalidade<sup>84</sup> e, como regra, da forma. Daí a importância de verificar no ato administrativo discricionário o que de fato é vinculado e o que é discricionário, tal como salientado por Pereira<sup>85</sup>, nos moldes do destacado anteriormente.

Com efeito, a possibilidade de escolha por parte do administrador poderá ser evidenciada tanto no motivo como no conteúdo do ato, a depender da dicção da norma jurídica. Portanto, em razão da impossibilidade de todos os aspectos do ato administrativo se apresentarem como discricionários, ao contrário do que pode ocorrer com o ato administrativo vinculado, é que o chamado “ato administrativo discricionário” deve ser compreendido como “[...] uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção’”, retomando as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>86</sup>

Por fim, quanto a presente temática, deve-se ter por certo que a ideia da discricionariedade – verdadeiro cavalo de Troia segundo Hans Huber<sup>87</sup> – tem evoluído muito, sendo crescente o entendimento de que a discricção do administrador restringe-se à liberdade legalmente conferida pelo ordenamento jurídico, diante de opções igualmente validadas pelo Direito, aumentando, por conseguinte, o controle judicial sobre os atos administrativos.

---

<sup>84</sup> No que diz respeito ao requisito teleológico do ato como aspecto vinculado, é digno de nota o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.435), para quem pode haver certa discricionariedade quanto à finalidade, ao contrário do posicionamento nitidamente majoritário da doutrina e da jurisprudência. Segundo o autor, é indiscutível que a finalidade seja sempre o interesse público, mas a apreciação do que seja este interesse público demanda apreciação subjetiva por parte do administrador público. Essa ponderação tem a ver com a concepção adotada de discricionariedade decorrente da interpretação de conceitos imprecisos. Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 223), importante frisar, faz apontamento semelhante ao distinguir a finalidade em sentido amplo (interesse público) e em sentido restrito (resultado específico que decorre da lei para cada ato administrativo). No primeiro caso, a autora afirma que a “finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar”. Do mesmo modo que Bandeira de Mello, portanto, a autora aduz a possibilidade de caracterizar o fim do ato como discricionário, em razão dos conceitos jurídicos indeterminados.

<sup>85</sup> PEREIRA, 1962, p. 220.

<sup>86</sup> MELLO, C., 2013, p. 434.

<sup>87</sup> HUBER (1953, p. 66 *apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 167).

### 3 O MOTIVO NO ATO ADMINISTRATIVO

#### 3.1 Motivo e/ou causa no direito privado

Conforme apontado no capítulo precedente, é incontestável a influência do Direito Civil em outros ramos jurídicos, por diversas razões, sendo notória a incidência de conceitos privatistas na teoria geral do ato jurídico. Considerando isso, entende-se metodologicamente acertado discorrer brevemente sobre certos aspectos referentes ao motivo e/ou causa no direito privado, antes de aprofundar o tema na teoria do ato administrativo.

No que tange especificamente ao motivo e/ou causa, a discussão quanto à sua relevância e inclusão entre os requisitos do ato jurídico suscita debates há tempos entre os civilistas, em razão das divergentes orientações advindas de dois diplomas legislativos, de grande influência para os demais ordenamentos jurídicos, quais sejam: o Código Napoleônico<sup>88</sup> e o Código Civil alemão. Enquanto este a repudiou, servindo de embasamento para a teoria anticausalista no campo do Direito Civil, aquele a considerou como um dos pressupostos de validade do ato jurídico, sendo o berço da teoria causalista.<sup>89</sup>

O Código Civil Francês determina expressamente como requisito de validade do negócio jurídico a “causa lícita da obrigação”, ao lado do “objeto determinado”, da “capacidade das partes contratantes” e do “consentimento”, disciplinando a seu respeito nos seguintes dispositivos legais:

Section 4 : De la cause.

1131 L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

1132 La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

1133 La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.<sup>90</sup>

Desse modo, consta positivado no ordenamento jurídico francês a necessidade de causa lícita, que seja real e verdadeira, para a validade e produção de efeitos do negócio

<sup>88</sup> Entre os influenciadores do Código Civil Francês, é de citação obrigatória Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772), mestre tanto no direito romano como no direito consuetudinário. Ainda segundo Eugênio Facchini Neto: “sem medo de errar, pode-se dizer que o direito civil francês foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França, de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês, baseado nos costumes germânicos”. (FACCHINI NETO, 2013, p. 60-63).

<sup>89</sup> MELLO, O., 2007, p. 488.

<sup>90</sup> Seção 4 – Da causa

1131 Não produz efeito a obrigação sem causa, ou baseada em causa falsa ou em causa ilícita.

1132 A convenção é válida ainda que sua causa não seja expressa

1133 A causa é ilícita quando proibida por lei, contrária aos bons costumes ou à ordem pública. (Tradução nossa).

jurídico. Esse embasamento legal que respalda os chamados “causalistas” possui precedência doutrinária. A “teoria da causa” foi organizada pelo civilista Domat (1625-1695), que já determinava ser nula a obrigação embasada em falsa causa (erro de manifestação) ou sem causa, devendo esta, segundo o civilista, ser analisada de acordo com as circunstâncias do negócio jurídico.<sup>91</sup> Para Pothier (1699-1772), também forte influenciador do Código Civil Francês, destaca-se a importância da causa honesta para todo e qualquer negócio jurídico.<sup>92</sup>

Assim, o que se entende é que tais renomados civilistas, seguida da positivação do Código Civil Napoleônico, posicionam-se no sentido de elevar a causa como um dos elementos integrantes de validade do ato jurídico. Em posição contrária encontra-se o Código alemão, que também serviu de influência para outras codificações, com base no qual se encontram os chamados “anticausalistas”, para os quais “a causa nada mais é do que a duplicação desnecessária dos elementos integrantes do negócio jurídico.”<sup>93</sup> Tal embate não se revelou indiferente junto ao ordenamento jurídico brasileiro, o que foi percebido nos seguintes termos por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Esse debate teve repercussão na elaboração do Código Civil brasileiro e prevaleceu no contexto a exclusão da causa dos requisitos do ato jurídico, na conformidade do pensamento de CLÓVIS, como se verifica do art. 82, ao enumerá-los, reduzindo-se ao agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Ressalvou apenas hipótese prevista no art. 90, em que tenha sido qualificada como motivo do negócio jurídico. Então, se falsa a causa, o vicia, uma vez posta de modo expresso “como razão determinante” ou “forma de condição” dele.<sup>94</sup>

Dessa forma, o que se constata é exatamente o que foi afirmado pelo civilista José Rodrigues Vieira Netto, em referência ao Código Civil de 1916 (CC/16), no sentido de que “o código brasileiro, seguindo as pegadas do alemão e do suíço, não se referiu à causa como elemento inteligente da obrigação.”<sup>95</sup> Não sendo requisito integrante do ato jurídico, a causa foi ressalvada tão somente no art. 90, cujo teor era este: “só vicia o ato a falsa, causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição.”<sup>96</sup>

O Código Civil brasileiro de 2002 (CC/02), sob a mesma influência da teoria “anticausalista” – do Direito alemão – manteve a causa (agora motivo) fora dos elementos integrantes de validade do negócio jurídico, os quais continuaram sendo restritos ao agente capaz, objeto lícito, possível ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104).

---

<sup>91</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 75.

<sup>92</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 76.

<sup>93</sup> LOPES, 2014, p. 6.

<sup>94</sup> MELLO, O., 2007, p. 488.

<sup>95</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 80.

<sup>96</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 80.

Quanto à menção legislativa ao motivo, o art. 140, quase que uma reprodução do art. 90 do código anterior, destaca que, caso tenha sido expresso como razão determinante da declaração de vontade, se falso, viciará o negócio jurídico. Pela leitura do art. 140 do CC/02 a expressão “falsa causa” foi substituída por “falso motivo”.

Também pela leitura do CC/02, depreende-se que será nulo o negócio jurídico, cujo motivo determinante, comum a ambas as partes, seja ilícito (art. 166, III). Assim, tanto neste quanto no outro dispositivo legal, não se aplica o brocardo *falsa causa non nocet*, diante da possibilidade de invalidação do negócio jurídico relacionada ao “motivo determinante”.

Enquanto para uns a menção de motivo equivale ao termo “causa”,<sup>97</sup> para outros há nítida distinção. Vieira Netto,<sup>98</sup> ainda sob a égide do CC/16, afirma de modo claro que “é erro sempre confundir causa e motivo”. Para o civilista, a causa da compra e venda é o preço para o vendedor e a coisa para o comprador, sendo os motivos variados e de ordem pessoal. No mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Pontes de Miranda:

Entre motivo e causa a diferença logo ressalta se tomamos o exemplo do empréstimo: a causa é *credendi*, mas pode bem ser que só se tenha feito por impulso de amizade, para que o devedor pagasse outra dívida, ou fizesse outra operação. Ora, êsses motivos são estranhos ao direito, que os desconhece no vigiar se o *negotium* entra em alguma figura jurídica. Juridicamente, tais motivos são sem importância, mas a causa não. É o fundamento jurídico, o alicerce para a construção da figura, porque só excepcionalmente se admitem negócios jurídicos abstratos [...].<sup>99</sup>

Cabe salientar que tal entendimento, de que causa é o fundamento jurídico do negócio, tem respaldo no Direito Romano, segundo o qual o termo, entre tantas significações, refere-se à razão do negócio jurídico, ao seu título jurídico, sendo até mesmo um dos fundamentos utilizados para refutar a “teoria causalista”.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p.488), quando da menção ao Código Napoleônico, afirma que foi empregado o sentido de motivo à causa. Christian Sahb Batista Lopes (2014, p. 5-6), em referência aos diversos sentidos atribuídos à causa por diferentes autores, conclui que “os conceitos de causa se confundem com os de motivo, como se causa fosse um motivo qualificado”. Destaca que, entre os conceitos de causa expostos em seu trabalho, há aqueles impregnados de subjetivismo.

<sup>98</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 83.

<sup>99</sup> PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 98.

<sup>100</sup> É com base nesse entendimento, aliás, que muitos criticam o posicionamento dos causalistas. Como reforço à crítica, há alegação ainda de que houve um erro de leitura ou de interpretação quando da formulação da teoria por Domat, tendo sido o termo *cose* interpretado como *cause* (causa), quando na verdade seria coisa. Assim, as expressões *sans cose*, *sur une fausse cose* e *sur cose illicite*, não se tratariam de expressões novas, mas de referência a elemento (objeto da prestação) já existente, demonstrando a repetição de algo já reconhecido pela doutrina civilista. Aliás, esses dois fundamentos (erro na interpretação da palavra *cose* e o entendimento expresso acerca da causa pelo Direito Romano) serviram de fundamento para Clovis rebater as críticas à exclusão da causa como elemento integrante, de Amaro Cavalcanti. Tais informações estão extraídas do texto de José Rodrigues Vieira Netto (1958) e também, em parte, mencionadas na obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 488).

Assim, o que se verifica é um dissenso tanto doutrinário quanto legislativo referente a essa temática dentro do próprio direito civil. A divergência não se limita aos que consideram ou não a causa como requisito de validade do ato (causalistas e anticausalistas), situando-se também na conceituação do próprio termo causa (e/ou motivo), havendo, como exposto, quem a considere de modo objetivo e quem a entenda de forma subjetiva.

Além dessa confusão terminológica em torno dos vocábulos “causa” e “motivo”, há também considerável dissenso doutrinário no que tange à relação da causa com o fim e o móvel do ato jurídico. Christian Sahb Batista<sup>101</sup> discorre a esse respeito, ao tratar dos vários sentidos possíveis da ‘causa’, esclarecendo que há quem a conceba como sinônimo de fim imediato e quem a compreenda como móvel, ambos do ato jurídico.

O autor ainda ressalta a dificuldade de separação entre a manifestação de vontade e a causa, tendo sido ressaltada a conclusão do argentino causalista Guillermo Borda,<sup>102</sup> que abandonou a noção de vícios de vontade em razão da adoção da teoria da causa. Esse desarranjo conceitual também está evidente no artigo de Vieira Netto,<sup>103</sup> em que o autor disserta que a realização objetiva do fim do ato jurídico constituiria a sua própria causa.

Enfim, o que se constata é que o tema sobre causa e/ou motivo no Direito Civil também enseja variadas discussões, não sendo objeto deste trabalho aprofundá-las, pois poderia ser matéria até mesmo de outra dissertação. O objetivo de abordá-las é demonstrar que o tema ainda é bastante cinzento, não havendo qualquer consenso entre os civilistas.

A conclusão que se pode deduzir, por ora, é a de que há diferença de tratamento da causa positivada em duas codificações de significativa influência ao estudo do Direito, quais sejam, o Código Civil francês e o Código Civil alemão, tendo sido este o que mais

<sup>101</sup> LOPES (2014, p. 5 e 16). Para ilustrar as diferentes nuances do vocábulo causa entre os civilistas, seguem trechos do texto de Lopes:

[...] Assim, pode-se conceber, *em princípio um motivo como fim*, como no exemplo acima citado de Pontes de Miranda, em que o devedor toma um empréstimo para quitar outra dívida; *ou uma causa teleológica*: no mesmo exemplo, constituir um crédito (causa credendi).

[...] Há, ainda, autores que concebem *a causa como fim imediato ou causa próxima*, enquanto *motivo seria fim mediato ou causa remota ou impulsiva* (LAJE, Eduardo Jorge. *La noción de causa en el Derecho Civil*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.36)."

[...] O civilista francês, em sua obra, divide os móveis em três tipos: *o móvel que desempenha o papel de causa* direta e imediata de uma obrigação, que é parte integrante do jurídico ato e lhe é contemporâneo; o móvel que se liga ao passado e que é um simples motivo; e o móvel que se prende ao futuro, o fim ou móvel teleológico (JOSSERAND, Louis. *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928, p.27).

<sup>102</sup> Segundo o autor: “En el Capítulo precedente se ha demostrado que la teoría del error como causal de anulabilidad, no sólo carece de fundamento jurídico, sino que es contraria a un justo régimen de nulidades; y, en último análisis, que es inútil, porque la teoría de la causa la implica”. “No capítulo precedente, foi demonstrado que a teoria do erro como causa de anulabilidade não apenas carece de fundamento jurídico como, também, é contrária a um justo regime de nulidades; e, em última análise, que é inútil, em razão da teoria da causa”. (BORDA, 1950, p. 67, tradução nossa).

<sup>103</sup> VIEIRA NETTO, 1958, p. 78.

evidentemente influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a causa (ou melhor, o motivo), no CC/02, não foi colocada como requisito de validade do negócio jurídico, tal como o fez o citado Código francês, nos arts. 1.108 e 1.131 a 1.135.

Sem ter sido arrolado no rol dos requisitos de validade do negócio jurídico, a conclusão extraída pela dicção dos arts. 140 e 166, III, do Código Civil brasileiro vigente, é a seguinte: a) apenas o motivo determinante, *expresso na declaração de vontade*, é que ensejará a invalidação do negócio jurídico, em caso de falsidade e; b) ainda que não expresso, caso seja comum a ambas as partes, o motivo ilícito resultará na nulidade do negócio jurídico.

Em razão desses apontamentos, torna-se nítida a comparação entre os requisitos de validade previstos no art. 104 do CC/02 (*agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei*) e os requisitos previstos para o ato administrativo, por meio da análise do art. 2º da Lei Federal nº 4.717/65 (Lei de ação popular). A conclusão decorrente dessa averiguação é, sem dúvida, a de que o legislador pátrio conferiu maior importância ao motivo do ato administrativo do que ao ato jurídico de direito privado. O mesmo ocorreu ao tratar do respectivo aspecto teleológico.<sup>104</sup>

### 3.2 Natureza jurídica e aspectos conceituais do motivo no ato administrativo

Tendo sido demonstrada a divergência conceitual e até mesmo substancial de motivo na seara do direito civil, impõe-se necessário aprofundar especificamente sobre o motivo do ato administrativo, considerando seus aspectos introdutórios discorridos inicialmente.

Conforme já considerado no capítulo precedente, grande parte dos administrativistas<sup>105</sup> enquadra o motivo do ato administrativo como um de seus elementos. Já outros, mais detidos na significação das palavras, como é o caso, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>106</sup> e Florivaldo Dutra de Araújo<sup>107</sup>, o ‘motivo’ não é entendido

<sup>104</sup> Edmir Netto de Araújo (1997, p. 175) também aduz: “[...] enquanto no direito privado, o motivo e a finalidade não têm relevo que lhes dá o direito público, no Direito Administrativo motivo e finalidade compõem a legalidade interna ou subjetiva do ato”.

<sup>105</sup> Respalda-se, entre outros argumentos, na Lei nº 4.717/65, segundo os quais o seu art. 2º teria adotado o motivo como elemento do ato administrativo. Entre os autores que adotam tal posicionamento, citamos como exemplo: Di Pietro (2013, p. 212); Cretella Júnior (1998, p. 39).

<sup>106</sup> MELLO, C., 2013, p. 394-396.

<sup>107</sup> O autor deixa explícito o entendimento de que ‘elemento’ liga-se à ideia de ‘parte componente de um todo’, razão pela qual apenas a forma e o conteúdo (objeto) é que poderiam ser assim classificados. De toda forma, reconhece o uso da expressão “elementos do ato administrativo” como meio de facilitar o estudo da matéria. (ARAÚJO, F., 2005, p. 54).

como ‘elemento’, mas como pressuposto de formação do ato administrativo, mais especificamente, de sua validade.

Considerando o motivo como um aspecto extrínseco do ato administrativo, os referidos administrativistas<sup>108</sup> conceituam-no como o suporte fático que autoriza ou até mesmo obriga à prática do ato administrativo. Nas palavras de Bandeira de Mello<sup>109</sup>, é a “situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato” ou, ainda, é “a realidade *objetiva e externa* ao agente”.

Em sentido contrário, Miguel Seabra Fagundes<sup>110</sup> afirma que o motivo pode ser compreendido como ‘elemento’ do ato administrativo, levando-se em conta o “ângulo propriamente jurídico” e não o “prisma lógico-filosófico”, com base no qual, segundo o autor, é formulada a crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca desse enquadramento:

[...] Sob o prisma lógico-filosófico, o *motivo* não será *elemento* do ato administrativo, pois que o precede, resumindo-se este, unicamente, no comando (*objeto* ou *conteúdo*) criador, extintor ou modificador de uma situação jurídica específica. Mas se colocarmos o assunto no ângulo propriamente jurídico, a *motivação* aparece como elemento integrante do ato do administrador, pois este não pode existir sem ela, ainda que nem sempre explicitada pelo agente. Melhor se aclara esse aspecto com o apelo à situação analógica da sentença. Com efeito, sob o prisma não propriamente jurídico, em que se situa o ilustre autor, o único elemento da sentença haverá de ser o dispositivo. Ora, a composição da sentença é regulada por textos do direito positivo, e neles se enuncia a motivação como parte sua, como elemento que a integra e sem o qual ela inexistirá como ato jurídico. [...] Ora, assim como na teoria do processo, que o direito processual escrito reflete, se tem o motivo como componente da sentença, que inexistirá se dele carecer seu texto, assim também, visto o ato administrativo sob o prisma propriamente jurídico, o *motivo* há de ser um dos seus elementos integrantes.<sup>111</sup> (grifo nosso).

Com base no exposto, tal como na teoria do processo, em que a demonstração do motivo é requisito para a decisão, fazendo parte integrante desta, M. Seabra Fagundes afirma ser o motivo do ato administrativo seu elemento integrante, considerando a essencialidade da motivação. Sob o chamado “prisma propriamente jurídico”, o jurista conceitua o motivo como “as razões que dão lugar ao ato”, ou seja, “as razões em que ele se baseia”.<sup>112</sup> Verifica-se que o autor toma por embasamento o motivo tratado na órbita do direito processual, que tem um caráter objetivo e cuja significação se relaciona à de fundamento.<sup>113</sup>

Pela análise dos conceitos até então trazidos, quer seja tomando-se por base o conceito explicitado por Bandeira de Mello, quer seja considerando a definição trazida por

<sup>108</sup> MELLO, 2013, p. 395; ARAÚJO, F., 2005, p. 55.

<sup>109</sup> MELLO, 2013, p. 401 e 403.

<sup>110</sup> FAGUNDES, 1984, p. 22-23.

<sup>111</sup> FAGUNDES, 1984, p. 22-23.

<sup>112</sup> FAGUNDES, 1984, p. 23.

<sup>113</sup> CINTRA, 1979, p. 85; NOHARA, 2004, p. 33.

Seabra Fagundes, o que se pode notar é que em ambos o motivo do ato aparece como seu fundamento, como a razão por meio da qual se baseia o administrador para a sua expedição. O que, de fato, é o ponto distintivo entre ambas as conceituações é a posição acerca da exterioridade ou não do motivo. Para um é elemento integrante do ato, para o outro não o é.

Oportuno destacar que Florivaldo Dutra de Araújo,<sup>114</sup> ao se filiar à crítica de que o motivo não deve ser compreendido como ‘elemento’ do ato administrativo, rebate o comentário acima feito por M. Seabra Fagundes, argumentando que a separação do “ângulo propriamente jurídico” do ponto de vista “lógico-filosófico” não é apropriada, a bem do rigor científico, tendo em vista que Direito, Lógica e Filosofia não são compartimentos estanques.

Ainda quanto à natureza jurídica do motivo do ato administrativo, relevante destacar que, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,<sup>115</sup> sob a influência da filosofia aristotélico-tomista, trata-se de “*causa ocasional*”, que, nas palavras do autor, é a “consideração do fato em face do direito”. Resta evidente a ideia de fundamento por detrás dessa expressão, tendo o jurista salientado a influência que o motivo exerce sobre a vontade do agente público ao decidir emitir certo ato administrativo. Ainda segundo o administrativista, essa causa é acidental, tal como o é a causa exemplar ou modelo, e não essencial, na medida em que não é elemento da própria estrutura do ser, mas pressuposto ou fundamento para a sua existência.<sup>116</sup>

Assim, na essência, tal posicionamento encontra-se mais alinhado com os de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Florivaldo Dutra de Araújo do que com o de M. Seabra Fagundes. Com efeito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello deixa claro que o motivo é o “pressuposto do ato jurídico, da emanção da vontade ou do seu conteúdo, o seu fundamento de direito”, ou seja, sua natureza jurídica não seria de elemento (parte integrante do ato).

A polêmica doutrinária não se restringe ao mero enquadramento do motivo como elemento ou pressuposto do ato jurídico administrativo, sendo válido destacar as controvérsias quanto à sua condição para a ocorrência do ato, como de validade ou existência.

Para quem entende motivo como parte integrante do próprio ato administrativo, certo é que sua ausência ou vício fulmina a sua própria existência. Nesse sentido é o posicionamento de Nohara<sup>117</sup>, que questiona o enquadramento do motivo como condição de

---

<sup>114</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 54 (nota de rodapé).

<sup>115</sup> MELLO, O., 2007, p. 523.

<sup>116</sup> Conforme já destacado no capítulo 1.1, todos os chamados “elementos” do ato jurídico, para o autor, são suas causas, pois “os princípios que constituem as razões de existir de um ser se denominam causas e o ser produzido se chama efeito”. Essa concepção segundo o próprio autor se baseia na filosofia aristotélico-tomista. (MELLO, O., 2007, p. 491-493).

<sup>117</sup> NOHARA, 2004, p. 38-39.



validade, sob o argumento de se tratar de condição *sine qua non* da própria existência do ato administrativo. Para a autora, do ponto de vista filosófico, o motivo não poderia ser compreendido como elemento, mas, sob o enfoque da ‘conceituação jurídica’, não haveria problemas em enquadrá-lo como “elemento de existência”.<sup>118</sup> Arremata sustentando que o motivo juridicamente adequado é que seria requisito de validade e não simplesmente o motivo, citando o enfoque dinâmico dos requisitos salientado por Edmir Netto de Araújo.<sup>119</sup>

Ao contrário é o posicionamento de muitos que rechaçam o enquadramento de motivo como elemento e, por essa razão, compreendem-no como “pressuposto”. Para estes, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>120</sup> e Régis Fernandes de Oliveira<sup>121</sup>, a análise do motivo está relacionada ao aspecto de validade do ato e não de existência.

Por sua vez, Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>122</sup>, embora deixe expresso que o motivo não integra o ato, refuta o seu enquadramento como requisito de validade. Para o autor, o motivo seria apenas um dado a partir do qual se poderia avaliar a legalidade do seu conteúdo, sendo, por essa razão, mais adequado falar em vício de conteúdo, a partir do qual já se é possível avaliar a pertinência lógica que deve existir entre este e o motivo do ato.

Ainda de modo peculiar em relação aos demais autores citados, Edmir Netto de Araújo<sup>123</sup> afirma não se preocupar em realizar o enquadramento dos aspectos do ato administrativo em elementos de existência, requisitos de validade ou atributos, conceituando o motivo como o “impulso volitivo que condicionará a formação do ato, sua execução e sua eficácia”. Embora o autor o enquadre como ‘elemento estrutural’ do ato, ressalva a etimologia da palavra “elemento”, deixando evidente o caráter dinâmico desse requisito, que deve ser existente e conforme ao interesse público, para fins de averiguação da validade do ato.

Pelo exposto, verifica-se que há diferentes posicionamentos acerca da natureza jurídica do motivo, sendo que, muitas vezes, o que os tornam distintos é o embasamento teórico (filosófico ou jurídico) tomado como ponto de partida para dada conceituação. Conforme já se vem delimitando, entende-se mais acertada a colocação de motivo como pressuposto do ato e não como seu elemento, já que apenas o conteúdo e a forma o seriam. Assim, entendendo ser possível a existência de ato administrativo cujo motivo eventualmente

---

<sup>118</sup> É de se perceber que a autora realiza a distinção entre Filosofia e Direito, para o enquadramento do motivo enquanto elemento, do mesmo modo com que foi feito por Seabra Fagundes, valendo retomar o mesmo apontamento, de Florivaldo Dutra de Araújo, no sentido de que tal divisão não é adequada, já que Filosofia e Direito não são compartimentos estanques.

<sup>119</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 175.

<sup>120</sup> MELLO, C., 2013, p. 400.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 38.

<sup>122</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 102 e 150.

<sup>123</sup> ARAÚJO, E. 1997, p. 176-177.

apresente-se viciado, dele podendo surtir até mesmo efeitos jurídicos, torna-se mais coerente e mais útil enquadrá-lo como condição de validade do que de existência.

### 3.2.1 Pressuposto de fato e/ou de direito

Há autores que ao se reportarem ao motivo assim o fazem dando ênfase à situação fática e ao direito incidente, outros o fazem tomando por base um ou outro.

Entre as conceituações expostas no tópico anterior, verifica-se claramente que a definição exposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>124</sup> leva em conta ambos. Para o autor é a “consideração do fato em face do direito”, que serve de fundamento à prática do ato. É de se notar que bem colocado foi o termo “consideração”<sup>125</sup>, a partir do qual se pode extrair que a atuação do administrador nesse processo – sua interpretação – é tida como relevante.

Nesse sentido também parece ser a compreensão de Marçal Justen Filho<sup>126</sup>, para quem o motivo é a causa jurídica *eleita* pelo agente para produzir o ato. Segundo o autor, não são os fatos propriamente ditos, mas sim a relação entre fato e direito percebida pelo administrador.

Di Pietro<sup>127</sup> e Nohara<sup>128</sup> não deixam dúvidas de que compreendem o motivo como sendo o pressuposto de fato e de direito, fazendo menção tanto às circunstâncias fáticas como também às regras legais. Certamente considerando isso é que Nohara<sup>129</sup> afirma ser o motivo um *fato jurídico*<sup>130</sup>, que é a situação fática a partir da qual o Direito imputa efeitos jurídicos, tendo a autora relacionado o motivo com o ato jurídico do seguinte modo:

Assim, apesar de alguns fatos involuntários serem aptos, em função de seu tratamento legal, a criar, modificar ou extinguir direito, a atuação humana é pressuposto da viabilização dos efeitos disciplinados juridicamente. Logo, *fatos jurídicos involuntários* (e.g., alcançar determinada idade) podem ser *pressupostos fáticos* que autorizam a edição de *atos jurídicos* (aposentadoria por idade) efetiváveis somente pela atuação humana, que é em essência voluntária.<sup>131</sup> (grifo nosso).

<sup>124</sup> MELLO, O., 2007, p. 523.

<sup>125</sup> Entre os significados expostos para “consideração” no dicionário online disponível em [www.lexico.pt](http://www.lexico.pt): “analisar ou avaliar minuciosamente; ponderação; meditação ou observação”; “pensamento ou raciocínio; cálculo, apreciação ou avaliação”. (CONSIDERAÇÃO. In: DICIONÁRIO Léxico, 2016).

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO, 2014, pp. 400 e 405.

<sup>127</sup> DI PIETRO, 2013, p. 219.

<sup>128</sup> NOHARA, 2004, p. 43.

<sup>129</sup> NOHARA, 2004 p. 26.

<sup>130</sup> É também o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 77-78) e de Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 56).

<sup>131</sup> NOHARA, 2004 p. 26.

Cintra<sup>132</sup> do mesmo modo entende motivo como sendo o “conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento”, apresentando críticas aos que o limitam às ocorrências fáticas. Para reforçar esse entendimento, cita Auby e Drago:

Os motivos do ato administrativo são constituídos pelos elementos de direito e de fato que levaram a administração a agir. Quando ela toma uma decisão, o administrador se funda, ao mesmo tempo, sobre uma regra de direito escrito ou um princípio geral de direito e sobre uma certa situação de fato. Sua decisão será o resultado dessas duas categorias de motivos.<sup>133</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>134</sup>, ao apresentar conceito do que seja motivo do ato administrativo, destaca, na maioria das vezes, tão somente o pressuposto de fato, suprimindo a referência ao pressuposto de direito. Decerto, por essa razão, é que Cintra<sup>135</sup> o arrola ao lado de Laubadère e Waline, ao identificar os autores que conceituam objetivamente o motivo, sem menção aos fundamentos de direito.

Entretanto, parece mais acertado alocar o autor junto à doutrina que não ignora a importância dos fundamentos jurídicos na definição do motivo. Isso porque, embora Bandeira de Mello suprima a expressão “pressuposto de direito” na definição exposta em alguns de seus trabalhos, não significa que a desconsidere. Com efeito, em mais de uma oportunidade, o autor destaca a necessária correspondência que deve haver entre o *motivo de fato* (própria ocorrência fática que embasou o ato) e o *motivo legal* (previsão abstrata),<sup>136</sup> sendo isto um dos mecanismos de aferir a legalidade do ato administrativo. Também, em um trabalho específico, o jurista refere-se explicitamente ao “pressuposto jurídico”: “Motivo, como se sabe, é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato”.<sup>137</sup>

Ademais, não é por outra razão que Bandeira de Mello<sup>138</sup> refere-se ao motivo como “fato jurídico”, evidenciando na expressão os pressupostos fáticos e de direito. Aliás, a referência do motivo como “fato jurídico” é o que o diferencia do chamado *requisito procedimental*, que é um ato jurídico, dependente da atuação voluntária do agente. Como visto anteriormente, Nohara muito bem distingue o motivo (fato jurídico) do ato jurídico que lhe é decorrente. Aqui, a distinção proposta por Bandeira de Mello parte de uma evidente

<sup>132</sup> Nesse sentido, frisa o autor: “Isto significa que, para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é anterior, e sobre o qual recai a providência adotada e, de outro, o complexo de normas jurídicas por ele aplicadas àquela situação de fato”. (CINTRA, 1979, p. 97).

<sup>133</sup> AUBY; DRAGO (1975 *apud* CINTRA, 1979, p. 96-97).

<sup>134</sup> MELLO, C., 2013, p. 401; MELLO, C., 1981, p. 72.

<sup>135</sup> CINTRA, 1979, p. 91.

<sup>136</sup> MELLO, C., 2013, p. 402; MELLO, C., 1981, p. 73; MELLO, C., 1992, p. 61.

<sup>137</sup> MELLO, C., 1992, p. 61.

<sup>138</sup> MELLO, C., 2013, p. 409.

similitude, qual seja, tanto o motivo como o requisito procedimental são ocorrências que *antecedem* a prática de certo ato administrativo. Entretanto, o fator distintivo continua sendo o mesmo destacado por Nohara: o elemento volitivo.

Martins<sup>139</sup>, por sua vez, afirma discordar da posição majoritária, sob o argumento de que a consideração equivocada de uma regra ou de um princípio pode ensejar vício de finalidade, contentorização ou de motivação, mas não de motivo. Para o autor, o motivo – pressuposto objetivo do ato administrativo – reporta-se tão somente às circunstâncias fáticas, não às jurídicas. Assim, conclui: “[...] o motivo do ato, enfim, é sempre um fato jurídico decorrente da incidência ou de uma regra abstrata ou de um princípio: reporta-se às circunstâncias fáticas”.<sup>140</sup> Segundo o autor, pressupostos jurídicos devem ser analisados quando do exame de outros aspectos do ato.

Por ora, o que se destaca é que não há como desprender, da ideia de motivo, os pressupostos de direito, ao contrário do que sustenta Martins. Isso porque são os aspectos jurídicos que dão relevância ao fato e o qualificam como motivo do ato administrativo. Caso as circunstâncias jurídicas não fossem essenciais para avaliar e caracterizar o motivo, neste poder-se-ia enquadrar qualquer ocorrência fática, ainda que totalmente irrelevante fosse para o Direito, o que é inconcebível. Ademais, cabe salientar que a afirmação do autor de que motivo é *fato jurídico* já sugere, por si só, a necessária relevância dos aspectos de direito.

Por conseguinte, não apenas os fatos são considerados para a compreensão do motivo, como, também, as regras e princípios de direito. Aliás, parece ser esse o entendimento acolhido pelo ordenamento jurídico, pois o art. 2º, ‘d’, da Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular)<sup>141</sup> trata da matéria de “fato” e de “direito” ao conceituar a “inexistência dos motivos”.

Além da discussão em torno do rol de abrangência do ‘motivo’, há divergência na doutrina a respeito da objetividade ou não de sua essência. Assim, é possível identificar duas correntes, uma de cunho subjetivo e outra de orientação objetiva, ambas abordadas adiante.

---

<sup>139</sup> MARTINS, 2008, p. 216, 218-220.

<sup>140</sup> Segundo Martins, “As circunstâncias fáticas podem exigir ou autorizar que um ato administrativo seja editado a despeito da inexistência de uma regra abstrata ou, até mesmo, que ele seja editado contrariamente ao disposto numa regra abstrata”. (MARTINS, 2008, p. 217). Ocorre que, nessa ponderação a ser feita pelo administrador, deve-se considerar a pertinência do motivo com o Direito, o que significa dizer que a avaliação não há de se restringir às regras tão somente positivadas.

<sup>141</sup> Art. 2º, parágrafo único. Para conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. (BRASIL, 1965).

### 3.2.2 Conceção subjetivista

A orientação subjetivista do motivo do ato administrativo foi influenciada pelo direito privado. Como já enfrentado, em que pese haver divergência também entre os civilistas, o que se pode perceber é uma impressão mais subjetiva em torno do motivo e mais objetiva no que tange à causa do ato jurídico. É sob essa inspiração que certos administrativistas<sup>142</sup> almejavam transportar o conceito privatista de motivo para a teoria do ato administrativo.

Assim, a característica central dessa corrente é ater-se ao aspecto psicológico do agente público, à sua representação subjetiva. Um dos que se posicionaram expressamente nesse sentido foi Gaston Jèze (1869-1953), jurista responsável por sistematizar a *teoria dos motivos determinantes*. O autor já inicia o tema levantando a seguinte questão: “antes de tudo, o que é um *motivo*?”.<sup>143</sup> Em sequência, define-o como sendo as “considerações de fato ou de direito que impulsionam o indivíduo a realizar determinado ato jurídico”.

É de se destacar que a noção de motivo trazida por Jèze foi feita de modo geral, sem apresentar distinção entre os ramos do direito privado e público. Para ressaltar seu aspecto subjetivo, o autor retoma os civilistas A. Colin e H. Capitant<sup>144</sup>, que afirmam que o *motivo (causa remota)* é o *móvel* pessoal do indivíduo, essencialmente variável.

Constata-se, portanto, o mesmo problema já apontado, qual seja, uma confusão conceitual entre motivo, móvel e fim do ato. Os exemplos<sup>145</sup> citados na obra de Jèze evidenciam claramente isso, pois quando o autor identifica o destino dos recursos em um empréstimo ou as razões íntimas de uma liberalidade como sendo seus respectivos motivos, torna também evidentes a intenção (móvel) da parte e o aspecto teleológico da ação.

<sup>142</sup> Também encampam tal posicionamento, segundo Cintra (1979, p. 88-90), os seguintes autores: Alessi, Jaccarino, Fazio, Zanobini, Juso e Cino Vitta. Entre tais administrativistas, destacamos a seguinte definição representativa de Alessi acerca dos motivos, apontada por Cintra (1979, p. 88): “série de representações psicológicas que condicionaram a vontade da autoridade à emanação do ato”.

<sup>143</sup> JÈZE, 1949, p. 223 (traduções livres).

<sup>144</sup> COLIN; CAPITANT (1920, II, p. 299 *apud* JÈZE, G. 1949, p. 223, tradução livre).

<sup>145</sup> “Por ejemplo, una persona pide dinero en préstamo para hacer un negocio o para jugar a las carreras. El destino de los fondos prestados es *el motivo determinante* del acto jurídico. Un individuo hace una donación a una mujer para obtener sus favores o recompensala em razón de dichos favores. Las relaciones íntimas son el motivo determinante de la liberalidade [...]”. “Por exemplo, uma pessoa pede dinheiro emprestado para fazer um negócio ou para jogar as cartas. O destino do recurso objeto do empréstimo é o *motivo determinante* do ato jurídico. Um indivíduo faz uma doação a uma mulher com o intuito de obter favores ou recompensas. As razões íntimas são o motivo determinante da liberalidade [...]”. (JÈZE, 1949, p. 223, tradução nossa).

### 3.2.3 Concepção objetivista

Diferentemente, a orientação objetivista do que seja o motivo do ato administrativo não acolhe a ideia de cunho pessoal trazida pelos civilistas, desvinculando-se da atividade psicológica e subjetiva do administrador público e relacionando-se mais à noção de fundamento, tal como o faz o direito processual, cuja perspectiva adotada no que tange ao motivo é objetiva. Essa é a concepção majoritária entre os administrativistas brasileiros.<sup>146</sup>

Com efeito, as conceituações expostas no item 3.2.1 do presente trabalho sinalizam o caráter objetivo do motivo trazido pela doutrina, sendo oportuno retomar a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>147</sup>, no sentido de que é a “situação do *mundo empírico* que deve ser tomada em conta para a prática do ato”, sendo o autor expresso quanto à sua externalidade e precedência em relação ao próprio ato administrativo.

Entre os autores que deixam essa objetividade evidente, destaca-se Edmir Netto de Araújo<sup>148</sup>, que afirma expressamente que o motivo situa-se fora do ato, sendo a primeira ocorrência do “itinerário lógico” em direção à sua efetividade. Nesse sentido é que afirma que o ato administrativo “caminha, com as cores do interesse público, do motivo para a finalidade, em perfeita simetria”. Di Pietro<sup>149</sup> também ressalta a ausência de qualquer subjetividade na apreensão de seu significado, ao afirmar que a convalidação do ato nunca é possível em relação ao motivo, em razão de este se tratar de uma situação fática que ou ocorreu ou não ocorreu.

Cintra<sup>150</sup>, autor que delimitou de forma clara a existência das duas correntes ora expostas, conclui pela rejeição da concepção subjetivista sob o argumento de que motivo e finalidade do ato não se confundem e que isso fatalmente ocorreria caso fosse adotada. Para tanto, cita exemplos advindos da corrente privatística, em que resta evidenciada a ausência de distinção entre o porquê do ato (motivo) e o seu para que (fim do ato): “o vendedor quer receber o preço da coisa vendida *para* gastar o seu produto com uma viagem, ou *para* investir em títulos cotados na Bolsa de Valores, ou *para* efetuar o pagamento de uma dívida etc.”.

---

<sup>146</sup> CINTRA, 1979, p. 93.

<sup>147</sup> MELLO, C., 2013, p. 400 e 403.

<sup>148</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 176-177. Para fins de complementação, bem interessante é a colocação em ordem lógica dos chamados *elementos estruturais*, feita pelo autor do seguinte modo: motivo, agente, objeto, forma e finalidade.

<sup>149</sup> DI PIETRO, 2013, p. 260.

<sup>150</sup> CINTRA, 1979, p. 94-96.

### 3.2.4 Conclusões preliminares: a noção de motivo na teoria do ato administrativo

Considerando os apontamentos doutrinários feitos até então, é preciso delimitar o que se entende como metodologicamente acertado para o presente trabalho, sob o enfoque da utilidade que deve nortear a adoção de conceitos jurídicos. Demonstrado que o motivo do ato administrativo não deve ser compreendido como seu elemento – parte componente do todo, verificou-se mais apropriado compreendê-lo como pressuposto do ato, mais especificamente de sua validade, já que possível é a existência, e até mesmo eficácia, de ato jurídico desprovido de um motivo válido até sua eventual invalidação.

Dito isso, o próximo embasamento teórico de que se apropria refere-se à compreensão do motivo como pressuposto de fato e de direito. Não se pode compreendê-lo tomando por base tão somente as situações do mundo fenomênico. É necessário que a ocorrência fática tenha importância para o Direito e que sejam consideradas as regras e princípios incidentes no caso para a identificação e qualificação do fato como jurídico.

Com efeito, por exemplo, o *fato* de um servidor federal ter completado trinta anos não se qualifica como juridicamente relevante para impulsionar a ocorrência do ato de aposentadoria compulsória, disciplinado pela Lei Complementar (LC) nº 152/2015 e art. 40, II, da Constituição Federal. Logo, não é apreendido como motivo do ato. No mesmo sentido, por exemplo, o *fato* de o servidor ir sempre trabalhar com a mesma blusa amarela é totalmente irrelevante para o Direito, não sendo qualificado juridicamente como fato a ensejar qualquer repercussão na esfera administrativa. Portanto, tal ocorrência evidentemente não é fato jurídico.

A importância dos fundamentos de direito para a caracterização do motivo na teoria do ato administrativo, com fulcro no princípio da legalidade, foi ressaltada por Cintra, que foi categórico ao afirmar que a “limitação da noção de motivo aos fatos que antecedem a edição do ato administrativo não se justifica, afigurando-se como artificial e arbitrária.”<sup>151</sup>

Destaca-se, oportunamente, que as circunstâncias jurídicas não devem restringir-se à hipótese descrita em uma regra jurídica.<sup>152</sup> A avaliação do motivo não se circunscreve à

---

<sup>151</sup> CINTRA, 1979, p.96.

<sup>152</sup> Dessa forma é que foram destacados neste trabalho, no item 2.2.1, os dizeres de Auby e Drago, mencionados por Cintra (1979), em que a conceituação de motivo considera a regra de direito escrito ou um princípio geral de direito. Apesar de Martins conceituar motivo apenas como as circunstâncias fáticas, ao colocá-lo como fato jurídico torna ambígua sua definição. Assim, é adequada a afirmação do autor no sentido de que “os motivos do ato não são necessariamente os motivos de uma regra abstrata, pois podem ser também os motivos de um princípio jurídico”. Tal excerto reforça a fragilidade da afirmação do autor de limitar motivo ao fato. (MARTINS, 2008, p. 216).

mera subsunção do fato ao direito positivado, pois o conceito atual de norma jurídica contempla tanto as regras como, também, os princípios de direito.

No que tange à objetividade, ou não, de seu conceito, cujas divergências foram apontadas, filia-se neste trabalho ao posicionamento majoritário da doutrina, que rejeita a concepção privatística de motivo (cunho psicológico), sob pena de confundi-lo com os conceitos de móvel e finalidade do ato administrativo.

No entanto, acolhe-se a corrente objetivista com certos temperamentos. Isso porque a objetividade em torno do motivo não pode ser tamanha a ponto de desconsiderar a atuação hermenêutica do agente, o que parece ser feito por alguns autores. Com efeito, quando Di Pietro<sup>153</sup> afirma que não se pode convalidar ato com vício na apreciação do motivo, porque é uma situação de fato que ou ocorreu ou não ocorreu, ou quando Edmir Netto de Araújo<sup>154</sup> pontua que o motivo é a primeira ocorrência lógica, face aos demais aspectos do ato, ordenando-o até mesmo antes do próprio sujeito, torna-se evidente a indiferença com que é considerada a atuação do administrador público como intérprete e construtor do próprio ato administrativo – norma jurídica de efeitos concretos.

Por essa razão, bem acertada é a assertiva de Marçal Justen Filho<sup>155</sup>, ao esclarecer que o motivo não são os fatos propriamente ditos, mas a conjugação entre estes e o direito *percebida* pelo agente público. O autor dá tanta importância para essa consideração que separa um tópico em sua obra para tratar do “fato e sua representação mental”, sendo expresso no sentido de que “motivo não é algo externo ao agente, dotado de existência própria”.

Certamente, ignorar a “avaliação mental” do agente quando do enquadramento de certa situação fática como jurídica e, por conseguinte, apta a impulsionar e dar ensejo a um específico ato administrativo é até mesma uma atitude ingênua. O próprio Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>156</sup> destacou o motivo como a “*consideração* do fato em face do direito”. A palavra *consideração*<sup>157</sup>, sinônimo de reflexão e ponderação, traz a ideia de participação do agente público na qualificação jurídica do motivo. Perceba, portanto, a sutileza com que foi tratado o conceito pelo autor. Nem por isso o administrativista deixou de ser arrolado entre os que se alinham à corrente objetivista.<sup>158</sup> A ideia central do seu conceito é a de ‘fundamento’ e a ‘intenção’ do agente não é destacada em sua essência.

---

<sup>153</sup> DI PIETRO, 2013, p. 177.

<sup>154</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 177.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, 2014, pp. 404-405.

<sup>156</sup> MELLO, O., 2007, p. 523.

<sup>157</sup> Do latim *consideratione*. 1 Ato de considerar. 2 Raciocínio, reflexão, opinião. 3 Deferência, estima ou importância que se dá a alguém. 4 Atenção. 5 Valimento, importância. 6 Circunspeção no que se diz ou no que se faz. sf pl Ponderações, reflexões. (CONSIDERAÇÃO. In: DICIONÁRIO Michaelis, 2016).

<sup>158</sup> CINTRA, 1979, p. 93.



Essa exegese por parte do agente público não é de todo ignorada por Cintra<sup>159</sup>, o que pode ser deduzido de sua seguinte assertiva: “como qualquer outro ato voluntário, o ato administrativo supõe efetivamente o desenvolvimento de uma atividade psicológica do agente público, que resulta na formação de sua vontade”. Entretanto, o autor afirma que esse “processo psicológico de formação da vontade do agente público é irrelevante perante o direito”. Com efeito, enquanto não exteriorizado, assim o é. Ocorre que, como afirmado pelo próprio autor, a “revelação exterior daquele processo psicológico se dá exatamente através da edição do ato administrativo e de suas circunstâncias [...]”. Em outros termos, no momento em que o administrador público revela que determinado fato é o motivo do ato administrativo, resta demonstrada a sua atuação hermenêutica, necessária ao exame do *fato jurídico*.

Por certo, não se pode compreender o motivo em uma perspectiva estritamente ontológica. Não se trata do ser em si mesmo considerado. A qualificação de certa ocorrência como jurídica não prescinde da existência de um sujeito que realize essa conjugação entre fato e direito, daí a importância do administrador, previamente à constatação do motivo. O *fato*, por si mesmo, pode até existir antes do agente público, mas não o *fato jurídico*, que é compreendido a partir da atuação do administrador – intérprete da norma abstrata (regras e princípios) e construtor da norma jurídica concreta: o ato administrativo. Com efeito, “no mundo do Direito não existe nenhum fato ‘em si’, nenhum fato absoluto, existem apenas fatos averiguados por um órgão competente num processo prescrito pelo Direito.”<sup>160</sup>

Nesses termos é que deve ser ponderada a concepção objetivista ora abordada e acolhida pela posição majoritária. Não se quer aqui defender, frisa-se, a outra orientação. Florivaldo Dutra de Araújo<sup>161</sup> é preciso ao afastar a ideia de que exista um comportamento mais adequado *de per se*, ao discorrer sobre o processo interpretativo, levado a cabo pelo administrador, com base no princípio da boa administração. Segundo o autor, “à determinação da melhor atitude tem de concorrer uma apreciação axiológica diante de certos fatos e normas a estes aplicáveis”. Há, portanto, uma apreciação valorativa, um ato volitivo e criativo por parte do intérprete, do então agente público, que, evidentemente, não podem ser ignorados.

Emílio Betti, jurista e filósofo, caracteriza o processo interpretativo como antinômico, exatamente por envolver a *subjetividade* do compreender e a *objetividade* do sentido.<sup>162</sup> Nas palavras da Professora Megale:

---

<sup>159</sup> CINTRA, 1979, p. 94.

<sup>160</sup> KELSEN, 2005, p. 197.

<sup>161</sup> ARAÚJO, F., 2006, p. 117.

<sup>162</sup> MEGALE, 2005, p. 160.

Quando se interpreta, é preciso voltar a atenção para a realidade que existe em todo processo hermenêutico: *a inevitável subjetividade* daquele que interpreta e a *necessidade da compreensão objetiva*. O intérprete, ao empenhar-se em conhecer o objeto, *não se submete a um processo mecânico e passivo*, embora se ponha numa atividade de *abertura congenial*, como afirma Betti.<sup>163</sup> (grifo nosso).

A autora ressalta, ainda, que o traço distintivo da hermenêutica de Emílio Betti é evitar o subjetivismo no processo interpretativo, tendo o jurista perseguido a objetividade hermenêutica a partir da inversão do processo inventivo no processo interpretativo. Assim, “no *iter* hermenêutico, o intérprete deve percorrer de volta o *iter* genético, repensando ou recriando em si o pensamento ou criação do autor.”<sup>164</sup>

Com base nisso é que se deve entender o motivo do ato, não focado na subjetividade do autor, que inequivocamente confunde-se com o móvel, mas voltado à objetividade do fato junto à norma (objeto da interpretação), como fundamento que impulsiona a ocorrência do ato administrativo, sem, no entanto, ignorar a função interpretativa do administrador público.

Logo, *reordenando* o “itinerário lógico” feito por Edmir Netto de Araújo<sup>165</sup>, o resultado seria este: agente, motivo, objeto, forma e finalidade. A permuta entre *agente* e *motivo* seria suficiente a indicar a participação daquele no processo de construção deste.

### 3.3 Motivo e móvel

Não se pode confundir motivo e móvel, o que fatalmente ocorre quando da adoção da corrente subjetivista, em que a intenção ou o aspecto psicológico do agente é que são salientados como o cerne da razão de atuação do agente público.

Para diferenciar motivo e móvel, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>166</sup> busca caracterizar aquele como uma realidade *objetiva* e *externa* ao agente, ao passo que este seria uma representação *subjetiva*, *psicológica*, *interna* do sujeito.

Conforme já ressaltado, é evidente que não se pode desconsiderar o inevitável subjetivismo na hermenêutica do agente público ao promover a relação entre o fato e a norma. Ou seja, a apreciação axiológica não desconsidera o fator volitivo e até mesmo criativo por parte do intérprete. Entendimento contrário é certamente no mínimo ingênuo. Para reforçar tal

<sup>163</sup> MEGALE, 2005, p. 165.

<sup>164</sup> MEGALE, 2005, p. 151.

<sup>165</sup> O autor, como colocado, ordena do seguinte modo: motivo, agente, objeto, forma e finalidade. Para ele, o motivo está *fora* do ato. (ARAÚJO, E., 1997, p. 177).

<sup>166</sup> MELLO, C., 2013, p. 403.

argumentação, acompanha-se neste trabalho o entendimento de Araújo<sup>167</sup>, de base *kelseniana*, claro no sentido de que a exegese não prescinde de uma atuação volitiva por parte do sujeito.

Ocorre que o que se busca não é a *intenção* do administrador, mas a compreensão dos objetos da interpretação enquanto realidades objetivas, buscando sempre o atingimento daquilo proposto pela norma e, por conseguinte, do interesse público. Em outros termos, considera-se no processo interpretativo a abertura congenial em relação ao objeto, buscando-se “ver aquilo que se mostra.”<sup>168</sup> O que se almeja, portanto, é a *vontade normativa*.<sup>169</sup>

Considerando isso, talvez a distinção mais acertada entre motivo e móvel não esteja centrada em sua externalidade face ao sujeito, mas na *intenção* ou *propósito* do administrador público. A correspondência do móvel “àquilo que o agente público deseja” é também, frisa-se, uma das características salientadas por Bandeira de Mello.<sup>170</sup>

Com efeito, o móvel refere-se à *vontade psíquica* do agente público, àquilo que o impulsiona sob o aspecto pessoal, enquanto o motivo está evidenciado na objetividade em que se almeja ao considerar e dar real relevo ao objeto (pressupostos de direito e fáticos) como fundamento e elemento propulsor do ato administrativo. Levando-se em conta a hermenêutica jurídica de Emilio Betti, poder-se-ia identificar o móvel ao enfatizar a atualidade do sujeito (do entender), sem a devida consideração da alteridade do objeto que se põe a conhecer.<sup>171</sup>

### 3.4 Motivo e causa (ou relação de causalidade)

A discussão em torno do motivo e da causa, em que ora vêm sendo tratados pela doutrina como aspectos similares, ora de modo distintos, bem como a compreensão quanto a sua relevância como requisito do ato jurídico, não é uma problemática específica do Direito Administrativo, conforme enfrentado no tópico 3.1, já tendo sido suscitada antes mesmo no direito privado.<sup>172</sup> Com efeito, as correntes causalista e anticausalista também se destacaram

<sup>167</sup> ARAÚJO, F., 2006, p. 114-115.

<sup>168</sup> MEGALE, 2005, 165. Ver também: Emilio Betti, *Teoria Generale de la Interpretazione*. v. I, p. 321.

<sup>169</sup> Vontade normativa e vontade psicológica são expressões do professor português Marcelo Caetano.

<sup>170</sup> MELLO, C., 1981, p. 74.

<sup>171</sup> A Professora Megale ao tratar da antinomia do processo interpretativo, fazendo referência a Emilio Betti, afirma o seguinte: “[...] Trata-se do embate, ao mesmo tempo consonância, entre a atualidade do sujeito que conhece e a alteridade do objeto que se põe a conhecer”. Entre os quatro cânones de interpretação arrolados por Betti, há o da ‘atualidade do entender’, que destaca a subjetividade do sujeito. (MEGALE, 2005, p. 160 e 165).

<sup>172</sup> André Gonçalves Pereira começa tratando da causa dizendo exatamente isto: “Infelizmente, porém, o menos que se pode dizer da noção de causa no acto administrativo é que ela não é menos controvertida do que no negócio jurídico privado”. (PEREIRA, 1962, p. 110).

no direito administrativo, sendo certo que, entre os defensores daquela, inexistia consenso em torno da terminologia e da definição de causa/motivo, conforme se verifica abaixo:

[...]

Entre os que a defendem, verifica-se, também, diversidade de entendimento, pois não estão acordes sobre o seu conceito. Uns a confundem com o motivo, outros com o fim subjetivo do agente, e, terceiros, com a sua função jurídica, com a sua categoria na ordem do direito ou com o fim objetivo do próprio ato (Cf. Vedel, *Essai sur la Notion de Cause dans le Droit Administratif*, Paris, 1934; Bodda, *La Nozione di Causa Giuridica della Manifestazione di Volontà*, in *Diritto Amministrativo*, Torino, 1933; Gasparini, *La Causa degli Atti Amministrativi*, Pisa, 1942; Rossi, *La Nozione di Causa Giuridica negli Atti Amministrativi*).<sup>173</sup>

Entre o dissenso conceitual exposto, verifica-se que há autores que igualam o sentido de *causa* e *motivo*, optando a maioria pelo uso desta terminologia e não daquela, sendo este o posicionamento de grande parte dos administrativistas brasileiros, destacando-se, por oportuno, Hely Lopes Meirelles<sup>174</sup> e Florivaldo Dutra de Araújo<sup>175</sup>, o qual deixou expresso: “*causa* e *motivo*, enquanto aplicados à teoria do ato administrativo, resultam sinônimos”. A predileção pelo termo ‘motivo’ também é evidente em Duguit e Bonnard<sup>176</sup>, os quais, segundo Pereira<sup>177</sup>, rejeitaram a *teoria da causa*.

Por sua vez, há quem opte pelo termo *causa* – a exemplo de Cassagne e Afonso Queiró – podendo a explicação por tal predileção, segundo Cintra<sup>178</sup>, ser atribuída a momentos históricos, em que se destacava na jurisprudência do Conselho de Estado francês<sup>179</sup>, no início, o termo *causa jurídica*. Mesmo que essa seja a razão, curiosamente, ainda assim predomina o uso do termo *motivo* (*motif*) no Direito Administrativo francês.

O termo *causa* remete-nos, inevitavelmente, como já frisado em mais de uma oportunidade, ao entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>180</sup>, que a utiliza como gênero, tomando-se por base a filosofia aristotélico-tomista. Logo, o motivo seria uma das espécies de *causa*, denominada também pelo autor de “causa ocasional do ato”.

<sup>173</sup> MELLO, O., 2007, p. 489.

<sup>174</sup> MEIRELLES, 2014, p. 171.

<sup>175</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 57.

<sup>176</sup> MELLO, O., 2007, p. 490.

<sup>177</sup> “Para Duguit, não é através da noção de causa que se encontra a explicação para a anulação por erro de facto, mas pela distinção entre o motivo impulsivo e o fim determinante”. (PEREIRA, 1962, p. 112).

<sup>178</sup> CINTRA, 1979, p.99.

<sup>179</sup> Citamos os casos *Trépont*, de 20 de janeiro de 1922; *Blanchard*, de 23 de março de 1923 e *Lefranc*, de 22 de janeiro de 1926. Nos três, o Conselho de Estado Francês anulou os atos administrativos objeto dos respectivos julgados, em razão da “inexistência de causa jurídica”. Tais atos de exoneração de servidor público haviam sido fundamentados na existência de pedido dos interessados, ocorre que restou comprovada a inexistência de tais pleitos. (PEREIRA, 1962, pp. 110-111).

<sup>180</sup> MELLO, O., 2007, p.491-493.

Feito tal panorama entre causa e motivo, cumpre destacar que, ao se falar de *causa* no direito administrativo, é quase que obrigatória a menção ao jurista português André Gonçalves Pereira, em razão de sua tese de doutorado – “Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo” – ser referência para muitos autores brasileiros<sup>181</sup> acerca do tema. Pela análise de sua obra, é de se perceber que o autor não iguala os sentidos dos termos em apreço.

Em que pese defender a independência dos conceitos próprios do ato administrativo em referência às noções do direito privado, o que se percebe é que a noção de *motivo* para o autor é a mesma que prevalece no Direito Civil. Com efeito, Pereira<sup>182</sup> é claro ao afirmar que “motivo é um elemento subjectivo, existente na vontade do agente, e que consiste na representação psicológica da forma de atingir o fim”. Motivo para o autor, portanto, é o que foi delineado no tópico anterior como *móvel* do ato administrativo.

Já o que tem sido traçado neste trabalho como *motivo*, para o jurista português, é o que se denomina *causa*, guardadas algumas peculiaridades. Em um primeiro momento, o que se poderia compreender é que a distinção entre a *causa* de Pereira e o motivo aqui desenvolvido fosse apenas de cunho terminológico, considerando a mesma objetividade com que o autor trata esse requisito, levando em conta tanto o fato como o direito.<sup>183</sup> Ocorre que o enfoque dado pelo autor é na *relação de adequação* que deve existir entre os pressupostos do ato (fático e de direito) e o seu objeto (conteúdo). Ou seja, a ênfase do autor é na *relação de pertinência* que deve existir entre a razão que enseja a ocorrência do ato e seu respectivo conteúdo, a partir do qual decorrem efeitos jurídicos no mundo fático. Considerando esse aprofundamento, constata-se que os chamados *pressupostos* – “situação de facto ou de direito que está necessariamente na base do acto”<sup>184</sup> – muito mais se assemelham com o motivo aqui desenvolvido do que com a causa, tratada pelo autor como *relação de adequação lógica*.

Como justificativa à adoção do termo *causa*, Pereira<sup>185</sup> afirma tratar-se de duas razões, uma de ordem lógica e outra terminológica. Segundo o autor, somente a causa poderia ser enquadrada como elemento do ato, já que pressuposto remete à ideia de algo que é exterior e, portanto, opõe-se à ideia de elemento. Sob o aspecto terminológico, corresponderia à questão “por que razão se praticou este acto administrativo?”, sendo este o seu real sentido.

<sup>181</sup> Entre tantos autores que o citam, destacamos: NOHARA, 2004, p. 35; ARAÚJO, F., 2005, p. 57. CINTRA, 1979, p. 100; MARTINS, 2008, p. 228; MELLO, C., 2013, p. 412.

<sup>182</sup> PEREIRA, 1962, p. 130.

<sup>183</sup> PEREIRA, 1962, p. 122.

<sup>184</sup> PEREIRA, 1962, p. 122. Na p. 129, o autor reitera esse entendimento, retomando os estudos do Prof. Marcelo Caetano (1941, p. 250) para quem o pressuposto é a “situação de facto ou de direito cuja existência a lei reputa indispensável para que o acto possa ser validamente praticado”.

<sup>185</sup> PEREIRA, 1962, p. 125.

É de se notar que a preocupação do autor em torno do desenvolvimento da causa como *relação de adequação* é dar fundamento à invalidação do ato administrativo discricionário quando da ocorrência do chamado *erro de facto* (situação fática indicada no ato inexistente, segundo o autor). É o que se pode depreender das seguintes assertivas:

[...]

E então, determinados os pressupostos, de duas uma – ou eles existem na realidade, e o acto tem causa; ou não existem porque o agente se enganou ou intencionalmente afirmou a realidade de pressupostos inexistentes para justificar a sua acção – e o acto está desprovido de causa, falta-lhe um elemento essencial, e deve ser anulado.

E esta asserção comprova-se pela anulação por erro de facto sobre os pressupostos que, explicável quando os pressupostos são legais, pois há então violação da lei, é *totalmente inexplicável no poder discricionário se não admitirmos a figura da causa*.

Como se justifica realmente a anulação por erro de facto no poder discricionário, de que a jurisprudência tem usado em corrente constante? *Se o agente podia escolher as circunstâncias em que queria agir, como explicar que, por ter escolhido circunstâncias inexistentes, o acto seja anulado?*

[...]

A nosso ver a *ideia de causa* é assim a *única explicação* possível da nulidade por erro de facto no poder discricionário [...].<sup>186</sup> (grifo nosso).

Verificou-se no tópico 2.4 que a discricionariedade entendida por Pereira<sup>187</sup> tem como característica central a existência de mais de uma atuação objetivamente válida perante o direito. Logo, coincide, em grande parte, com a conceituação mais moderna adotada também neste trabalho. Sendo assim, o que nos resta verificar é se, de fato, a causa apresenta-se como aspecto relevante e até mesmo imprescindível, sem o qual não é possível justificar a invalidação do ato administrativo discricionário, viciado por erro de facto.

Para tanto, o primeiro aspecto que deve ser enfrentado diz respeito ao que o autor chama de “tipicidade” da causa – mais adequado seria referir-se à “tipicidade dos pressupostos”, já que causa para ele é a relação de causalidade (caráter dinâmico) e não um determinado elemento específico. Nota-se que o jurista<sup>188</sup> defende que nem sempre o modelo ideal de opções está previsto legalmente, rejeitando assim a “tipicidade da causa”, adotada, segundo o autor, pelos administrativistas que sustentam a ausência de liberdade do agente público quanto às circunstâncias em que deve agir.

O fato de não acolher a “tipicidade da causa”,<sup>189</sup> no entanto, não significa que a discricionariedade quanto à eleição dos pressupostos do ato possa ocorrer sem qualquer

<sup>186</sup> PEREIRA, 1962, p. 123-124.

<sup>187</sup> PEREIRA, 1962, p. 220-221.

<sup>188</sup> PEREIRA, 1962, p. 126-128.

<sup>189</sup> “Saber se a causa é típica equivale a saber se está sempre descrita na lei, ou se pelo contrário pode ser determinada exclusivamente pelo agente”. (PEREIRA, 1962, p. 126).

diretriz normativa. O próprio autor<sup>190</sup> afirma não existir discricionariedade diante da ausência de regulamentação legal, sendo específico ao afirmar que “onde não há norma jurídica não há poder, discricionário ou vinculado”, haja vista a incidência do princípio da legalidade.

Essa conclusão, portanto, denega a assertiva anteriormente citada, do mesmo autor, no sentido de que a anulação por erro de facto sobre os pressupostos é “explicável quando os pressupostos são legais, pois há então *violação da lei, é totalmente inexplicável no poder discricionário se não admitirmos a figura da causa*”. Não apenas porque o princípio da legalidade incide sobre os atos vinculados e discricionários, mas também pelo fato de que a discricionariedade não necessariamente se opõe aos chamados “pressupostos legais”, como quer fazer crer a assertiva então exposta. É possível que o rol de opções conferido ao agente público esteja descrito na lei, o que não afastará o exercício do poder discricionário. Ao contrário, o que define o ato administrativo discricionário é a existência de mais de uma opção à escolha do administrador e não a ausência da descrição legal dessa mesma opção.

Logo, a anulação de ato administrativo discricionário em razão do erro de fato, tal como ocorre com o ato vinculado, deve ser atribuída também à violação legal. Ainda que os pressupostos fáticos não estejam esmiuçadamente descritos na regra jurídica, caso o fato jurídico indicado no ato seja incompatível com a realidade, haverá sim evidente afronta às regras da boa administração ou às normas de competência ou, ainda, aos princípios jurídicos.

Com efeito, contemporaneamente, tem-se entendido o princípio da legalidade de modo mais amplo, não se restringindo meramente ao direito positivo. Assim, os princípios de direito necessariamente devem ser avaliados quando da verificação da validade dos pressupostos fáticos e jurídicos alegados como fundamento de certo ato administrativo.

Ademais, como bem destacado por Martins<sup>191</sup>, a causa, como pressuposto lógico do ato administrativo, equivale ao conceito de *adequação*<sup>192</sup>, uma das facetas do princípio da proporcionalidade em sentido amplo – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – desenvolvido pelos constitucionalistas alemães.

Nesse sentido, não é convincente a afirmação de Pereira no sentido de que é inexplicável a invalidação do ato administrativo discricionário por erro de fato, caso não acolhida a teoria da causa. Como visto, mesmo diante de eventual ausência de descrição legal

---

<sup>190</sup> PEREIRA, 1962, p. 222-223.

<sup>191</sup> MARTINS, 2008, p. 229.

<sup>192</sup> Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello defende que aquele é uma das facetas deste – 2013, p. 414) estão expressamente previstos em diplomas legislativos, a exemplo do art. 4º da Lei do Estado de São Paulo nº 10.177/98, do art. 2º da Lei do Estado de Minas Gerais nº 14.184/2002 e do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99, no qual, ainda, há expressa previsão da *adequação* que deve haver entre os *meios e fins*, a ser observada pela Administração Pública.

dos pressupostos fáticos, é possível afirmar que a divergência do motivo do ato com a realidade compromete, ao menos, os princípios da legalidade (juridicidade) e da proporcionalidade (adequação).

Ademais, há uma aparente incoerência no entendimento de André Gonçalves Pereira que deve ser destacada, o que se depreende das seguintes afirmativas extraídas de sua obra:

- a) “A escolha pode ser dentre uma série ilimitada de actuações possíveis: é a *discricionariedade plena*. Mas pode a lei definir várias actuações entre as quais o agente escolha, ou pode a discricionariedade reduzir-se entre a acção e a inacção – aí haverá então uma série limitada. Porém, desde que haja mais de uma actuação objetivamente válida haverá discricionariedade”<sup>193</sup> (grifo nosso);
- b) “[...] Ora, a solução que nos parece imposta pelas realidades do direito positivo é a contrário: o poder discricionário não está necessariamente limitado às condições de fato; *quando há poder discricionário os pressupostos não estão contidos na lei*; e a causa é uma elemento essencial do acto administrativo, mas não da norma jurídica administrativa”<sup>194</sup> (grifo nosso);
- c) “A concluir podemos dizer portanto que o poder discricionário não está vinculado a pressupostos, na medida em que a lei não diz ou pode não dizer quais são os factos em que o agente deve basear a sua acção. Mas todo o acto administrativo tem de ter uma causa, e assim a determinação dos pressupostos faz-se sempre: *ou pela lei (poder vinculado) ou pelo agente (poder discricionário)*. Em ambos os casos a inexactidão dos pressupostos acarreta a ilegalidade do acto por falta de causa.”<sup>195</sup> (grifo nosso).

Perceba que o autor limita a previsão legal dos pressupostos ao ato vinculado (b e c), não a vislumbrando em caso de ato discricionário. Mas não parece ser essa a conclusão mais exata que se possa extrair do seu próprio raciocínio (a). Com efeito, somente em caso de *discricionariedade plena* (rol ilimitado de opções) é que se pode constatar uma ausência de regulamentação legal pormenorizada. No entanto, tratando-se de rol limitado de opções igualmente validadas é a própria lei quem as definirá, conforme afirmado pelo próprio autor (a). Portanto, em várias situações hábeis a ensejar discricionariedade, pode-se falar que é possível constar a previsão legal dos chamados *pressupostos*, tal como ocorre no ato vinculado – a diferença é que neste não há opção de escolha, por parte do administrador, entre indiferentes jurídicos.

Mesmo na *discricionariedade plena* – expressão de Pereira – em que a lei não especifica os pressupostos, pode ser que haja, ao menos, previsão legal de “balizas dentro das quais se abre um leque de indeterminadas opções, em relação às quais a escolha a ser feita

---

<sup>193</sup> PEREIRA, 1962, p. 221.

<sup>194</sup> PEREIRA, 1962, p. 231.

<sup>195</sup> PEREIRA, 1962, p. 243.



deverá levar à edição de um ato que se contenha nos parâmetros prefixados.”<sup>196</sup>

Para facilitar a visualização disso, veja só os seguintes exemplos: a) a escolha de um ministro do Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do art. 104, parágrafo único, da CF/88, em que o presidente tem um número determinado de opções (lista tríplice). Neste caso, é evidente a disposição legal impondo tal limitação e até mesmo balizas e condicionamentos (não são quaisquer três pessoas, mas aquelas entre trinta e cinco anos e sessenta e cinco anos, que possuam notável saber jurídico e reputação ilibada); b) uma das hipóteses de exoneração de cargo em comissão ou função de confiança, conforme art. 35 da Lei nº 8.112/90, é aquela “a juízo da autoridade competente”, expressão esta que já indica a série ilimitada de motivos.

Portanto, não procede o argumento anteriormente citado, do jurista português, no sentido de que a *violação da lei* não explica o erro de facto (inexistência dos fatos face à realidade) nos atos discricionários. Conforme enfrentado, caso inexista no mundo fático o pressuposto indicado como suporte do ato, restarão violados os princípios de direito, sobretudo o da proporcionalidade e o da juridicidade, bem como, certamente, as balizas que foram fixadas na regra legal (discricionariedade plena) ou até mesmo os pressupostos legais estabelecidos, a partir dos quais o administrador pode identificar a opção a ser tomada.

Nesses termos, verifica-se que a *causa* de Pereira tem se revelado como uma *inovação inadequada*<sup>197</sup>, pois não só nos remete à ideia de *adequação*, advinda do princípio da proporcionalidade, também adotado na seara do direito administrativo, como também, muitas vezes, traz confusão entre a relação de causalidade e a própria coisa relacionada (pressuposto).<sup>198</sup> Nas palavras de Araújo<sup>199</sup>, “pode-se perfeitamente afirmar que o motivo e o conteúdo (objeto) do ato devem guardar *relação de causalidade* e, assim, estará sendo expressa a mesma ideia referida por Gonçalves Pereira, porém, em termos mais precisos”.

Não se pode deixar de destacar que a Lei nº 4.717/65 (Lei de ação popular)<sup>200</sup> e, até mesmo de forma mais evidente, a Lei Paulista nº 10.177/98 deixam positivada a

<sup>196</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 85.

<sup>197</sup> Expressão utilizada por Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 57).

<sup>198</sup> Tal confusão restou expressamente demonstrada e criticada no início deste tópico, em que o autor discorre a respeito da “tipicidade da causa” quando, na verdade, dá a entender que se trata de tipicidade de pressupostos, já que causa teria um aspecto dinâmico, referindo-se à própria relação e não aos motivos que deram ensejo à ocorrência do ato.

<sup>199</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 57.

<sup>200</sup> Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

d) inexistência dos motivos;

[...]

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

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. (BRASIL, 1965).

necessária *relação de adequação* que deve existir entre os motivos que serviram de suporte ao ato administrativo e a realidade. A primeira determina que a inexistência de motivo para a invalidação do ato não se restringe à inexistência material ou jurídica, referindo-se também à sua inadequação face ao resultado obtido do ato, ou seja, ao seu conteúdo. O segundo diploma legislativo citado é ainda mais específico e disciplina assim:

Artigo 8º - São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:

I - incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;

II - omissão de formalidades ou procedimentos essenciais;

III - impropriedade do objeto;

IV - inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito;

V - desvio de poder;

VI - falta ou insuficiência de motivação.

Parágrafo único - Nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.

Verifica-se, portanto, que a legislação paulista abrange não só a inexistência do motivo como fator de invalidação como, também, sua eventual impropriedade, ou seja, falsidade. É de notar ainda que a legislação não se quedou inerte acerca do tema em debate, tendo disposto sobre a necessária relação de adequação ou de pertinência entre o motivo e o conteúdo, sobretudo nos atos discricionários, já que, em algumas situações, nem sempre o motivo está pormenorizado na lei (a “*discricionarietà plena*” de Pereira).

A previsão contida no parágrafo único do artigo acima citado, certamente, foi influenciada pelas ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>201</sup>, quem agregou ao conceito de causa (pressuposto lógico) de Pereira a *finalidade* como parâmetro de pertinência. Não é difícil constatar que a redação legislativa tem quase que os mesmos termos contidos na definição do mestre paulista a respeito da causa, qual seja, “correção lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em *função da finalidade tipológica do ato*”.

Cumprido destacar que, segundo Bandeira de Mello e Pereira, a avaliação da *causa* sobressai-se nos atos discricionários em que a norma não tenha indicado o motivo. Daí talvez decorra o fato de a legislação paulista ter ressaltado essa relação de causalidade no que diz respeito aos atos discricionários. Para ambos os autores, não se trata de avaliar se os motivos que suportam o ato administrativo guardam ou não correspondência com a lei, mas, sim, de averiguar se possuem ou não nexos lógicos com a decisão tomada (conteúdo do ato).<sup>202</sup>

<sup>201</sup> MELLO, C., 2013, p. 412.

<sup>202</sup> Segundo Pereira (1962, p. 237), o defeito da construção do Professor Queiró é este: “o de não ter visto que o que origina a anulação do acto discricionário por erro de facto não é a desconformidade entre a previsão legal

Por tudo que foi exposto, verifica-se que o vocábulo *motivo* é mais apropriado para expressar com objetividade os pressupostos fáticos e jurídicos que embasam a prolação do ato administrativo. Reforça tal conclusão o fato de que é o termo mais adotado entre os doutrinadores e o escolhido pelo direito positivo brasileiro. Não se quer aqui afirmar que a relação de causalidade (a “causa” de Pereira) deve ser desconsiderada quando da avaliação da validade do ato administrativo. Ao contrário, buscou-se afirmar a sua importância ao longo deste tópico, reconhecida até mesmo pelos diplomas legislativos citados. O que se quer defender, por ora, é que o termo não é útil, já que a relação de causalidade ou de pertinência entre o conteúdo e o motivo já advém da própria noção da adequação, uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Por fim, também demonstrado neste subitem, a *causa* não é a única explicação para a invalidação por erro de facto do ato administrativo discricionário, como quer fazer crer Pereira, levando-se em conta quer o princípio da juridicidade, quer as incoerências expostas e advindas da argumentação do jurista português.

### 3.5 Motivo e competência

A competência, que é um dos atributos do agente público, ao lado da capacidade civil, relaciona-se com o motivo do seguinte modo: “se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato.”<sup>203</sup> Conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, um motivo inexistente, em *ultima ratio*, configura incompetência material do agente. Isso porque o administrador público não age de modo incondicionado, segundo os seus próprios interesses, mas sempre imbuído da condição de “titular de atribuições que lhe permitem cuidar de interesses coletivos”, sendo sua conduta, por essa razão, “determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e a condicionam.”<sup>204</sup>

Com efeito, “[...] os poderes públicos, como é notório, não são deferidos às autoridades para que deles façam um uso qualquer ou em quaisquer circunstâncias, mas tão só

---

e a realidade, mas sim entre a fundamentação e a realidade [...]”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 413) é mais preciso ainda e vai além, dizendo que o que se avalia é a adequação clara entre o motivo e a decisão tomada: não é possível invalidar o ato por “falta do ‘motivo legal’ ou por ‘inadequação entre o ‘motivo de fato’ e o ‘motivo legal’, justamente em razão da circunstância de a norma jurídica não o indicar”, tampouco se trata de vício de motivação, pois os motivos indicados expressamente podem ser reais e não falsos.

<sup>203</sup> MELLO, C., 1992, p. 61.

<sup>204</sup> O autor afirma não ser a competência um cheque em branco, exatamente por considerar o interesse público sempre presente na atuação do administrador. (TÁCITO, 1954, p.2).

quando irrompam os fatos que os justificam [...]”.<sup>205</sup> Sintetiza bem esta afirmação de Caio Tácito:

A autoridade competente não atua no vácuo: *ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam as suas deliberações*. O ato administrativo mantém nexos de causalidade com os *motivos determinantes*, cuja existência se torna, assim, condição de legalidade (grifo nosso).<sup>206</sup>

Portanto, nítida é a correlação entre o motivo do ato administrativo e a competência do agente público. Inexistindo aquele, há de se perquirir a existência e a regularidade desta.

### 3.6 Motivo e finalidade

O motivo e a finalidade do ato não se confundem, o que fatalmente ocorreria caso fosse adotada a concepção subjetivista daquele. É o que ocorre na doutrina de Gaston Jèze<sup>207</sup>, que tenta transplantar “para o âmbito do direito administrativo a noção de motivo cultivada pelo direito privado.”<sup>208</sup> Ao afirmar que o motivo é pessoal e, portanto, variável, o autor torna indistinguível o motivo determinante do ato jurídico e seu respectivo fim:

[...] un mismo individuo no siempre presta dinero, por el mismo motivo determinante. Puede suceder que preste, un día, para realizar un negocio; otro día, para adquirir un inmueble; outro, para jugar a las carreras, etc. El objeto de cada uno de estos prestamos es el mismo, pero varía el motivo determinante.<sup>209</sup>

Assim é que Stavroula Ktistaki<sup>210</sup> afirma, já no início de sua obra, que, no começo do século passado, Gaston Jèze já havia antevisto, sem contudo apresentar solução, o problema da relação do motivo e da finalidade do ato administrativo. Ademais, segundo a autora, é aqui que se encontra uma questão que há muito tempo preocupa a doutrina. Pelo que foi dito até agora, em razão da própria noção privatística de motivo, verifica-se que esse problema não se restringe ao Direito Administrativo, estando presente também entre os civilistas.

<sup>205</sup> MELLO, C., 2013, p. 414.

<sup>206</sup> TÁCITO, 1954, p. 2.

<sup>207</sup> JÈZE, 1949, p. 224.

<sup>208</sup> CINTRA, 1979, p. 88.

<sup>209</sup> [...] um mesmo indivíduo nem sempre empresta dinheiro pelo mesmo motivo determinante. Pode ocorrer que empreste, um dia, para realizar um negócio; outro dia, para adquirir um imóvel; outro, para jogar cartas, etc. O objeto de cada um destes empréstimos é o mesmo, contudo varia o motivo determinante. (JÈZE, 1949, p. 223, tradução nossa).

<sup>210</sup> KTISTAKI, 1991, p. 3.

Em sentido contrário ao evidenciado por Jèze, Bonnard, expondo uma noção objetivista do motivo, trouxe pela primeira vez uma nítida distinção entre o seu conceito e o da finalidade do ato<sup>211</sup>, sem deixar, no entanto, de correlacioná-los. Com efeito, indo além de Duguit, seu mestre, Bonnard não iguala os conceitos do motivo e do resultado prático a ser alcançado pelo ato.<sup>212</sup>

E é essa distinção que tem sido acolhida pela maioria dos administrativistas pátrios, sem deixar, no entanto, de reconhecer a relação entre ambos. De modo bem sintético, pode-se afirmar que o motivo do ato é o seu “porquê”, enquanto a sua finalidade é o seu “para que”. Ou tal como dito por Bonnard<sup>213</sup>, um é ponto de partida e o outro é ponto de chegada. Interessante salientar que o fim está sempre vinculado ao interesse público, genérico ou específico, sendo caracterizado por Cretella Júnior<sup>214</sup> como a *bússola* do ato administrativo.

Segundo Vidal, tanto o motivo como a finalidade do ato caracterizam-se como *elementos* determinantes da vontade do agente, sendo a razão pela qual ambos se aproximam. Nas palavras do autor: “[...] é em consideração da existência de um elemento objetivo exterior – o motivo – que o autor do ato decide tender para a realização de uma certa finalidade.”<sup>215</sup>

Para melhor visualização, é como se o ato administrativo tivesse necessariamente um itinerário a percorrer, devendo caminhar do motivo rumo à finalidade, em perfeita simetria, considerando o interesse público.<sup>216</sup> Nesse sentido, bem interessante é a seguinte colocação feita por Edmir Netto de Araújo: “em suma, o motivo e finalidade são as duas faces da mesma moeda, que é o interesse público concretamente existente, por isso devem ser simétricos.”<sup>217</sup>

Logo, embora simétricos e correlacionados, não se confundem. A distinção entre um e outro é claramente vislumbrada no exemplo de Seabra Fagundes, tomando-se por base o ato administrativo de demissão. “O motivo está nas faltas que lhe são atribuídas e que a lei diz poderem acarretar a exoneração. [...] A finalidade é a seleção do quadro do funcionalismo, do

<sup>211</sup> KTIKISTAKI, 1991, p. 3. Para reforçar, citemos a seguinte afirmação do próprio Bonnard: “[...] Le but consiste en effet, parfois à toucher au fait ou a la situation que forme le motif”. (BONNARD, 1935, p. 34 *apud* FAGUNDES, 1984, p. 24).

<sup>212</sup> Segundo o autor, Duguit deixa de considerar o termo causa, substituindo-a pelo motivo ou fim do ato jurídico. (MELLO, O., 2007, p. 490).

<sup>213</sup> BONNARD (1953, p. 138 *apud* ARAÚJO, E., 1997, p. 182).

<sup>214</sup> CRETELLA, 1978, p. 42.

<sup>215</sup> VIDAL, 1952, p. 35-65.

<sup>216</sup> BONNARD (1953, p. 34 e 65 *apud* ARAÚJO, E., 1997, p. 176).

<sup>217</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 182.

qual se retira um servidor prejudicial.”<sup>218</sup> Em outros termos, o motivo é o que impulsiona a atuação do agente rumo à finalidade do ato, sendo esta o resultado prático a ser alcançado.

### 3.7 Motivo e motivação

A distinção entre motivo e motivação já é bem aceita pela doutrina, podendo-se encontrar pequenas divergências quanto a esta, quer seja em decorrência de sua extensão e obrigatoriedade, quer seja em razão da ausência de consenso em torno do que seja motivo. Com efeito, quase nenhum administrativista defende a identidade entre os citados termos.<sup>219</sup>

De modo geral, o motivo é requisito do ato administrativo – chamado por alguns de “elemento” – que se refere à situação de fato e de direito que *impulsiona* a ocorrência do ato. É o seu fundamento, a sua razão de existir, o seu porquê. Diferentemente, a motivação enquadra-se como pressuposto formalístico,<sup>220</sup> mais comumente denominado de *formalidade*, cujo conceito não se enquadra na definição de *forma* do ato administrativo.

Oportuno frisar que o presente trabalho filia-se à concepção restrita do que seja forma, cuja abrangência limita-se à ideia da *exteriorização* do ato administrativo.<sup>221</sup> Nesse diapasão, entendem-se como *formalidades* aquelas exigências legais *específicas* relacionadas à forma. Para ilustrar, tomemos por empréstimo o exemplo dado por Weida Zancaner<sup>222</sup>: cessão verbal de uso de bens públicos de um órgão para outro, ambos da mesma entidade.

<sup>218</sup> Perceba que no exemplo dado, Seabra Fagundes muito bem relacionou o aspecto jurídico e o fático ao delinear o que seria o motivo do ato. (FAGUNDES, 2010, p. 24). Ainda, a título de constatação, esse mesmo exemplo é dado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 522), o qual afirma de modo expresso que motivo e fim não se confundem. Para o autor, que denomina este de *causa final do ato administrativo*, é possível desmembrá-lo em causa final objetiva e subjetiva. A primeira, no exemplo acima citado, seria a “consequência prática do ato de demissão” e esta seria o fim do agente – “resguardar o interesse público ou obter vaga para aproveitar afilhado político”. Em nenhum dos dois casos há similitude com a noção de motivo, que para o autor é exatamente o mesmo afirmado por Seabra Fagundes: “falta praticada”.

<sup>219</sup> Destacamos a posição de Stassinopoulos (1973, p. 198-201), citada por Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 92), em que o autor utiliza o mesmo termo *motivo (motif)* para designar o que se entende por motivação, confundindo-se ambos os sentidos. Isso é evidentemente uma exceção entre os administrativos de cujas obras tivemos acesso.

<sup>220</sup> Ou requisito formalístico ou, ainda, formalização. Tais expressões encontram-se na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 404 e 415/416) e de Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 235). Enquadramento distinto – motivação como *requisito procedimental* (ato jurídico) – é visto nas obras de Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 94) e Antônio Carlos de Araújo Cintra (1979, p. 111). A título de informação, Ricardo Marcondes Martins (2008, pp. 235-236) contrapõe expressamente o posicionamento desses autores. Ainda, destacamos que o enquadramento da motivação como requisito procedimental não, necessariamente, afasta a sua classificação como pressuposto de validade do ato administrativo. É o que se deduz da obra de Florivaldo Dutra de Araújo, para quem a motivação é requisito procedimental e pressuposto de validade do ato, também inconfundível com o ato em si (conteúdo e forma).

<sup>221</sup> Nesse sentido, acompanhamos o entendimento de Weida Zancaner (1993, p. 34); Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2012, p. 77); Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 235) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 398). Quanto às concepções restrita e ampla de forma, Di Pietro (2014, p. 216) bem as sintetiza.

<sup>222</sup> ZANCANER, 1993, p. 70.

Essa cessão teve uma forma – verbal – e, portanto, foi exteriorizada. Se não houvesse sido, sequer teria existido, pois a forma refere-se ao plano da perfeição. Ocorre que dita cessão não observou as formalidades específicas exigidas para tanto, quais sejam, a realização de termo e anotação cadastral, o que significa afirmar que o ato de cessão encontra-se irregular, pois que incompleto o plano da validade. É fácil perceber que não apenas as definições de forma e formalidade são distintas como, também, em razão disso, os efeitos jurídicos advindos da teoria da invalidade.<sup>223</sup> A primeira é condição de existência do ato, a segunda de validade.

A razão pela qual a motivação enquadra-se como requisito formalístico é por tratar-se de uma exigência legal específica, relacionada à exteriorização do ato. Nas palavras de Martins,<sup>224</sup> a motivação “é uma das exigências impostas pelo sistema jurídico à forma do ato administrativo, diz respeito ao pressuposto formalístico de regularidade”. O art. 50, da Lei nº 9.784/99, por exemplo, ao determinar que os atos sejam motivados, evidencia uma exigência legal específica que deve ser observada quando do revestimento da forma.

Sendo assim, verifica-se que a motivação é pressuposto de validade do ato administrativo e não elemento, porquanto não se relaciona ao plano da perfeição. Diante disso, duas semelhanças entre a motivação e o motivo do ato se destacam: nenhum deles é parte componente do ato administrativo e ambos são pressupostos de sua validade.

A motivação é compreendida como a indicação expressa dos motivos fáticos e jurídicos, da finalidade que se quer atingir com a prolação do respectivo ato, da correlação lógica entre o motivo e o seu conteúdo, da observância aos princípios e regras jurídicas. Enfim, a motivação é a oportunidade que o agente público tem de justificar, formalmente, a emissão do ato administrativo. Por conseguinte, é possível perceber que a distinção entre motivação e motivo, além de conceitual, é também temporal. O motivo precede a motivação.

Verifica-se que o conceito ora adotado não se restringe à simples indicação dos motivos.<sup>225</sup> Caracteriza-se por sua *intencionalidade* e é compreendida como um “discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado.”<sup>226</sup> É por meio da motivação, assim, que o administrador argumenta, visando convencer o particular e/ou a própria coletividade, bem

---

<sup>223</sup> Nesse sentido, válido destacar a afirmação de Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2012, p. 77): “Há que se observar que alguns administrativistas incluem no conceito de forma o que chamamos de formalização, que é o modo específico de apresentação da forma, o que em nosso entender prejudica a análise da invalidação do ato administrativo. Por isso, optamos por adotar o entendimento diverso”.

<sup>224</sup> MARTINS, 2008, p. 235.

<sup>225</sup> Alguns autores, no entanto, limitam-se a caracterizar a motivação como sendo a exposição dos seus motivos, assim o fazem, por exemplo: DI PIETRO, 2013, p. 219 (“motivação é a exposição dos motivos”); CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 42 (“motivar o ato é dar-lhe os motivos”); e CAVALCANTI, 1973, p. 75 (“motivação é a expressão do motivo”).

<sup>226</sup> CINTRA, 1979, p. 107.

como os órgãos de controle, acerca do acerto de sua decisão, tanto sob o aspecto da legalidade como da legitimidade.

O fundamento da motivação, sem dúvida alguma, encontra-se no princípio da transparência dos atos públicos, que tem respaldo direto na Carta Constitucional, tendo em vista o art. 37, *caput*, em que um dos princípios incidentes à Administração Pública é o da *publicidade*. Ademais, como bem frisado por Martins<sup>227</sup>, pode-se dizer até mesmo que a motivação decorre de três princípios estruturantes: republicano, democrático e de direito.

Com efeito, na medida em que o agente público não atua em nome próprio, mas do povo, o qual tem o direito de influenciar e fiscalizar a sua atuação, que deve ser baseada no Direito, torna-se fácil entender a necessidade do *discurso justificador*<sup>228</sup> do ato, necessariamente formal.

A Lei Federal nº 9.784/99, que regula o processo administrativo em âmbito federal, expressamente arrolou a motivação como um dos princípios em seu art. 2º, tendo sido destinado um capítulo para tratar a seu respeito. Como características centrais, a citada lei determina seja ela explícita, clara e congruente. Interessante notar a sutil diferença de tratamento entre a citada lei federal e a Lei nº 10.177/1998 do Estado de São Paulo. A primeira determina que os atos administrativos sejam motivados, “*com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos*” (art. 50). Ou seja, relaciona a motivação à exposição dos motivos. Já a lei paulista, mais condizente com o que ora se defende, prevê que “*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*”. Em outros termos, é bem mais abrangente, abarcando outros aspectos do ato com o intuito de robustecer sua fundamentação.

Quanto à distinção feita por Araújo,<sup>229</sup> baseada em D’Alessio, no que diz respeito à motivação *formal* e *material*, salienta-se que o presente trabalho não a adota, por não entendê-la útil. Compreende-se *motivação* ou *fundamentação*<sup>230</sup> do ato administrativo como sinônimo do que o autor denomina de *motivação formal*.

---

<sup>227</sup> MARTINS, 2008, p. 236-237.

<sup>228</sup> Expressão de Florivaldo Dutra de Araújo extraída de sua obra *Discrecionalidade e motivação do ato administrativo*. (ARAÚJO, F., 2006, p. 120).

<sup>229</sup> ARAÚJO, F., 2005, pp. 90-91. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 529), no mesmo sentido, afirma ser necessário distinguir a motivação formal (que é a apresentada pelo agente), da que efetivamente a presidiu. Ou seja, é quase que o mesmo conceito do que vem sendo tratado de motivação formal e substancial.

<sup>230</sup> Os termos *motivação*, *justificação* ou *fundamentação* foram tomados como sinônimos neste trabalho, não sendo adotadas as distinções de Juso e Iaccarino, expostas por Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 91-92) e por Antônio Carlos de Araújo Cintra (1979, p. 108-109).



A motivação *material*<sup>231</sup> estaria relacionada ao cumprimento dos requisitos legais, entre os quais a adequação e veracidade do motivo e sua relação de causalidade face ao conteúdo, tendo em vista a finalidade do ato. Para a presente pesquisa, essa avaliação faz-se através do exame dos próprios pressupostos e elementos do ato administrativo, considerando-se os princípios de direito, sobretudo, o da proporcionalidade, razoabilidade e veracidade. A motivação *formal*, por sua vez, é que traria explícita a necessidade de *exposição* ou *demonstração* dos motivos reais e de demais aspectos relacionados à legalidade do ato.

### 3.7.1 Finalidade da motivação

Tendo sido tratados os fundamentos da motivação e suas características centrais, é importante entender qual a sua finalidade, ou seja, *para que* o agente público motiva os atos por ele prolatados. Talvez se possa argumentar que a finalidade principal relaciona-se ao controle, seja ele político, jurisdicional, interno e até mesmo popular. É por meio da exposição clara não somente dos fatos que ensejaram a ocorrência do ato, mas do seu enquadramento legal, da finalidade que se busca alcançar, da pertinência lógica existente entre seus aspectos, que é possível verificar a sua legitimidade e veracidade, bem como certificar se algum de seus requisitos encontra-se viciado.<sup>232</sup> Destarte, retomam-se os dizeres de Bandeira de Mello:<sup>233</sup> “Deveras, como contestar a validade de um ato por falta de motivo se eles não forem exarados? Como impugná-los se eles forem “secretos”? Como submetê-los ao crivo controlador, para garantia de direitos, se puderem ser de todos ignotos?”

Com efeito, a enunciação dos motivos e de outros aspectos necessários à justificativa do ato é imprescindível para a aferição de seus aspectos. Se há omissão ou obscuridade na sua indicação, certo é que haverá dificuldades para o seu efetivo controle. No Estado Democrático de Direito, tal como o é o Brasil (art. 1º da CF/88), não há espaço para uma atuação velada por parte do administrador, já que este não é dono ou senhor de sua própria atividade<sup>234</sup>, administra a *res publica* (coisa pública), encontrando-se sempre a serviço

<sup>231</sup>Para sustentar esse posicionamento, veja o que o próprio D’Alessio (*apud* ARAÚJO, F., 2005, p. 90) entende por motivação material: “em sentido substancial, não é concebível inexistência de motivação, já que toda declaração de vontade do Poder Público tem de guardar uma relação de interdependência lógica com as razões que influíram em sua determinação”. Ou seja, a ideia aqui tratada mais se assemelha à causa de Pereira (1962).

<sup>232</sup>MARTINS (2008, p. 253) afirma que a motivação se trata de um instrumento para apuração de ilegalidades, pois é por meio dela que, na maioria das vezes, constatam-se os vícios – “vícios de procedimento, de processo, de competência, de finalidade, de contentorização, de motivo e de causa”.

<sup>233</sup>MELLO, C., 1992, p. 65.

<sup>234</sup>Advém das lições de Rui Cirne Lima (1939, p. 21 *apud* ARAÚJO, F., 2005, p. 105).

da coletividade.<sup>235</sup>

Portanto, é por meio da motivação que se presta contas ao povo, verdadeiro titular do poder público (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), acerca do porquê da ocorrência de determinado ato, resguardando os direitos dos administrados. É ao motivar o ato que se concretizam os valores por ela prestigiados e que estão no seu alicerce, a exemplo da transparência e da moralidade que devem reger o administrador público. Contudo, a viabilização do controle e a garantia do direito dos cidadãos não são a sua única finalidade.

Como bem destacado por Cintra<sup>236</sup>, a motivação ainda se revela como um grande facilitador para a atuação do intérprete e como um mecanismo de aperfeiçoamento da função pública, na medida em que a “Administração Pública é beneficiada com uma probabilidade mais alta de acerto e legalidade em suas decisões, evitando-se precipitações e negligências no desenrolar da atividade administrativa”. Isso porque o agente público, ao motivar, necessita refletir de modo mais profundo acerca do efetivo fundamento de seu ato, evitando assim atuações impensadas e, muitas vezes, irracionais. Como síntese de tudo que foi dito:

Juso relaciona como fins a serem satisfeitos pela motivação: dar aos atingidos pelo ato o mais amplo conhecimento das razões do procedimento; fazer mais claro o conteúdo do ato; coadjuvar na sua interpretação e aplicação prática; satisfazer a opinião pública, rendendo-lhe contas; facilitar o controle sobre o ato, por parte da própria Administração ou do Judiciário; ou seja, em poucas palavras, “permitir o controle, o mais completo e exaustivo, sobre o iter *voluntatis* do agente”, na medida em que é regra a imperatividade de que todo procedimento administrativo deve ser cognoscível e exteriorizável.<sup>237</sup>

### 3.7.2 Motivação como pressuposto obrigatório

Considerando as finalidades da motivação, é de se perceber que, nas palavras de Cintra<sup>238</sup>, “em princípio, o ato administrativo deve ser motivado, seja ele vinculado ou discricionário, porque às duas categorias se ajustam, indiferentemente, quase todas as finalidades da motivação”. E é exatamente esta que tem sido a tendência demonstrada pelo Direito Administrativo pátrio. Quer seja como forma de viabilizar o controle, quer seja para elucidar e facilitar a interpretação, concretizando, assim o princípio da transparência, quer

<sup>235</sup> Aqui se filia ao entendimento de Florivaldo Dutra de Araújo, no sentido de que não há interesse público primário da Administração Pública, já que em última instância o que se busca é sempre o interesse da coletividade. Nesse sentido: “E aqui se reafirma a posição contrária a qualquer teoria que admita a existência de interesses da Administração como simples sujeito, despojado de seu dever de busca das finalidades coletivas”. (2005, p. 107).

<sup>236</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 112-113.

<sup>237</sup> ARAÚJO F. (2005, p. 105 *apud* JUSO, 1963, p. 15-16).

<sup>238</sup> CINTRA, 1979, p. 125.

seja, ainda, em decorrência de a República Federativa do Brasil se tratar de um Estado Democrático de Direito, o fato é que a motivação é, em regra, obrigatória. Em outros termos, “imperioso entender que ‘motivar’, em nosso modelo, passou a ser, desde o advento do Estatuto Fundamental de 1988, dever de radical alcance, a exigir fundamentação rigorosa, isto é, lastro de congruência nítida e intertemporal dos atos administrativos *lato sensu*”.<sup>239</sup>

Nesses termos, importante lembrar os seguintes dizeres de Bandeira de Mello:

[...] Bem por isso, decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível “arbitrio” ou “juízo de consciência” dos próprios autores do ato são radicalmente inconvenientes com o “Estado de Direito”, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e consequentes mecanismos de seu controle.<sup>240</sup>

Logo, por todos os fundamentos já apresentados, resta claro que a motivação independe de previsão legal ou do tipo de poder (discricionário ou vinculado), já que decorre de princípios constitucionais. Ademais, a CF/88 prevê expressamente, em seu art. 93, X, que as decisões *administrativas* dos tribunais serão *motivadas*. Assim, por qual razão as demais não seriam?

Mas esse entendimento, por certo, não é unívoco. Há quem relativize tal obrigatoriedade<sup>241</sup>, entendendo que apenas os atos vinculados devam ser motivados<sup>242</sup>, sob o argumento de que nesses casos é que o agente estaria restrito aos ditames legais. Há, também, de outro modo, quem entenda<sup>243</sup> ser a motivação de especial relevo nos atos discricionários, sob o fundamento de que nestes, em razão da discricção conferida ao administrador público, é mais difícil deduzir as razões que serviram de embasamento para o ato administrativo.

Ocorre que, entendendo que a aplicação de conceitos indeterminados, técnicos ou vagos não ensejam discricionariedade, mas vinculação, é fácil compreender que não é cabível limitar a motivação aos atos discricionários, sob o argumento de que apenas nestes é que haveria maiores dificuldades para localizar com precisão os fundamentos que impulsionaram a prolação do ato. Também nas situações de vinculação, em que não há regulação clara acerca de muitos aspectos do ato, exigindo-se do administrador um trabalho exegético em busca da

<sup>239</sup> FREITAS, 2013, p. 390.

<sup>240</sup> MELLO, C., 1992, p. 67.

<sup>241</sup> Por exemplo, Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 76 e 119).

<sup>242</sup> Por exemplo, Edmir Netto de Araújo (1997, p. 182).

<sup>243</sup> É o caso, por exemplo, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 526-528). Ao expor os posicionamentos antagônicos, afirma que nenhum desses entendimentos está com inteira razão, concluindo que a motivação de ato vinculado pode ser dispensada em caso que envolva “pura e simplesmente a aplicação de lei em questão de direito”, embora fosse melhor que houvesse tido a motivação. Conclui assim que “a motivação de ato administrativo que deflui do exercício de poderes discricionários se apresente de especial relevo”, para efeito de controle judicial.

*melhor* solução a ser adotada, é preciso haver uma explicitação das razões pelas quais o intérprete conclui de determinado modo. Ademais, tampouco é cabível argumentar que a fundamentação estaria restrita aos atos vinculados, em razão da liberdade do agente público nos atos discricionários, pois, mesmo nestes casos, há requisitos necessariamente vinculados, razão pela qual se afirma que a discricionariedade jamais é ilimitada.

Por fim, no que tange ao rol previsto no art.50 da Lei do Processo Administrativo Federal, verifica-se que suas hipóteses contemplam situações demasiadamente amplas, o que reafirma que a fundamentação deve ser compreendida como regra, e não exceção.<sup>244</sup>

### 3.7.3 Dispensa de motivação

Diante da obrigatoriedade da motivação, a questão que se coloca é se haveria alguma exceção a essa regra, sendo a resposta positiva, em razão ou da natureza do ato ou de previsão legal. A primeira exceção, sem dúvida alguma, diz respeito aos atos administrativos cujo sigilo seja essencial à manutenção da segurança nacional ou da ordem pública.<sup>245</sup>

A segunda hipótese de dispensa de motivação refere-se a atos cujo cumprimento seja imediato, considerando que a “enunciação da motivação é incompatível com a necessidade de imediato cumprimento”, nada obstando que tais atos sejam motivados em momento posterior. A título de exemplo, citem-se os atos administrativos expedidos pelo guarda de trânsito.<sup>246</sup>

A terceira e última exceção encontra-se na chamada *teoria dos motivos inerentes*, segundo a qual a motivação é inerente ao próprio conteúdo do ato. Não se trata aqui de defender *motivação implícita*, mas de argumentar que, em alguns casos, a motivação não surge em espaço apartado do ato em si, sendo, portanto, “dispensável a enunciação de algo além do conteúdo.”<sup>247</sup> Deve-se ter cautela, no entanto, para não generalizar a sua aplicação.

<sup>244</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 408) afirma o seguinte: “a restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional”. No nosso entender, o rol deve ser entendido como exemplificativo e não taxativo, de modo que a motivação deva ser considerada como regra.

<sup>245</sup> Se aprofundarmos neste tema, poderemos questionar se o problema aqui é de motivação ou de publicidade desta. Em todos os casos, é evidente que deve haver motivos hábeis a ensejar a prolação do ato e que os demais aspectos, tal como competência e finalidade, estejam amparados em lei.

<sup>246</sup> Exemplo extraído de Martins (2008, p. 252). Dromi (1985, p. 70), no entanto, arrola esse exemplo como um típico exemplo de motivação ulterior e não de dispensa de motivação.

<sup>247</sup> Em nota de rodapé, afirma não tirar a razão do Prof. Florivaldo Dutra de Araújo em criticar a chamada “motivação implícita” suscitada por Sundfeld. Argumenta, no entanto, que não é incorreto arrolar tais casos – em que a motivação esteja inerente ao conteúdo – como hipóteses de dispensa. (MARTINS, 2008, p. 252)

### 3.7.4 Tipos de motivação

A motivação pode revelar-se em formas e momentos distintos, sendo desejável, do ponto de vista prático, que seja contextual e contemporânea<sup>248</sup>, estando o seu registro no mesmo veículo normativo em que se formaliza o ato. As modalidades existentes de motivação manifestam-se com base no instrumento em que se situam e na sua posição cronológica.<sup>249</sup>

No que tange à sua topologia, pode ser contextual ou *aliunde*, também denominada de *per relationem*. A primeira é a que se situa no mesmo documento em que se encontra o ato motivado, enquanto esta última em instrumento distinto, a exemplo dos pareceres ou outras manifestações listados no art. 50, da Lei Federal 9.784/99<sup>250</sup> e também mencionados no art. 9º, parágrafo único, da Lei 10.177/98, do Estado de São Paulo.

Quanto à sua posição cronológica, certo é que a motivação contextual caracteriza-se por ser contemporânea ao ato administrativo. Tratando-se de motivação não contextual, pode ser revelada ou em momento anterior ao ato ou, excepcionalmente, de modo sucessivo ou ulterior. Em caso de motivação *aliunde*, certo é que deve ser dada a mesma publicidade que foi conferida ao ato motivado, sob pena de a finalidade da motivação restar esvaziada.

No que diz respeito à motivação *aliunde* ou *per relacionem*, os autores divergem quanto à sua admissibilidade em momento posterior ao ato motivado. Araújo<sup>251</sup> afirma ser admissível apenas quando, “pela natureza e circunstâncias do ato administrativo, for impossível motivá-lo contemporaneamente, de modo contextual ou por remissão a um ato já praticado”. Ao contrário é o posicionamento de Bandeira de Mello<sup>252</sup>, de Martins<sup>253</sup> e de Dromi<sup>254</sup>, para os quais é possível admiti-la com o intuito de convalidar eventual vício existente, variando os autores no rigor dos requisitos para tanto.

Finalmente, há autores<sup>255</sup> que admitem ainda duas modalidades de motivação, referentes à sua forma de expressão, quais sejam, as explícitas e implícitas, não adotadas no

<sup>248</sup> Dromi (1985, p. 69) é expresso ao afirmar que até mesmo a motivação *prévia* é considerada uma exceção.

<sup>249</sup> As considerações aqui foram feitas a partir do estudo das obras de Cintra (1979, p. 129) e de Araújo (2005, p. 119).

<sup>250</sup> O art. 50, § 1º da citada lei assim preceitua: 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* (grifo nosso). Quanto a essa última expressão, interessante a observação feita pelo Professor Florivaldo Dutra de Araújo (2005, 120) no seguinte sentido: [...] Contudo, não se pode entender este dispositivo de modo literal, como se estivesse aderindo à tese de que a motivação é, propriamente, parte do conteúdo do ato. Quer-se apenas dizer que o *valor* da motivação *aliunde* é o mesmo da *contextual*”.

<sup>251</sup> ARAÚJO, F., 2005, p. 120 e p. 126.

<sup>252</sup> MELLO, C., 2013, p. 406-407.

<sup>253</sup> MARTINS, 2008, p. 248-249.

<sup>254</sup> DROMI, 1985, p. 69.

<sup>255</sup> CINTRA, 1979, p. 129-130.

presente trabalho, em razão da dicção do art. 50, § 1º, da Lei Federal nº 9.784/99 ser taxativa no sentido de que a motivação deva ser explícita. Ademais, “motivação implícita” é expressão contraditória em face do conceito de “motivação”, que tem por ideia central a explicitação.<sup>256</sup>

### 3.8 Discricionariedade e vinculação no motivo

Já tendo sido delimitado no capítulo precedente o que se entende por discricionariedade e vinculação, cabe neste momento refletir sobre seus conceitos e aplicabilidades no que tange ao motivo do ato administrativo. É pacífico entre os doutrinadores que o motivo e o conteúdo são aspectos em que pode haver discricionariedade por parte do administrador.<sup>257</sup> Essa liberdade, frisa-se, decorre dos chamados indiferentes jurídicos – opções igualmente válidas perante o Direito – que podem, ou não, estar em número determinado.

Nesse sentido, o ato de aposentadoria compulsória ou o ato de aplicação da pena em razão de falta grave ou, ainda, o ato de promoção de certo servidor público, possuem motivos vinculados. Lado outro, possuem motivos de discricionária avaliação o ato de exoneração de cargo comissionado ou o ato de nomeação para certo cargo público decorrente de lista tríplice.

Destaca-se que o motivo legal unívoco não somente fundamenta a ocorrência do ato como enseja o *dever* de o agente público praticá-lo.<sup>258</sup> Assim, por exemplo, sendo o servidor classificado como o mais antigo e sendo este o critério para promoção, a ausência de opções disponíveis ao administrador revela uma obrigação de agir, e não uma faculdade.

É comum, quando do estudo da presente matéria, deparar-se com as seguintes expressões: *motivo legal* e *motivo de fato*. O primeiro seria aquele motivo previsto pela norma legal e o segundo seria o motivo do caso concreto. Assim é que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>259</sup> distingue-os: “Motivo legal é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, contida na regra de direito, ao passo que o motivo de fato é a própria situação fática reconhecível no mundo empírico, em vista do qual o ato é praticável”.

---

<sup>256</sup> Nesse mesmo sentido, Florivaldo Dutra de Araújo, 2005, p. 121.

<sup>257</sup> Quanto à finalidade, há divergência. A maioria entende que se trata de aspecto vinculado, mas há quem compreenda de modo diverso, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 435).

<sup>258</sup> MELLO, O., 2007, p. 524.

<sup>259</sup> MELLO, C. (1992, p.61). Nesse texto o autor utiliza das seguintes expressões: *motivo legal* e *motivo de fato*, já em sua obra *Curso de Direito Administrativo* (2013), fala em *motivo legal* e *motivo do ato*, sem, no entanto, alterar a sua respectiva definição.

O autor<sup>260</sup> afirma que, inexistindo o motivo legal, restará configurada sua discricionariedade. Esse também parece ser o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.<sup>261</sup> Ocorre que não é possível fazer esta correlação: motivo legal enseja vinculação e do motivo fático decorre a discricionariedade. Como frisado oportunamente, o que define a discricionariedade é tão somente a opção de escolha por parte do administrador (*liberdade volitiva*), não sendo acolhida por este trabalho a opção de *liberdade intelectual*, decorrente da interpretação de conceitos indeterminados.<sup>262</sup> Assim, é que poderá haver mais de um motivo abstratamente previsto na norma, igualmente válido, qualificando, portanto, a avaliação do motivo como discricionário. Como, também, pode haver motivo não pormenorizado pela lei, mas, tomando-se por base os parâmetros legais, ser possível concluir pela necessidade de adoção do *melhor* motivo, não havendo que se falar em escolha por parte do administrador.

Nesse sentido, sintetiza Martins:

Tanto é possível que, apesar da existência de uma regra abstrata (de motivos legais), diante das circunstâncias fáticas, *duas ou mais soluções sejam razoavelmente possíveis*, como também que apesar da inexistência de uma regra abstrata (de motivos legais), diante das circunstâncias fáticas, somente uma solução seja possível.

Enfim: é irrelevante a existência ou inexistência de motivo legal, ou seja, de uma regra abstrata, para que haja vinculação ou discricionariedade. Diante das circunstâncias fáticas, haverá vinculação quando apenas uma solução for admitida pelo Direito, estando o agente competente obrigado a adotá-la; e discricionariedade se duas ou mais soluções forem admitidas, competindo ao agente escolher a solução que, a seu juízo, melhor atenda ao interesse público.<sup>263</sup>

Ademais, tomando-se por base os *indiferentes jurídicos* para fins de definição do motivo como aspecto vinculado ou discricionário do ato administrativo, observa-se que há outra razão pela qual se mostra insustentável a correlação entre inexistência ou existência de motivo legal e discricionariedade ou vinculação, qual seja, a necessária apreciação prévia das circunstâncias concretas, por parte do administrador público.<sup>264</sup>

<sup>260</sup> Nas palavras do autor: “O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quanto não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato”. (MELLO, C., 2013, p. 401).

<sup>261</sup> MELLO, O., 2007, p. 523.

<sup>262</sup> Esse paralelo entre discricionariedade volitiva e interpretativa de Celso Antônio Bandeira de Mello foi bem exposto por Florivaldo Dutra de Araújo (2006, p. 111).

<sup>263</sup> MARTINS (2008, p. 222-223). Embora essa síntese sirva de embasamento e a nosso ver esteja acertada, destacamos que, em alguns momentos de sua obra, parece-nos que o autor confunde os conceitos de discricionariedade e vinculação aqui tomados. Perceba que nesta citação resta claro o entendimento de que discricionariedade é quando há *indiferentes jurídicos*. No entanto, não é o que ocorre ao se deparar com esta afirmação do autor: “no campo da discricionariedade, a *única* decisão que o *sistema admite* é aquela que segundo o juízo do agente e diante das circunstâncias fáticas efetivas *melhor* atende o interesse público” (2008, p. 228).

<sup>264</sup> Assim são esclarecedores os exemplos listados por Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 187).

### 3.8.1 Elemento volitivo

Em razão de alguns autores atrelarem a relevância do elemento volitivo tão somente ao ato administrativo discricionário, entende-se metodologicamente acertado discorrer brevemente a seu respeito dentro deste tópico. Como afirmado anteriormente, é um elemento importante não somente no impulso para a ocorrência do ato administrativo como, também, no próprio ato interpretativo do agente público, quer seja diante de fatos ou de normas.

Desse modo, o entendimento aqui adotado é o de que a vontade está sempre presente, quer em atos discricionários quer em atos vinculados, sendo considerada até mesmo como condição *sine qua non* da existência do próprio ato administrativo.<sup>265</sup> Nesses termos é que possui sentido a afirmação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao identificar o motivo como o “elemento que atua sobre a *vontade do agente para provocar o ato administrativo*”.<sup>266</sup>

Por certo é que essa vontade do administrador está relacionada à vontade normativa, não sendo admitido pensar aqui em vontade sob o aspecto meramente privatista. Com efeito, é inaceitável que o agente dê “às palavras normativas o conteúdo e a extensão que bem lhe agrade, retirando dos vocábulo utilizados pela regra de direito o significado corrente, normal, que têm, para atribuir-lhes, a seu sabor, o sentido que *ad hoc* lhes queira emprestar.”<sup>267</sup>

A vontade a que se refere, portanto, é a *vontade funcional* do agente público, cuja atuação está voltada a declarar a vontade do Estado e não a sua enquanto particular.<sup>268</sup> Ou seja, a vontade que é relevante para o Direito, quer seja em atos discricionários quer seja em atos vinculados, é aquela que é imputada à pessoa jurídica de direito público e que visa sempre à realização do interesse coletivo.<sup>269</sup>

Considerando isso, torna-se inútil dividir a vontade em *normativa* e *psicológica*, já que o sentido que foi a esta atribuído é o mesmo do que se entende por *móvel* – representação subjetiva e interna do administrador público. O móvel ou a vontade subjetiva

<sup>265</sup> A autora é expressa no sentido de que o “*ato administrativo é, em essência, voluntário*”, sendo certo de que esse elemento volitivo não se expressa tal como no ato jurídico de direito privado, já que “essa voluntariedade deve ser manifestada em função de certas regras que integram a legalidade do ato e que, geralmente, orbitam em torno de seus elementos”. (NOHARA, 2004, p. 29).

<sup>266</sup> MELLO, O., 2007, p. 523.

<sup>267</sup> MELLO, C., 2013, p. 63-64.

<sup>268</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 171.

<sup>269</sup> Nesse sentido afirma Cintra (1979, p. 66): “Ora, se em todo ato administrativo se identifica o cumprimento de um dever do agente público, é claro que sua vontade, ainda no exercício da discricionariedade, está sujeita a um *vinculum iuris* que não permite equipará-la à vontade do particular no exercício da autonomia privada”.



não é relevante para nenhuma modalidade de ato administrativo, podendo ser considerada, no entanto, quando for necessária para a investigação de vício em um dos aspectos do ato.

Por essa razão, não se acolhe neste trabalho o entendimento de Pereira<sup>270</sup> e Bandeira de Mello<sup>271</sup>, quando afirmam que a vontade *psicológica* possui relevância no ato discricionário, mas não no vinculado. Ora, a vontade do agente – não o móvel, mas aquela de sentido jurídico, funcional – é relevante em todos os atos, inclusive nos vinculados, sobretudo quando a vinculação decorrer de conceitos fluidos, indeterminados, em que o elemento volitivo, o raciocínio, e o ato interpretativo do agente são ainda mais aguçados.

Nota-se que Bandeira de Mello<sup>272</sup> afirma que o móvel é relevante no exercício de competência discricionária sob o argumento de ser “necessária apreciação subjetiva quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal”. Dois pontos merecem ser destacados diante dessa afirmativa: a) é inconcebível a compreensão dessa vontade como necessariamente subjetiva, interna, psicológica, particularizada, sob pena de violação direta à Carta Constitucional, que prevê em seu art. 37 o princípio da impessoalidade. O enfoque a ser dado é na vontade funcional, que se vincula à expressão do autor “atendimento à finalidade legal”; b) pela simples leitura da citação, resta evidente que foi adotado o entendimento tradicional de discricionariedade. Considerando que este trabalho não acolhe a tese de que os conceitos indeterminados levam à discricionariedade, não é possível concordar com a conclusão do autor.

Nesses termos, não se entende plausível o exemplo exposto pelos citados administrativistas<sup>273</sup>, de citação de Forsthoff, no sentido de que “é válido, se for objectivamente legal, o acto praticado por um funcionário demente”, em referência ao ato administrativo vinculado. Ora, não se pode admitir isso, pois, como visto, nem sempre os atos vinculados possuem uma intensidade tal de regulação que isente o agente público de uma atuação interpretativa. O exemplo citado é compreensível, e até mesmo aceitável, no caso de acolhimento do entendimento tradicional de discricionariedade, em que as hipóteses estão restritas àquelas previstas legalmente, com rigor incontroverso acerca do motivo e conteúdo do ato administrativo. Assim, exemplo como aplicação de multas a infratores de normas administrativas, entendido pela doutrina tradicional como ato discricionário, não se

---

<sup>270</sup> O autor faz referência à vontade psicológica, já que no seu entender a vontade normativa resta presente tanto na discricionariedade quanto no ato vinculado. Para Pereira, a vontade normativa é um “efeito legal da reunião de todos os seus elementos”. Ou seja, “é uma consequência imputada pela lei”. (PEREIRA, 1962, p. 107).

<sup>271</sup> MELLO, C., 2013, p. 403-404.

<sup>272</sup> MELLO, C., 2013, p. 403-404.

<sup>273</sup> FORSTHOFF (1969, p. 327 *apud* MELLO, C., 2013, p. 404); FORSTHOFF (1958, p. 110 *apud* PEREIRA, 1962, p. 104).

enquadraria no fundamento por detrás do exemplo de Forsthoff, qual seja: “[...] nos atos inteiramente vinculados a vontade do agente não tem importância para efeito algum.”<sup>274</sup> Ocorre que este mesmo exemplo das multas, neste trabalho, é entendido como ato administrativo vinculado, exatamente por faltar liberdade decisória ao administrador. Do mesmo modo, também é questionável o exemplo de Forsthoff ao partir da ideia de que os conceitos fluidos (gravidade, urgência, moralidade pública, passeata tumultuosa etc.) não ensejam discricionariedade, transpondo, assim, hipóteses qualificadas pela doutrina tradicional como discricionárias no rol de situações que exigem apreciação vinculada do sujeito. Enfim, a amplitude dos casos de vinculação, em razão da adoção da ideia contemporânea de discricionariedade, exige um esforço exegético ainda maior parte do administrador, já que várias hipóteses não estão descritas objetivamente na norma jurídica.

Também como contraponto ao exemplo do funcionário demente, frisa-se a observação feita por Miguel Seabra Fagundes,<sup>275</sup> quanto à necessidade da capacidade civil do agente como condição de validade do ato administrativo. Segundo o autor, a vontade administrativa é expressa por intermédio de seus servidores, o que significa que qualquer vício na capacidade contagia o ato administrativo, tendo o autor citado expressamente, entre os exemplos de incapacidade física do agente público, a loucura e o delírio febril.

Ademais, certo é que não se pode entender a atuação do administrador público como uma subsunção mecânica<sup>276</sup> do fato à norma, o que confere importância ainda maior ao aspecto volitivo do agente público na interpretação, tanto em atos discricionários como vinculados, sobretudo, quando estes decorrerem de conceitos vagos ou indeterminados.

---

<sup>274</sup> MELLO, C., 2013, p. 404.

<sup>275</sup> FAGUNDES, 1984, p. 60.

<sup>276</sup> A afirmação de Juarez Freitas é precisa nesse sentido: “afastado, por inteiro, o modelo unívoco de subsunção, o administrador público precisa concretizar a Constituição, a partir de análise sistêmica das consequências, tarefa que demanda harmonização tópico-sistemática, sem render ensejo aos extremos do ceticismo interpretativo e do dogmatismo reducionista”. (FREITAS, 2013, p. 389).

## 4 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

### 4.1 Surgimento, aplicabilidade e características

Ao contrário do que ocorre com a teoria do desvio de poder, em que a literatura nacional é bastante vasta, há pouca reflexão doutrinária acerca da teoria dos motivos determinantes. O que se observa, tomando por base os breves comentários a seu respeito, é que a ideia central trazida pelos autores não apresenta dissenso: os motivos indicados na fundamentação do ato administrativo vinculam o agente público, de modo que, se forem falsos ou inadequados, ensejam sua invalidação.

A teoria dos motivos determinantes é reconhecida pela sistematização doutrinária do publicista francês Gaston Jèze (1869-1953) e foi desenvolvida com base na jurisprudência do Conselho de Estado francês. A teoria desenvolvida pelo jurista não se restringiu ao Direito Administrativo. Como se observa em sua obra,<sup>277</sup> o autor desenvolveu conceitos básicos para os ramos de direito público e privado, em um primeiro momento, a que denominou de teoria *geral* dos motivos determinantes. E foi exatamente sem diferenciar os referidos ramos que levantou a questão cerne da teoria e trouxe o conceito de motivo – de essência subjetivista para o autor, como já enfrentado. É oportuno fazer menção às seguintes citações:

Las manifestaciones unilaterales de voluntad y los acuerdos bilaterales de voluntades ¿son irregulares cuando los motivos que los han determinado son erróneos o ilícitos?  
 Y, ante todo, ¿qué es un motivo?  
 Son consideraciones de *hecho* o de *derecho* las que impulsan a un individuo a realizar determinado acto jurídico. [...]  
 El *motivo determinante es personal, subjetivo*; varía según los individuos. [...]  
 La idea general, en derecho privado como en derecho público, es que los motivos pueden influir sobre el valor jurídico de una manifestación unilateral de voluntad o de un acuerdo bilateral de voluntades, si han sido determinantes de la voluntad de realizar un acto jurídico. Si el motivo determinante no existe de hecho o si es ilícito o inmoral, la manifestación unilateral de voluntad o el acuerdo bilateral de voluntades son irregulares.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> JÈZE, 1949, p. 223 e ss.

<sup>278</sup> “As manifestações unilaterais de vontade e os acordos bilaterais de vontade são irregulares quando os motivos determinantes são errôneos ou ilícitos? E, primeiramente, o que é um motivo? São considerações de fato e de direito que impulsionam um indivíduo a realizar determinado ato jurídico. [...] O motivo determinante é pessoal, subjetivo; varia segundo os indivíduos. [...] A ideia geral, tanto em direito privado como em direito público, é que os motivos podem repercutir sobre o valor jurídico de uma manifestação unilateral de vontade ou de um acordo bilateral de vontade, se determinantes da vontade de realizar um ato jurídico. Se o motivo determinante não existe de fato ou se é ilícito ou imoral, a manifestação unilateral de vontade ou o acordo bilateral de vontade são irregulares”. (JÈZE, 1949, p. 223-225, tradução nossa).

Dos excertos acima, não há dúvidas sobre a ideia central da teoria, qual seja, de que o motivo determinante deve existir de fato, ser lícito e moral, sob pena de invalidação do ato jurídico. Importante não ignorar a adoção da concepção subjetivista de motivo como premissa em sua sistematização inicial. O motivo aqui se confunde com o móvel e o fim do ato.<sup>279</sup>

Com efeito, o autor até mesmo recrimina Duguit por não ter frisado essa subjetividade em parte de sua obra, afirmando ser preferível a exposição do autor que, em outro momento de seu livro, destaca o caráter subjetivo do *motivo determinante* em oposição ao caráter objetivo do objeto do ato jurídico. Como já frisado anteriormente, Duguit também não distingue as noções de motivo e fim do ato administrativo.

Quanto à aplicabilidade da teoria ao direito público, Jèze<sup>280</sup> afirma que esta desempenha, na prática, um papel mais relevante do que no direito privado, considerando o interesse envolvido. Segundo o autor, enquanto no direito privado o que vigora é a regra da capacidade, sem que a lei assinale um fim a ser perseguido pela atividade de cada indivíduo, no direito público, o que vigora é a regra da competência, em que há determinações legais positivas a serem observadas pelo agente público e cujo exercício só pode visar (ter como motivo determinante segundo o autor)<sup>281</sup> ao bom funcionamento dos serviços públicos.

Em sequência, o jurista francês destaca as alterações legislativas “recentes” que multiplicam os casos segundo os quais o agente público passa a ser *obrigado a motivar* seus atos, como forma de assegurar o exercício da competência rumo a um *motivo de interesse público*. Nas palavras de Jèze, “[...] esta evolución se acentúa a medida que desaparecen los vestígios del régimen monárquico.”<sup>282</sup> De fato, tanto o desenvolvimento de regras destinadas à exposição dos fundamentos do ato, assegurando a transparência da atuação do agente, como a evolução da teoria dos motivos determinantes enquadram-se em um contexto cujas características da monarquia absolutista não mais predominam. O que o próprio Direito Administrativo vem garantindo, inclusive pela aplicação da teoria em apreço, é o exercício de um poder nos limites legais, não de modo arbitrário e ilimitado como no passado.

<sup>279</sup> Isso se torna inquestionável ao se deparar com as notas de rodapé da obra do autor (JÈZE, 1949, p. 223-226).

<sup>280</sup> JÈZE (1949, p. 231). Fazendo também paralelo entre o direito civil e o administrativo, Cretella Jr. (1978, p. 9), afirma que, enquanto o primeiro é dominado pela ideia da propriedade, o segundo o é pela ideia da finalidade. Nesse sentido, cita Rivero: “A Administração, diferentemente daquilo que ocorre com o particular, que escolhe livremente o fim de seus atos, se vê impor o fim que sua ação deve perseguir. De uma maneira geral, a Administração não deve nunca exercer suas competências se não em vista da satisfação do interesse público, em virtude de um princípio geral de direito. [...]”. (RIVERO, 1975, p. 250).

<sup>281</sup> O que reforça a similitude entre motivo determinante e finalidade para o autor.

<sup>282</sup> “[...] esta evolución se acentua na medida em que os vestígios do regime monárquico desaparecem”. (JÈZE, 1949, p. 231-232, tradução nossa).

Com efeito, “anteriormente, a liberdade do autor do ato se exerceu também em relação à determinação da existência de motivos e da apreciação do objeto colimado”.<sup>283</sup> Sintetiza Vidal: “em suma, um ato que emanasse do poder discricionário se aproximava do arbitrário, pois que estava isento de qualquer controle jurisdicional, contanto que o seu autor fôsse competente e observasse as regras formais necessárias à sua realização.”<sup>284</sup> Embora o citado autor, baseando-se nos estudos de Michoud, Bonnard e Waline, adote a ideia de que há poder discricionário “tôdas as vêzes que, em presença de uma situação determinada, a autoridade administrativa é livre de decidir sôbre os seus atos e suas respectivas modalidades”<sup>285</sup> – ou seja, um conceito mais amplo que o tomado neste trabalho –, ainda assim defende a necessidade de controle material e jurídico sobre os motivos determinantes do ato administrativo.

Retomando os estudos de Jèze, o autor frisa que o desenvolvimento da teoria dos motivos determinantes tem se revelado de dois modos. O primeiro é o que foi destacado anteriormente: a crescente necessidade de motivação dos atos prolatados pelos agentes públicos como meio de garantir o exercício da competência por um *motivo de interesse público*. O segundo modo destacado pelo autor é a jurisprudência do Conselho de Estado francês, que tem sido severa quanto à aplicação da teoria e cujos posicionamentos foram condensados pelo autor em onze regras, que formam um sistema coerente, segundo o próprio jurista. Tais regras foram assim sintetizadas por Irene Patrícia Nohara:

1. os agentes públicos apenas são obrigados a fundamentar seus atos por lei ou regulamento; podem, porém motivá-los na ausência de determinação legal. A falta de fundamentação não ilide a possibilidade de controle pelos motivos determinantes;
2. se o agente público for obrigado a motivar o ato, assim deve proceder. Caso contrário, o Conselho de Estado acaba por anulá-lo sem permitir à Administração provar que seu autor perseguia fim de interesse legal, dentro de sua competência;
3. quando o agente público expressa os motivos do ato, estes, em princípio, são os motivos determinantes;
4. quando a lei ou o regulamento exigem a motivação do ato jurídico, o agente público deve expressá-los de maneira clara e precisa;
5. os motivos alegados devem ser materialmente exatos. O motivo materialmente falso justifica a decretação da nulidade do ato;
6. o motivo determinante invocado deve ser lícito. Como os agentes públicos devem assegurar a execução das leis, eles não devem perseguir um fim com elas incompatível. A manifestação de vontade determinada por um motivo ilegal é viciada;
7. mesmo que algum motivo, entre os vários alegados, se afigure ilícito, na invalidação do ato deve o juiz ponderar se os motivos determinantes subsistentes não são suficientes para a sua legitimação;

---

<sup>283</sup> VIDAL, 1952, p. 54.

<sup>284</sup> VIDAL, 1952, p. 54.

<sup>285</sup> VIDAL, 1952, p. 53.

8. os agentes públicos não podem subtrair-se ao controle jurisdicional, mediante a alegação de que os motivos determinantes são de ordem política;
9. não obstante o juiz, em princípio, não examinar de ofício o motivo determinante, ocorrendo flagrante vício de competência, terá o dever de comprovar de ofício o motivo determinante ilícito;
10. o juiz não pode apreciar a oportunidade das medidas administrativas. Deve examinar a exatidão material e jurídica dos motivos determinantes, mediante a análise da legalidade do ato; e por fim,
11. a última regra é a inversão do ônus probatório, competindo a quem deseja impugnar o motivo provar o alegado. Relata Jèze que o Conselho de Estado não admite nenhum tipo de prova, e dá preferência à utilização de documentos constantes do expediente.<sup>286</sup>

Insta destacar as regras de número 3, 5, 7 e 10, acima arroladas. Com efeito, os motivos *determinantes* são, usualmente, aqueles constantes na motivação do ato administrativo, devendo ser materialmente e juridicamente exatos, o que poderá ser objeto de controle judicial por meio do exame de legalidade. Quanto à motivação, nos dias atuais é de se perceber uma evolução ainda maior, como já destacado em tópico oportuno, em que a regra é sempre a exposição dos fundamentos do ato, ainda que não exigida legalmente. Por fim, pela leitura da síntese, sobretudo das regras 2ª e 6ª,<sup>287</sup> torna-se evidente que Jèze emprega os termos ‘motivo’ e ‘fim’ como sinônimos. É no que diz respeito à 6ª regra, que o gaulês trabalha a ideia de erro de direito como uma das formas de ilicitude do motivo determinante do ato. Assim, o motivo ilícito não se restringe à violação da lei ou tão somente ao seu desvirtuamento. Segundo o autor, o erro de direito, que se distingue da afronta à legislação, ocorre quando há equívoco de interpretação do direito.<sup>288</sup>

Um dos casos mais emblemáticos a respeito da teoria em apreço é o chamado caso *Trepont*, de 20 de janeiro de 1922<sup>289</sup>, em que o Conselho de Estado francês anulou o decreto de exoneração do Prefeito do Nord, emanado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que o motivo era materialmente inexato. Segundo Jèze, não era necessário motivar esse decreto, no entanto, o agente público o havia motivado, indicando na justificativa que a razão

<sup>286</sup> NOHARA, 2004, p. 74-75.

<sup>287</sup> Quanto à 6ª regra, segundo Jèze (1949, p. 239), não é possível estudar todas as suas aplicações, tendo o autor arrolado as principais: 1) O agente público visa a um fim proibido pela lei; 2) O agente público visa a um fim de interesse geral e lícito, mas que não é de sua própria competência; 3) O agente público persegue um fim de interesse geral e lícito, de sua competência, mas mediante o exercício de um poder jurídico geral, que não se organizou para o específico fim; 4) O agente público visa a um fim que não é de interesse público.

<sup>288</sup> A título de complementação: “Toda ley o reglamento puede prestarse a dificultades de interpretación. En derecho público francés, los agentes públicos están obligados a dar a las leyes y reglamentos una *interpretación uniforme*. El Consejo de Estado es el órgano que asegura la uniformidad de la interpretación de la ley y de los reglamentos por los agentes públicos”. “Em toda lei ou regulamento pode haver dificuldades de interpretação. No direito público francês, os agentes públicos estão obrigados a dar às leis e regulamentos uma *interpretação uniforme*. O Conselho de Estado é o órgão que assegura a uniformidade de interpretação da lei e dos regulamentos pelos agentes públicos”. (JÈZE, 1949, p. 239-240, tradução nossa).

<sup>289</sup> JÈZE (1949, p. 236-238). Este julgado consta citado também na obra de Cintra (1979, p. 99) e em nota de rodapé na obra de Vidal (1952, p. 44-45).

da exoneração seria o pedido do prefeito. Ocorre que restou comprovado nos autos que, ao contrário, o prefeito havia manifestado sua intenção de permanecer no cargo. O tribunal francês determinou a anulação do decreto, em razão da inexistência de *causa jurídica*, com base na qual se determinou a anulação do ato por *excesso de poder*.

Pela leitura do caso, verifica-se uma relação intrínseca, apontada por Jèze, entre a teoria em apreço e o excesso de poder, relacionado à competência do administrador. De fato, o que se percebe é que o autor relaciona de modo profundo, em várias oportunidades, a teoria dos motivos determinantes com a teoria do desvio de finalidade e, ainda, com a do excesso de poder, talvez fruto da própria ausência de precisão e objetividade acerca do *motivo*. De todo modo, o caso acima narrado demonstra adequadamente o motivo, ou falta deste, sob o enfoque da concepção objetivista, diante da possibilidade de separá-lo da finalidade do ato e do móvel do agente público, agregando, por essa razão, ainda mais importância à decisão.

Finalmente, traçadas as características centrais trazidas por Jèze, oportuno destacar, brevemente, algumas anotações feitas por renomados administrativistas brasileiros a respeito da teoria em referência. Di Pietro afirma que “a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”.<sup>290</sup> Meirelles<sup>291</sup> aduz a necessidade de perfeita consonância entre os motivos que justificam a realização do ato e a realidade, sob pena de o ato não subsistir.

Segundo Medauar, “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente.”<sup>292</sup> Odete Medauar complementa que “a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja a obrigatoriedade de motivar.”<sup>293</sup> Conforme Bandeira de Mello, “de acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão integram a validade do ato.”<sup>294</sup>

Portanto, a doutrina brasileira tradicional, em síntese: a) atrela à validade do ato a existência material e jurídica do *motivo* exposto na *motivação*, independentemente de se tratarem de atos vinculados ou discricionários; b) prevê que os efeitos da teoria em apreço ocorrem ainda que a motivação não tenha sido obrigatória; c) não cogita de qualquer exceção à aplicação da teoria; d) não vislumbra o contexto em que a teoria foi formulada.

---

<sup>290</sup> DI PIETRO, 2013, p. 220.

<sup>291</sup> MEIRELLES, 2014, pp. 217-218.

<sup>292</sup> MEDAUAR, 2014, p. 159.

<sup>293</sup> MEDAUAR, 2014, p. 159.

<sup>294</sup> MELLO, C., 1981, p. 75.

Para sintetizar a aplicação da teoria dos motivos determinantes, importante e ainda atual é a afirmação feita por Francisco Campos, datada de 1958:

Ora, quando um ato administrativo se funda em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava.

O ato não seria praticado, não fosse a convicção de que uma determinada situação de fato impunha ou legitimava a sua prática. Posteriormente, vem-se verificar que a situação de fato, que funcionara como motivo determinante do ato, não era a de cuja existência se convencera a Administração. O motivo não tinha fundamento na realidade. Era um motivo invocado de boa fé, mas um motivo que se referia a fatos imaginários ou inexistentes. Desaparecido, por verificada a sua improcedência, o motivo determinante do ato, motivo sem a convicção do qual a Administração não teria agido como o fez, claro é que a consequência lógica, razoável e legítima deva ser, com a queda do motivo, a do ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente.<sup>295</sup>

Pela citação, é possível constatar a nítida relação de causalidade entre o motivo determinante incompatível com a realidade e a respectiva invalidação do ato administrativo. E é disso que a teoria dos motivos determinantes cuida. O intuito é resguardar a integridade do motivo indicado na fundamentação, quer seja examinando a *existência* do fato e do direito (*fato jurídico*), quer seja avaliando a relação entre ambos e sua adequação frente ao conteúdo.

Por tudo que foi exposto, considerando o aprofundamento ora realizado, conclui-se, primeiramente, que a maioria dos apontamentos feitos pela doutrina pátria é rasa quanto à complexidade da teoria, o que reforça a relevância deste trabalho em enfrentar as premissas (motivo de natureza subjetiva) utilizadas pelo seu grande sistematizador, Gaston Jèze, bem como suscitar reflexões em torno do contexto de sua formação, e das correlações existentes com as teorias do desvio de poder (ou de finalidade) e com o excesso de poder (competência).

#### 4.2 Teoria dos motivos determinantes e teoria do desvio de finalidade ou de poder

Enquanto a teoria dos motivos determinantes diz respeito ao “motivo” do ato, a teoria do desvio de finalidade<sup>296</sup> relaciona-se ao seu respectivo pressuposto teleológico. Quer

<sup>295</sup> CAMPOS, 1958, p. 308-309.

<sup>296</sup> *Détournement de pouvoir* ou *excès de pouvoir*, na França; *sviamento di potere ou eccesso di potere*, na Itália; no Brasil, muitas vezes, empregam-se as expressões “abuso de poder”, “excesso de poder”, “desvio de poder” e “desvio de poder” como sinônimas. Cretella Júnior (1978, p. 12-13). Neste trabalho, no entanto, por rigor terminológico, utilizam-se apenas as expressões desvio de finalidade e desvio de poder como sinônimas, que, ao lado do excesso de poder (relaciona-se ao vício de competência), são espécies do abuso de poder. Di Pietro (2013 p. 252). Oportuno salientar que a construção desta matéria no Brasil, ao contrário de outros países influenciados pelas construções jurisprudenciais francesas, iniciou-se pela doutrina e não pela



seja porque alguns autores adotam a concepção subjetivista de motivo, fundindo os conceitos de motivo e fim, quer seja porque o exame daquele é um bom mecanismo para avaliar a legalidade deste, o fato é que as teorias se correlacionam. O objetivo de ambas é, sem dúvida, limitar o exercício do Poder Público, à medida que amplia o controle jurisdicional sobre o ato.

É certo que, caso não haja a devida precisão terminológica e, por conseguinte, não seja distinguido o motivo do fim do ato, fatalmente a correlação entre ambas as teorias há de ser tão intensa a ponto de até mesmo dificultar sua separação.<sup>297</sup> É o que se depreende, por exemplo, desta afirmação de Cretella Júnior: “Dum modo bastante simples, a *teoria dos motivos determinantes* nada mais é do que uma *teoria dos fins determinantes*, que procura acentuar a relevância do elemento *fim* como essencial para a validade do ato administrativo.”<sup>298</sup> Nesse sentido é que nos parece ter sido formulada a concepção de Jèze, como visto no item precedente.<sup>299</sup>

Ambas as teorias foram frutos da construção pretoriana do Conselho de Estado francês e são recentes se comparadas a institutos jurídicos cujas raízes encontram-se no direito romano.<sup>300</sup> No entanto, é consenso que a teoria do desvio de finalidade é temporalmente mais antiga que a outra. Enquanto aquela teve como marco o caso *Lesbat*, do século XIX, a teoria dos motivos determinantes data do século XX, a exemplo do famoso caso *Trepont*.

Com efeito, a primeira decisão judicial que teve relevância e repercussão na matéria do *détournement de pouvoir* foi o famoso caso *Lesbats*<sup>301</sup>, de 25 de fevereiro de 1864, em que o tribunal francês anulou ato do Prefeito de Fontainebleu, cujo conteúdo negava autorização ao recorrente para o ingresso de suas viaturas no pátio da estação de estrada de ferro, para servir aos passageiros que ali desembarcavam. Para o tribunal, o fim que deveria

---

jurisprudência. O trabalho pioneiro sobre o assunto é a tese de concurso à livre docência de Caio Tácito (1951). (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 146).

<sup>297</sup> Nesse sentido é que Roger Vidal (1952, p. 47) afirma: “Para evitar confusões, convém distinguir a *causa* dos atos da *finalidade* do autor dos mesmos se propõe a atingir, e não cometer, no domínio da ciência jurídica, um erro cujos exemplos são revelados pela filosofia biológica, quando ela confunde o princípio de causalidade com o de finalidade. É distinguindo cuidadosamente em suas aplicações cada um desses princípios, que separa nitidamente a teoria dos *motivos objetivos* daquela que trata do motivo psicológico ou do desvio de poder”.

<sup>298</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 72.

<sup>299</sup> Entre as onze regras formuladas por Jèze, decorrentes da jurisprudência do Conselho de Estado francês, a 2ª e a 6ª regra deixam ainda mais evidente a compreensão de motivo enquanto fim do ato. A título de complementação, Afonso Rodrigues Queiró (1948, p. 73) é expresso no sentido de que “fim é o mesmo que *motivo determinante*”.

<sup>300</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 135.

<sup>301</sup> TÁCITO (1954, p. 5); CRETELLA JÚNIOR (1978, p. 139); VIDAL (1952, p. 35-36). Embora os autores reconheçam que não tenha sido cronologicamente o primeiro caso, em razão da existência de outros, a exemplo do caso *Vernes*, de 1858, reconhecem-no como o *leading case* nesta matéria. Cretella Jr. até mesmo compara o caso *Lesbats* ao caso *Blanco*, que foi decisão modelo para as hipóteses de responsabilidade, mesmo tendo sido precedido, temporalmente, pelo caso *Rotschild*.

ser atingido não o foi (atendimento satisfatório dos usuários), tendo o ato anulado visado finalidade diversa, qual seja, a de garantir o monopólio do serviço a outro transportador, já autorizado.

Pelo *leading case* citado, verifica-se que a teoria do desvio de poder, em síntese, foi concebida com o intuito de prestigiar a finalidade prevista, implícita ou explicitamente, pelo ordenamento jurídico, como forma de vincular o ato administrativo, ainda que discricionário em outros aspectos, possibilitando, dessa forma, o seu controle jurisdicional no que diz respeito a sua legalidade. É uma forma de penetrar a intimidade do ato aparentemente regular, para certificar se o seu fim efetivamente concretizado é aquele previsto em lei ou não.

Henri Ebrein, em monografia datada em 1901, destacou a engenhosidade da teoria, nos seguintes termos: “[...] une théorie aussi ingénieuse permet d’atteindre dans l’acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir.”<sup>302</sup> Ainda: “[...] il faut donc chercher sous les apparences de l’acte, les causes déterminantes. Cela veut dire que l’acte *apparaît* comme régulier e légalement pris; mais qu’en réalité il est vicié par le but que se proposait l’administrateur en le prenant.”<sup>303</sup> Também nesse sentido: “[...] oculto sob a *máscara da legalidade*, editado quase sempre por autoridade experimentada e sagaz que, usando todo o requinte de sutileza que lhe proporciona a cômoda posição em que se acha, procura dissimular o endereço real do ato editado [...]”.<sup>304</sup>

No que tange ao desenvolvimento do desvio de poder na doutrina e jurisprudência brasileiras, Caio Tácito<sup>305</sup> atribui o primeiro estudo e a primeira decisão mais evidente a respeito do tema a Seabra Fagundes<sup>306</sup>, então Desembargador do Rio Grande do Norte, que proferiu notável voto em caso sob apreciação judicial. Tanto a obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, cuja primeira edição é de 1941, como o *leading case* brasileiro – tal como foi o *Lesbat* na França – de 1948, apontavam para a possibilidade de vício na finalidade do ato, caso o seu escopo fosse diverso do determinado pela lei. Quanto ao

<sup>302</sup> “[...] uma teoria também engenhosa que permite alcançar, dentro do ato administrativo, o vício mais escondido e mais imperceptível, e talvez o mais perigoso, o desvio de poder.”<sup>302</sup> (EBREIN, 1901, p. 28 *apud* TÁCITO, 1954, p. 5, tradução nossa).

<sup>303</sup> “[...] portanto, é necessário procurar, sob as aparências do ato, as causas determinantes. Isto é, o ato *apresenta-se* como regular e legal, porém, na realidade, ele está viciado pelo fim tomado pelo administrador.”<sup>303</sup> (EBREIN, 1901, p. 28 *apud* TÁCITO, 1954, p. 5, tradução nossa).

<sup>304</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 21.

<sup>305</sup> TÁCITO (1954, p. 9-10). Mais uma vez, reiteramos que Caio Tácito foi considerado pioneiro no assunto em tela.

<sup>306</sup> Seabra Fagundes ao destacar que a atividade administrativa está vinculada ao atingimento das consequências previstas em lei, dando como exemplo a expropriação de um imóvel, aduz que há burla da intenção legal ainda que a finalidade distinta alcançada pelo ato seja moralmente lícita. Retomando as ideias de Duguit (finalidade específica e não qualquer finalidade de interesse público) e de Ranalletti, o autor afirma, assim, que “mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal”. (FAGUNDES, 2010, p. 61-63).

caso judicial brasileiro, trata-se de anulação de ato administrativo, emanado pela Inspetoria Estadual de Trânsito e cujo conteúdo fora determinar o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas, em razão de a finalidade efetiva do ato não ter sido a prevista pela lei, mas outra, o favorecimento de determinada empresa.<sup>307</sup>

No desenvolvimento da presente teoria, é possível ver algumas nuances que distinguem nitidamente o posicionamento da doutrina. A maioria dos autores deixa claro que a finalidade pública a ser resguardada pela aplicação da teoria é a *específica* prevista na lei, pouco importando que a colimada pelo ato seja moralmente lícita, a exemplo de Seabra Fagundes, Castro Nunes, Duguít e Waline.<sup>308</sup> Outros defendem ideia distinta, a exemplo de Cretella Jr.<sup>309</sup>, para quem “na realidade, a moderna orientação do direito administrativo, exige que o fim seja *público*”. Segundo o último autor, “a finalidade pública, mesmo *genérica* justifica a edição do ato”, de modo que o que o torna viciado é tão somente o fim *privado*.

Parece-nos acertado o posicionamento majoritário, acompanhado também por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>310</sup> e pelo jurista espanhol Raúl Bocanegra Sierra, o qual afirma:

La desviación de poder existe tanto en el caso de que el acto persiga fines privados (por ejemplo, el uso de las normas sobre fijación de complementos de productividad de los funcionarios con la finalidad de gratificar a quienes son afines ideológicamente) como en el caso de que persiga fines públicos distintos de los previstos en la norma atributiva de la potestad (así, el empleo de la potestad sancionadora con un fin recaudatorio); también es posible tanto en el ejercicio de potestades regladas como en el caso de actos producto de la utilización de potestades discrecionales.<sup>311</sup>

<sup>307</sup> Segundo Caio Tácito (1954, p. 10), esse acórdão mereceu comentário de Victor Nunes Leal (1948, p. 52-82). Seabra Fagundes a ele faz menção (Ac. De 28.7.1948, RF, 121:209-19), apresentando mais detalhes: “Duas empresas de ônibus concorriam ao transporte de passageiros entre a capital e a cidade de São José de Mipibu. Tendo o Departamento de Trânsito fixado para a segunda a obter concessão, horários dentro das faixas de menor afluência de passageiros, deixando-se com a outra as horas de maior procura de transporte, essa empresa impetrou mandado de segurança, alegando tratamento discriminatório em seu desfavor. A corte, reformando sentença de 1ª instância, concedeu o mandado porque, embora àquela repartição competisse, como atribuição necessariamente discricionária, a fixação de horários aos transportes coletivos, segundo o Código de Trânsito (arts. 56, parágrafo 2º, e 57, c) a competência se exercera com o fim de favorecer uma empresa prejudicando outra, quando a sua outorga se prendia a razões de interesse público (segurança de trajeto, comodidade do público, etc.). (FAGUNDES, 2010, p. 63).

<sup>308</sup> Castro Nunes (1949, 42) e León Duguít (1921-1925, p. 381-382) *apud* Cretella Júnior (1978, p. 54); Waline (1963, p. 451) *apud* Cretella Júnior (1978, p. 64); Fagundes (2010, p. 63).

<sup>309</sup> CRETELLA JR. (1978, p. 54). O autor, na p. 64, é expresso nesse sentido: “Em suma, *desvio de poder* é o uso indevido da competência para a consecução de fins privados. O uso da competência discricionária para a obtenção de fins públicos é perfeitamente legítimo, não interessando, no caso, que a edição de ato administrativo, informado por fins públicos genéricos, mas enquadrando uma determinada espécie, sofra alteração, quanto a esta espécie, desde que a finalidade última – a finalidade pública, ainda se conserve”.

<sup>310</sup> MELLO, C., 2013, p. 411.

<sup>311</sup> “O desvio de poder configura-se tanto na situação em que o ato persiga fins privados (por exemplo, o uso de normas de produtividade de servidores públicos com o intuito de beneficiar aqueles a quem são afins ideologicamente) como no caso em que se busca fins públicos distintos dos previstos legalmente (assim, o

Com efeito, o que a teoria do desvio de poder almeja resguardar não é o cumprimento de qualquer finalidade pública, mas daquela especificamente tipificada na lei, sendo aplicada, nos dias de hoje, tanto a atos vinculados quanto a discricionários. Por essa razão é que quando o superior hierárquico remove certo servidor público, em razão do cometimento de faltas no serviço, ocorre desvio de finalidade típica, pois, embora o servidor deva ser penalizado não o pode ser por meio do ato de remoção, que não se presta a esse fim.

Tendo sido delimitados alguns aspectos da teoria do desvio de poder ou de finalidade, resta verificar os pontos de contato com a teoria dos motivos determinantes, que é o objeto deste trabalho. Gaston Jèze<sup>312</sup> enfatiza mais a teoria dos motivos determinantes ao afirmar que esta engloba e supera a outra teoria. Já Roger Vidal,<sup>313</sup> em seu trabalho, enfoca a evolução da teoria do desvio de finalidade, tomando a outra como razão do seu desenvolvimento, ora afirmando que dada teoria supera a outra, ora afirmando que é superada. Nesse sentido, frisa como a teoria dos motivos determinantes reduziu o campo de aplicação da outra teoria e, ao mesmo tempo, facilitou sua admissão, em razão do alargamento da prova.

#### 4.2.1 Motivos determinantes como meio de prova da teoria do desvio de poder

Como já salientado, o objetivo da teoria do desvio de poder é investigar sobre eventual vício no cumprimento do fim legal de certo ato administrativo. Ocorre que os meios de prova<sup>314</sup> para tanto nem sempre se revelam como irrefragáveis, em razão da dificuldade de inquirir a respeito da verdadeira intenção do administrador (do seu móvel).<sup>315</sup> Até mesmo porque a aparência de regularidade do ato pode ser tamanha a ponto de mascarar o vício em seu cerne, motivo pelo qual muitos sustentam que essa teoria investiga a *intimidade* do ato.

Outro fator que deve ser considerado nessa matéria é a própria presunção de veracidade que possui o ato administrativo, o que significa que o esforço daquele que

---

uso do poder disciplinar com um fim de perseguição); também é possível tanto em exercício do poder vinculado como em atos advindos do uso do poder discricionário”. (SIERRA, 2012, p. 92, tradução nossa).

<sup>312</sup> JÈZE, 1949, p. 232.

<sup>313</sup> VIDAL, 1952, p. 47.

<sup>314</sup> “Relativamente à *figura iuris*, que estamos analisando, a *prova*, regra geral, é difícil. Como os sintomas denunciadores de alguma moléstia insidiosa, que causa transtornos ao paciente, mas que resistem os esforços do especialista para a elaboração do diagnóstico que revele a natureza do mal, a *prova do desvio de poder* desafia a argúcia de todo que pretenda surpreendê-la, mascarando-se de maneira sutil e escapando, não raro, à apreensão objetiva”. (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 100).

<sup>315</sup> “No *exame da prova*, convém tomar precauções, pois seria erro pensar que o Conselho de Estado examina a *intenção subjetiva*, por processos internos da vontade do agente. Ele não perscruta rins e coração: é ao próprio ato e aos documentos administrativos que o acompanham que o Conselho de Estado pede a *prova do desvio do poder*. É o arquivo, é o fichário, que deverá fornecer tal convicção”. (DUEZ; DEBEYE, 1952, p. 392-393 *apud* CRETELLA JÚNIOR, 1978, 103).

impugna o motivo deve ser ainda maior e mais robusto. Nesse sentido é que Cretella Júnior afirma que “os atos administrativos trazem, em si, a *presunção da verdade* ou *da veracidade*, sendo, pois, legítimos e fazendo fé pública, até prova em contrário, cabendo o *ônus probandi* a quem contestar-lhes tal atributo.”<sup>316</sup> A 11ª regra de Jèze<sup>317</sup>, embora se refira à teoria dos motivos determinantes e não à teoria do desvio de poder, também deixa expresso que a prova do motivo incumbe àquele que o critica, sendo isso, segundo o gaulês, uma regra de bom senso. Frisa o autor, ainda, que o tribunal francês não admite certos tipos de prova.<sup>318</sup>

Assim, é que, em muitas ocasiões, “o fim procurado se descobre à luz dos motivos”<sup>319</sup> e é por essa razão que se pode afirmar que, embora a teoria dos motivos determinantes seja mais recente se comparada à do desvio de finalidade, já havia sido constatada a necessidade de recorrer aos motivos, antes mesmo de sua sistematização, com o intuito de investigar eventual vício na finalidade do ato administrativo.<sup>320</sup>

A jurisprudência do Conselho de Estado francês, no início, revelou-se tímida a esse respeito, mas no decorrer dos anos mostrou-se atenta ao exame dos motivos como meio de prova. As pesquisas de Goldenberg<sup>321</sup>, ainda em 1932, mostravam, ainda que com sutileza, que a ausência dos motivos antecedentes válidos do ato seria uma forte presunção da configuração do desvio de finalidade. Tudo isso, exatamente porque a finalidade do ato é direcionada tomando-se por base o motivo que lhe é precedente.

Nesses termos, oportuno citar *ipsis litteris* a afirmação de Vidal:

Com efeito, o motivo e o objetivo de um ato se acham de tal forma ligados no *processus* de realização dêsse último que a ilegalidade quanto ao objetivo não pode logicamente aparecer senão em consequência de uma incorreção concernente à existência ou ao valor do motivo. Por outras palavras, o elemento subsequente do ato é determinado por seu elemento antecedente.<sup>322</sup>

É exatamente nesse sentido que Cretella Júnior<sup>323</sup> arrola como um dos *índices*, *indícios* ou *sintomas* do desvio de finalidade a “inexistência, de fato, dos motivos

<sup>316</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 101.

<sup>317</sup> JÈZE, 1949, p. 281.

<sup>318</sup> Nesse sentido: “Por lo demás, el Consejo de Estado no admite cualquier medio de prueba; no se reconoce el derecho de citar, para que comparezcan ante él, a los agentes públicos para interrogarlos oralmente sobre los motivos que les han determinado a realizar determinado acto”. “Ademais, o Conselho de Estado não admite qualquer meio de prova; não se reconhece o direito de intimar, para que compareçam ante ele, os agentes públicos com o fim de interrogá-los oralmente sobre os motivos que lhes impulsionaram a realizar determinado ato”. (JÈZE, 1949, p. 281, tradução nossa).

<sup>319</sup> VIDAL, 1952, p. 48.

<sup>320</sup> VIDAL, 1952, p. 49.

<sup>321</sup> GOLDENBERG (1932, p. 166 e ss. *apud* VIDAL, 1952, p. 50).

<sup>322</sup> VIDAL, 1952, p. 54.

<sup>323</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 108 e 121-134.

apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada” e a “inexatidão dos motivos alegados”, hábeis a deixar transparecer a real finalidade do ato prolatado pelo agente. Assim é que o jurista brasileiro relaciona ambas as teorias, tal como Vidal, ao levantar a seguinte questão: “Qual a importância do *motivo* na caracterização da distorção de *fim* do ato administrativo?” O autor demonstra que, parecido com o que ocorreu no contencioso administrativo francês, na jurisdição brasileira, inicialmente os tribunais se mostraram tímidos quanto à apreciação dos fatos suscitados como fundamento do ato, mas que progrediram nesse sentido, ao perceberem se tratar de um grande mecanismo para se chegar à *verdade* do ato.

Portanto, constata-se que a averiguação acerca do fim do ato, muitas vezes, perpassa pela análise da existência e correção do seu respectivo motivo. Assim, tome-se como exemplo a remoção de certo servidor, que tem por finalidade real não o atendimento de necessidades relacionadas com o aumento de demanda por serviços públicos em dada localidade, mas o intuito de persegui-lo. Ou seja, busca-se com um ato aparentemente legal o alcance de um resultado pessoal do agente público. Para a anulação desse ato de remoção em razão do desvio de poder, certamente a perquirição do motivo será relevante, senão essencial. A investigação se na localidade de destino há ou não verdadeiro acúmulo de trabalho (motivo) e sua devida qualificação jurídica para fins do ato de remoção serão importantes como meio de prova. Por fim, não se pode esquecer que o cerne da teoria do desvio de poder é resguardar o alcance da finalidade especificamente colimada pela lei.

#### 4.2.2 Motivos determinantes como meio autônomo de anulação do ato

Se os motivos determinantes vinham tomando forma ainda no bojo da teoria do desvio de poder, o fato é que, em meados do século XX, passaram a ter certa autonomia, pois que se tornaram fundamento de anulação do ato, em algumas situações, não apenas como meio de prova, mas como instrumento autônomo de invalidação. É o que ocorre, indiscutivelmente, quando é configurada a inexistência ou inexatidão do motivo, sob o aspecto material ou legal, sem que o agente tenha almejado fim diverso do tipificado pela lei.

Segundo Roger Vidal<sup>324</sup>, ao contrário de Artur e Laferrière<sup>325</sup>, que se limitaram a evidenciar o papel do motivo como meio de prova, Hauriou<sup>326</sup> sustentara a aplicação autônoma da teoria dos motivos determinantes. Revisitando alguns casos em que foi utilizada

---

<sup>324</sup> VIDAL, 1952, p. 57.

<sup>325</sup> ARTUR, 1900, p. 266; LAFERRIÈRE, 1896, p. 436 *apud* VIDAL, 1952, p. 37

<sup>326</sup> HAURIOU, 1933, p. 440; ALIBERT, 1926, p. 236 *apud* VIDAL, 1952, p. 39

a teoria do desvio de finalidade, propôs que esta somente deveria ser aplicada a situações em que não fosse cabível a outra. Assim, é fácil perceber a evolução de enfoque dada à teoria dos motivos determinantes, tendo Vidal relatado o seguinte:

Mais tarde, quando a anulação por inexistência de motivos já era praticada há mais de uma dezena de anos, Hauri trouxe uma concepção mais clara para o desbravamento dos domínios respectivos da teoria *objetiva* da inexistência dos motivos e da teoria *subjetiva* do desvio de poder. Para êle, essa última aparece como não tendo conservado todo o seu valor, exceto no caso único em que a ilegalidade quanto ao objetivo não se acha ligada à inexistência de um motivo (sem destaques no original).<sup>327</sup>

Desse modo, poder-se-ia vislumbrar a aplicação autônoma das duas teorias, pois que relacionadas a diferentes aspectos do ato administrativo – uma ao motivo e a outra ao fim. Ocorre que, sendo constatada a ocorrência de desvio de finalidade em razão da inexatidão do motivo, o prestígio dado à teoria dos motivos determinantes, nos termos propostos por Hauriou<sup>328</sup>, é de extrema pertinência. Com efeito, esta teoria é mais objetivada e fácil de ser constatada que a outra. No entanto, deve-se ter cautela para não eliminar uma ou outra. O fato é que há ocorrências em que há incidência tão somente de uma das duas. Poderá ser configurada situação em que há inexistência ou inexatidão do motivo sem que tenha sido constatado vício na finalidade do ato. Por sua vez, pode haver caso em que a ilegalidade do fim não seja consequência de um vício no motivo. Como visto na obra de Cretella Júnior<sup>329</sup>, há outros meios de prova do desvio de poder que não apenas a inexistência dos motivos.

Conforme aduzido por Vidal<sup>330</sup>, no entanto, a jurisprudência não se revelou nos termos do proposto por Hauriou, tendo se mostrado mais tímida em relação à incorreção dos motivos. Talvez seja essa a razão pela qual há menos trabalhos acadêmicos a esse respeito quando se compara com a vasta quantidade de estudos relacionados ao desvio de finalidade.

Vidal<sup>331</sup>, ao avaliar o *recueil périodique* (coletânea periódica), depara-se com a indiferença do juiz em precisar os domínios das duas teorias. Segundo o autor, apenas três de oito casos avaliados seriam “*verdaderos desvios de poder*”, conforme sustentado por Hauriou, em razão da *existência dos motivos*. Nesses termos, o jurista assim conclui:

<sup>327</sup> VIDAL, 1952, p. 58.

<sup>328</sup> HAURIOU, 1933, p. 386-387 *apud* VIDAL, 1952, p. 58

<sup>329</sup> CRETILLA JÚNIOR (1978, p. 108). Nesse sentido, também, Raúl Bocanegra sustenta o seguinte: “La prueba de la desviación de poder puede hacerse (y será lo usual dada la dificultad de una prueba directa) a través de indícios racionales que creen en el juzgador la convicción de la existencia en ele acto administrativo de esa finalidad desviada”. (SIERRA, 2012, p. 92).

<sup>330</sup> VIDAL, 1952, p. 58.

<sup>331</sup> VIDAL, 1952, p. 59.

Êsses exemplos nos levam à conclusão de que a elaboração da teoria da anulação por inexistência de motivos, embora não diminua as possibilidades de aplicação do desvio de poder, diminui, entretanto, a utilidade do recurso fundado sobre esse meio, pois que, nos casos em que o desvio de poder se acha ligado a uma ausência de motivos, esta última pode acarretar a aplicação de um meio autônomo de anulação. Esse meio, porém, só é admitido com muita cautela, pois que, exatamente como acontece com o desvio de poder, ele deve ser pôsto em evidência após o exame do conjunto do processo ou pelas indicações do próprio ato. *Em suma, a teoria do desvio de poder conserva o seu lugar ao lado da teoria nova da anulação por inexistência de motivos*, não somente porque ultrapassa essa última nos casos em que o desvio do poder resulta de uma simples incorreção na apreciação do valor dos motivos, como também porque ela subsiste paralelamente àquela outra nos casos em que os motivos são inexistentes.<sup>332</sup> (grifo nosso).

Jèze<sup>333</sup>, a seu turno, é expresso tão somente no sentido de que a teoria dos motivos determinantes engloba e supera a teoria do desvio de finalidade. Segundo o autor, caso esta teoria não fosse limitada aos *meios de provas relativos aos motivos determinantes*, sua aplicação, de tão ampla, poderia perturbar o bom funcionamento dos serviços públicos: “[...] De lo contrario, todos los actos realizados por los agentes administrativos correrían el riesgo de ser impugnados por espíritu de chicana político, tan difundido en las democracias, y la actividad de los agentes públicos se paralizaría.”<sup>334</sup> Ocorre que, conforme já vislumbrado, a teoria do desvio de poder efetivamente não se limita ao exame dos motivos.

Desse modo, pormenorizando a função de cada uma das teorias e sendo notória a distinção do fim almejado por ambas, em que pese possam ser correlacionadas em muitas situações, conclui-se pela possibilidade da adoção da teoria dos motivos determinantes não apenas como meio de prova da teoria do desvio de poder, mas como instrumento *autônomo* de invalidação do ato. Em razão de, muitas vezes, ser mais fácil inquirir acerca do motivo do que do fim – neste, pode ser necessário inquirir acerca do *móvel* do agente –, existindo vício nesses dois requisitos, é mais oportuno entender pela aplicabilidade da teoria dos motivos determinantes do que da teoria do desvio de poder, em que pese as duas possam ser suscitadas para fins de reforço da argumentação do impugnante ou da fundamentação de eventual julgado. O fato é que, sendo mais fácil obter *prova* para respaldar a teoria dos motivos determinantes do que a teoria do desvio de finalidade, a qual, muitas vezes, funda-se apenas em *indícios*, deve-se dar maior realce àquela, quando for possível aplicar ambas ao caso.

Finalmente, acompanha-se o entendimento de Hauriou<sup>335</sup>, do início do século

<sup>332</sup> VIDAL, 1952, p. 60.

<sup>333</sup> JÈZE, 1949, p. 232.

<sup>334</sup> “[...] Do contrário, todos os atos realizados pelos agentes administrativos correriam o risco de serem impugnados por espírito de chicana política, tão difundido nas democracias, e a atividade dos agentes públicos paralisaria”. (JÈZE, 1949, p. 232, tradução nossa).

<sup>335</sup> HAURIU, 1933 p. 386-387 *apud* VIDAL, 1952, p. 58.



passado, sendo possível vislumbrar a aplicação autônoma de ambas as teorias, a depender do caso, sendo precoce afirmar como regra geral a superação de uma pela outra, como o faz Jèze.

### 4.3 Teorias dos motivos determinantes, do desvio de poder e do excesso de poder

Pelo julgado *Trepont*, decisão emblemática da *teoria dos motivos determinantes*, já referida, viu-se que a anulação do ato em virtude da inexistência de causa jurídica – decreto baseado em fato materialmente inexistente – teve como um de seus fundamentos o excesso de poder (incompetência). O próprio pai da teoria afirma de modo expresso que “[...] la teoría de los motivos determinantes es el complemento de la teoría de la competencia de los agentes públicos, siendo realmente imposible separar ambas teorías.”<sup>336</sup>

Também no caso *Lesbat*, decisão paradigma da *teoria do desvio de poder*, o Conselho de Estado francês mencionou a existência de *excesso de poder* para sustentar a anulação do ato. O argumento é o de que a *competência* que lhe fora atribuída havia sido utilizada para fins diversos do estipulado legalmente. Cretella Jr. afirma: “[...] pode dizer-se mesmo que o *desvio de finalidade* é precisamente um tipo especial de *incompetência do agente*, que ultrapassou a área dos poderes que a lei lhe reservara para agir.”<sup>337</sup>

Afonso Rodrigues Queiró<sup>338</sup>, retomando os estudos de Michoud e Hauriou, afirma que os poderes outorgados ao administrador público limitam-no quanto ao fim que deve perseguir, de modo que as regras de competências estão inteiramente relacionadas ao fim legal. Descumpri-lo é violar a lei e, por conseguinte, as normas de competência. Nesse sentido, seguem algumas das citações trazidas na obra do administrativista português:

Quando a lei estabelece uma competência, fixa sempre duma maneira mais ou menos explícita o fim em vista do qual essa competência poderá ser exercida (Bonnard, *Rév. Du Droit Public*, 1923, pág. 391).

Quando um administrador ao tomar uma decisão visa um fim diferente daquele em vista do qual os seus poderes lhe são conferidos, *sai verdadeiramente da sua competência* (Appleton, p. 622).

Vendo as coisas bem de perto, o desvio de poder é uma espécie de incompetência (R. Alibert, p. 193).<sup>339</sup>

Assim, são notáveis as conexões entre as citadas teorias. De fato, a competência, o motivo e o fim do ato administrativo não são aspectos estáticos. Quando se propõe uma

<sup>336</sup> “[...] a teoria dos motivos determinantes é o complemento da teoria da competência dos agentes públicos, sendo realmente impossível separá-las”. (JÈZE, 1949, p. 285, tradução nossa).

<sup>337</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1952, p. 69.

<sup>338</sup> QUEIRÓ, 1948, p. 80-81.

<sup>339</sup> QUEIRÓ, 1948, p. 80-81.

decomposição do ato, é para facilitar o estudo e a identificação de eventuais vícios, mas não se quer dizer que, na realidade, tais aspectos são segmentados. Entre todos, há certamente um princípio que os une e que os tornam intrinsecamente relacionados, qual seja, o princípio da legalidade, ou melhor, da juridicidade. Assim é que a norma jurídica prevê as regras de competência e, implícita ou explicitamente, o objetivo a ser colimado, bem como pode conter pormenorizado o motivo legal. O fato é que dada competência não atua no vácuo, mas é impulsionada por certa ocorrência fática, qualificada pelo direito, rumo a determinado fim.

Diante disso, é fácil compreender a interação entre as teorias do motivo determinante, do desvio de finalidade e do excesso de poder. Ocorre que seria questionável a autonomia conferida às duas primeiras teorias caso fossem sempre enquadráveis nesta última.

O que se percebe é que, os que assim o fazem, tomam como parâmetro uma ideia de competência bem ampla, envolvendo os demais aspectos do ato, inclusive a sua finalidade. Assim foi o posicionamento de Duguit, para quem a “competência é o poder de agir segundo certas *formas*, num certo *domínio* e num certo *objetivo*.”<sup>340</sup> A concepção adotada pela jurisprudência e pela legislação pátria, Lei Federal nº 4.717/1965, restringe-se às *atribuições legais* conferidas ao agente público. Nesse diapasão, seria incompetente o agente que exercesse atribuições de poder de polícia sem que a ele houvesse sido conferido tal plexo de poderes. Como se sabe, competência não se presume, mas decorre de normas jurídicas.

Com efeito, há situações em que o motivo determinante é inadequado ou inexistente, sem, no entanto, ensejar a *incompetência* do sujeito. No mesmo sentido, é possível que haja vício no requisito teleológico do ato sem que seja constatado *excesso de poder*. Isso tudo, levando-se em conta a *atribuição* em si conferida ao administrador, sob um caráter abstrato, em que não há inclusão, em seu conceito, de outros requisitos do ato. Entender competência em um sentido mais *lato*, para categorização de certo vício, é entendê-la como sinônimo de legalidade, em que eventuais *patologias*, inevitavelmente, estariam sempre nela enquadradas.

Roger Vidal, enfrentando a questão da incompetência e desvio de poder, afirmou:

Em suma, há exagêro em declarar, como Laferriere, que o desvio de poder constitui uma espécie de incompetência. Êsse autor, aliás, emitiu, sem dúvida, uma idéia mais justa quando se contentou em afirmar que o desvio de poder somente constitui uma verdadeira incompetência no caso em que a busca de um fim irregular é completamente interdita por estar fora da alçada administrativa [...].<sup>341</sup>

<sup>340</sup> DUGUIT, 1903, p. 492 e 532 a 550; DUGUIT, 1921, p. 251-252 *apud* VIDAL, 1952, p. 40.

<sup>341</sup> VIDAL, 1952, p. 38.

Vidal<sup>342</sup> deixa expressa sua crítica ao posicionamento de Laferrière, sob o argumento de que qualquer assimilação do desvio de poder à incompetência seria, no mínimo, inexata, pois, enquanto a competência liga-se à legalidade externa do ato<sup>343</sup>, o exame da finalidade penetra na legalidade interna, na intimidade do ato administrativo.

Queiró reflete: “Mas, se o desvio de poder é uma forma da incompetência, não se vê qual o interesse da jurisprudência dos vários países, e entre nós também do próprio legislador, em enunciá-lo como vício autónomo, compreendido no excesso de poder.”<sup>344</sup> Em seguida, faz a seguinte assertiva:

O desvio de poder cinde-se, pois, numa dupla natureza jurídica: ou cabe na incompetência, e se situa no domínio da ilegalidade (e é o caso, por ex., do desvio com objetivos ou interesses financeiros ou fiscais, por parte de uma autoridade com poderes de polícia, isto é, com poderes relativos a fins de polícia); ou se refere à discricionariedade (e é o caso de desvio de poder com um fim de animosidade pessoal, de caráter privado, etc.). No primeiro caso a autoridade é incompetente; no segundo é competente, mas a lei (ou outra fonte de direito) preocupa-se com os motivos à face dos quais se usa da competência conferida, concedendo a determinados agentes, com funções fundamentalmente hierárquicas, mas decidindo em forma contenciosa, o poder de vigiar a adaptação da actividade administrativa a certas normas não jurídicas, a que se pode chamar normas de moralidade, ou de boa e justa administração.<sup>345</sup>

Nesses termos, o autor afirma que o primeiro tipo (incompetência) de desvio é verificável de modo objetivo, sem aferir a intenção do agente público, ao contrário do segundo caso, em que a prova deve ser *positiva* e não *negativa*, ligando-se à sua intenção.

Ou seja, Queiró busca como critério de distinção a subjetividade do agente público. Havendo o móvel, uma intenção inadequada, para ele não haverá incompetência, mas só desvio de poder. Sendo possível aferir o desvio com objetividade, caberia enquadrá-lo dentro da incompetência. Em que pese isso seja um critério, é fácil questionar a sua coerência com a sistemática adotada nos dias atuais. Não se pode correlacionar a possibilidade de configuração do interesse privado no lugar do interesse público, tipificado pela lei, tão somente nos atos discricionários. É possível que o ato seja vinculado e que, ainda assim, seja configurado um móvel inadequado por parte do agente público.

<sup>342</sup> VIDAL, 1952, p. 37.

<sup>343</sup> “Isto é, aquela cujo respeito se torna, em primeiro lugar, indispensável assegurar, a fim de manter a disciplina numa administração centralizada e hierarquizada”. (VIDAL, 1952, p. 36).

<sup>344</sup> QUEIRÓ (1948, p. 81-83). Ao contrário do afirmado por Cretella Jr. (1952, p. 170), no sentido de que Queiró não admite a autonomia conceitual do vício por desvio de poder, pela avaliação da obra do jurista português, entende-se que a reflexão proposta pelo autor não pode ensejar tal conclusão. Queiró afirma claramente a possibilidade de vício de poder em situações em que o agente é competente, sugerindo, nesses casos, a autonomia da teoria, como forma de limitação da discricionariedade.

<sup>345</sup> QUEIRÓ, 1948, p. 81.

Com efeito, não é acolhida no presente trabalho a relação do desvio de poder tão somente à discricionariedade, o que restou desenvolvido claramente nos sistemas português<sup>346</sup>, francês e italiano, como bem destacado por Afonso Rodrigues Queiró<sup>347</sup>, e acolhido, entre outros administrativistas brasileiros, por José Cretella Jr., segundo o qual, “é precisamente no exercício do *poder discricionário* que ocorre a figura do *desvio de poder*.”<sup>348</sup> A ideia adotada neste trabalho é a do jurista espanhol Raúl Bocanegra Sierra<sup>349</sup>, em que é possível a constatação do desvio de poder tanto em atos discricionários como em atos vinculados, quer seja quando o interesse almejado é o privado ou outro interesse público não tipificado na lei.

Portanto, diante de todas as considerações feitas, verifica-se que a autonomia das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder se revela exatamente no requisito do ato que ambas resguardam – o motivo e o fim, respectivamente, e que se caracterizam por serem inconfundíveis, nos termos da concepção objetivista adotada. Enquadrá-las sempre como *excesso de poder*, ou seja, vício de competência, ainda que o agente público tenha atuado dentro das atribuições que legalmente lhe foram conferidas, é entender a competência de modo mais *lato*, como sinônimo de legalidade. Em razão do caráter dinâmico dos aspectos competência, motivo e finalidade, é claro que pode haver situação em que mais de um restará viciado, incidindo-se, portanto, mais de uma das teorias aqui trabalhadas. Contudo, mesmo nesses casos, a autonomia das teorias será evidente, em razão da aplicação de métodos distintos para o exame da legalidade – uma sob o enfoque da competência, a outra sob o enfoque do motivo e a outra, ainda, sob o exame da finalidade do ato administrativo.

#### **4.4 Teoria dos motivos determinantes na jurisprudência nacional**

No Brasil, não há tribunal especializado para matérias do direito administrativo, como ocorre na França, por exemplo, por meio do contencioso administrativo. Vigora aqui a orientação de *una lex, una jurisdictio* (jurisdição una). É pelo Poder Judiciário que variadas decisões são prolatadas, com caráter de definitividade, interpretando-se leis e considerando o

---

<sup>346</sup> O Professor português Marcello Caetano (1965, p. 264 *apud* CRETELLA JR., 1978, p. 174) esclarece que o desvio de poder é exclusivo do exercício de poderes discricionários, retomando o direito positivo português (Decreto 18.017, de 28 de fev. 1930), por entender que a *finalidade* só tem autonomia na discricionariedade. Ocorre que o entendimento atual é claro no sentido que o fim do ato, quer seja totalmente regrado ou discricionário, será sempre vinculado ao interesse público. Daí a conclusão adotada neste trabalho ser no sentido da adoção da teoria não apenas aos atos discricionários.

<sup>347</sup> QUEIRÓ, 1948, p. 85.

<sup>348</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 36.

<sup>349</sup> SIERRA, 2012, p. 92.

aporte doutrinário nacional.

Ao longo deste capítulo, foram destacados alguns julgados do Conselho de Estado francês, cuja importância na formulação de certos institutos é inequívoca, tendo servido de inspiração para outros sistemas jurídicos, a exemplo do brasileiro. Como frisado, foi a partir da jurisprudência francesa que a teoria dos motivos determinantes foi formulada, do mesmo modo como ocorrido com a teoria do desvio de poder.

Neste momento da pesquisa, faz-se importante considerar como os tribunais pátrios têm tratado a teoria dos motivos determinantes, se têm sido propostas maiores reflexões e quais têm sido os fundamentos para tanto.

Caio Tácito, ao discorrer sobre a jurisprudência brasileira em matéria do desvio de poder, cita um julgado do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em acórdão de 22 de fevereiro de 1946, em que foi anulado ato administrativo de demissão de servidor público, tomando-se por embasamento a *teoria dos motivos determinantes*. Segundo o jurista, o tribunal constatou o desvio de finalidade do ato – atendimento a fins pessoais de retaliação e não à preservação de disciplina ou da moralidade administrativa – por meio do exame dos motivos<sup>350</sup>. Pelo relato, certamente foram considerados vícios no fim e no motivo do ato, tendo sido dada preferência à invocação da *teoria dos motivos determinantes*. Certamente, em razão da objetividade na obtenção de provas, conforme destacado nos tópicos precedentes. Ademais, a teoria, ao que parece, foi utilizada como um instrumento autônomo de invalidação do ato e não apenas como meio de prova, mesmo tratando-se de caso de desvio de poder.

Assim, o que se verifica é que já na década de 1940 foi evidenciada em julgado brasileiro a relação entre a teoria dos motivos determinantes e a do desvio de poder. Atualmente, pelos julgados em análise, ainda que seja apontada relação entre as teorias citadas, a jurisprudência demonstra não oscilar quanto à autonomia e suficiência da teoria dos motivos determinantes como fundamento para a invalidação de certos atos administrativos.

Voltando-se para os julgados mais recentes e iniciando-se pela avaliação dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), de atuação nacional, a primeira observação é a de que muitos casos relacionados à teoria dos motivos determinantes envolvem matéria fático-probatória, de modo que, em razão da vedação do reexame de provas em sede de recurso especial e extraordinário, incidem no óbice da súmula nº 7 do STJ<sup>351</sup> e da súmula nº 279 do STF.<sup>352</sup> Como exemplo, seguem os julgados:

---

<sup>350</sup> JUNGSMANN, 1947, p.173-183 *apud* TÁCITO, 1954, p. 10.

<sup>351</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. *Diário de Justiça*, Brasília, 3 jul. 1990.

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 dez. 1963.

Agravo de Instrumento nº 777569, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje. 05.12.2011 (STF); Agravo de Instrumento nº 815118, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje. 24.02.2014 (STF); Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 500.567, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje. 18.08.2014 (STJ); Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1280729, Rel. Min. Humberto Martins, Dje. 19.04.2012 (STJ).

Outra questão a ser destacada, decorrente da avaliação de várias decisões judiciais, é que muitas demandas envolvendo questões atinentes à teoria dos motivos determinantes são propostas via mandado de segurança, que, conforme os ditames da Lei nº 12.016/2009<sup>353</sup>, visa à proteção de direito líquido e certo face à ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública. Com efeito, não havendo necessidade de dilação probatória e restando caracterizada a ilegalidade do ato administrativo, bem como preenchidos os requisitos exigidos legalmente, a ação mandamental caracteriza-se por ser um instrumento célere ao resguardo do direito do impetrante, daí ser uma via bastante utilizada para suscitar vício no “motivo” do ato.

A avaliação jurisprudencial, pormenorizada adiante, analisará alguns julgados cuja importância será enfatizada no teor de seus comentários.

O Recurso Extraordinário nº 572.189, interposto pelo Município de Salinas-MG, em que se alegou suposta violação ao princípio da separação dos poderes por parte do Ministério Público, cuja atuação centrava-se na investigação de contratos de credenciamento para prestações de serviços do citado município, por decisão monocrática, teve seu seguimento negado. Entre os argumentos do relator, Min. Ayres Brito, destaca-se o seguinte:

[...] De muito se desconstruiu a doutrina da insindicabilidade absoluta do mérito administrativo. Isso pela simples aplicação da ideia força do estado democrático de direito. Pelo que se construíram diversas teorias, como a da *vinculação do administrador aos motivos determinantes de seus atos* (a respeito vide Robert Alexy. Vícios no exercício do poder discricionário. RT ano 89 (779) set 2000, p. 11 e ss.).<sup>354</sup> (grifo nosso).

Verifica-se acertada a conclusão acima: a teoria dos motivos determinantes é, ao lado de outras, um mecanismo hábil a desconstruir a chamada *insindicabilidade* do mérito administrativo, que vigorou no passado, impedindo o controle judicial dos atos discricionários. Como reiteradamente enfrentado, a liberdade conferida ao agente público é

---

<sup>353</sup> BRASIL, 2009.

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 572.189/MG. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 fev. 2012.

limitada nos termos previstos pela lei e pelos princípios de direito, por meio de cuja observância é possível resguardar a adequação, pertinência e veracidade dos motivos do ato.

Em análise do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 640.466, da relatoria do Min. Roberto Barroso, foi posta em evidência a ementa do acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, destacado em parte do seguinte modo:

[...]  
 AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS – CERTAMES SUCESSIVOS – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA – PRESSUPOSTO DE FATO AUTORIZADOR DA DEFLAGRAÇÃO – NECESSIDADE DO MISTER EXECUTADO PELO PARTICULAR – INOCORRÊNCIA – TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. *O motivo é a circunstância de fato que autoriza o agente público a praticar determinado ato administrativo.* Consubstancia, por conseguinte, uma situação do mundo empírico que deve ser levada em consideração para o agir da Administração. Com efeito, quando inexistente previsão legal, o agente tem liberdade de escolha do pressuposto em vista do qual o editará. Contudo, *à luz da teoria dos motivos determinantes, se sua atuação embasar-se na ocorrência de determinada situação, a validade do ato dependerá da consumação do motivo que houver sido veiculado.* Vislumbra-se, in casu, que os serviços prestados pela empresa apelante eram absolutamente despiciendos, eis que já eram executados por servidores da Prefeitura Municipal. Desse modo, conclui-se que *o motivo que invocado pelos alcaides para a deflagração dos certames era inexistente, fato que permite a invalidação dos procedimentos pelo Poder Judiciário.*<sup>355</sup> (grifo nosso).  
 [...]

Constata-se que a teoria dos motivos determinantes pode ser suscitada como fundamento para a nulidade de procedimentos administrativos e até mesmo de atos bilaterais. Ou seja, seus efeitos não se restringem a atos administrativos unilaterais. O enfoque da teoria para tal fim circunscreve-se ao exame do motivo invocado pelo Poder Público. No julgado em análise, verifica-se que o tribunal de origem entende por motivo a “circunstância de fato que autoriza o agente público a praticar determinado ato administrativo”, relacionado à situação do mundo empírico. Mais uma vez, a teoria é salientada como mecanismo de limite ao exercício do poder discricionário, condicionando a validade da atuação administrativa à exatidão material e jurídica do motivo.

Com efeito, o entendimento da teoria dos motivos determinantes como instrumento que vincula a validade do ato à existência e à veracidade dos motivos indicados na fundamentação é unânime na jurisprudência, não havendo quem a suscite com conteúdo diverso. Nesse sentido, seguem as seguintes ementas de dois julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg em Recurso Extraordinário 640.466/SC. Relator: Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 out. 2014.

ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO POR PRÁTICA DE NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

1. A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. *A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário.* Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido.

2. Constatada a *inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a conseqüente reintegração do impetrante.* Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido (grifo nosso).<sup>356</sup>

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MERECIMENTO. DECRETO. DISPOSIÇÃO CONTRÁRIA A LEI. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

1. O ato que indeferiu a progressão funcional por merecimento do servidor, ora Recorrente, foi embasado no fato de que ele esteve à disposição do Poder Executivo por 02 (dois) anos consecutivos, enquadrando-se, portanto, no impedimento contido no inciso II do art. 4º do Decreto Judiciário n.º 190/2000.

2. O Decreto regulamentador não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

3. É o que ocorre, na hipótese, em que as condições definidas na Lei Estadual n.º 11.719/97 para a progressão funcional foram alteradas por ato normativo infralegal, qual seja, o Decreto Judiciário n.º 190/2000.

4. *"Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato.* A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. *Expostos os motivos, a validade do ato fica na dependência da efetiva existência do motivo.* Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o motivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica." (RMS 10.165/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04/03/2002).

5. No caso dos autos, não mais existindo o único fundamento em que se embasou o ato administrativo, em face da revogação do inciso II do art. 4º do Decreto n.º 190/2000, *inexiste fato concreto que obste a progressão funcional do Impetrante, sendo nulo o ato impugnado,* por falta de motivação.

6. Recurso ordinário conhecido e provido.<sup>357</sup>

No primeiro caso, o voto do relator é muito claro no sentido de que a anulação do ato de exoneração do agravado decorre da “inexistência do motivo ensejador do ato” e, por conseguinte, da vinculação aos motivos que o determinaram (teoria dos motivos determinantes). Em seu teor, foi esclarecida que a reintegração “é consequência necessária da anulação”, tendo sido enfatizado que o cargo em tela é de livre nomeação e exoneração. Isso

<sup>356</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso em Mandado de Segurança 32437/MG. 2ª Turma, Relator: Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 mar. 2011.

<sup>357</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 19013/PR. 5ª Turma, Relatora: Laurita Vaz. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 03 nov. 2009.



significa que o administrador pode até mesmo exonerar o servidor ocupante de cargo comissionado sem justificativa, sendo, contudo, vedado respaldar-se em fatos inverídicos ou inadequados ao seu conteúdo ou à realidade.

No segundo julgado exposto acima, foi concedida segurança à impetrante, tendo sido determinada sua progressão funcional por merecimento diante da inexistência do impedimento suscitado na motivação do ato de indeferimento da progressão (revogação do inciso II do art. 4º do Decreto 190/2000). Em outros termos, é fácil perceber que da aplicação da teoria dos motivos determinantes, não apenas o ato administrativo impugnado foi invalidado como, também, foi prolatado outro em seu lugar pelo Poder Judiciário, qual seja: o deferimento do pleito de progressão por merecimento.

Ambos os julgados deixam nítido o cerne da teoria – vinculação do agente público aos motivos invocados no ato. Perceba que enquanto no primeiro julgado a aplicação da teoria se dá em razão da inexistência do fundamento fático (prática de nepotismo), no segundo caso a incidência decorre da inexistência do fundamento jurídico suscitado na motivação (revogação do decreto). Isso ressalta que, para fins de constatação da validade do motivo, é necessária a avaliação da veracidade dos *atos*, do enquadramento destes aos preceitos legais, da pertinência destes ao respectivo conteúdo do ato, da existência de hipótese legal suscitada na fundamentação. Isso porque, como visto, o motivo é *fato jurídico*, o que significa que sua verificação não se restringe à ocorrência da situação fática (mundo empírico) indicada no ato.

Quanto aos julgados dos tribunais de justiça, interessante também destacar alguns, dos quais podem ser suscitadas reflexões e ponderações. Nesse sentido, segue julgado interessante do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

REEXAME NECESSÁRIO. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. PEDIDO DE LICENÇA PARA REALIZAR CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. INDEFERIMENTO FUNDADO EM ALEGADO ÓBICE NORMATIVO. INEXISTÊNCIA DESTA. APLICABILIDADE DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. PRECEDENTES DA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA.

O indeferimento detrimenoso à autora não se fundou na discricionariedade administrativa, ou seja, na inconveniência e na inoportunidade da concessão da licença funcional por ela vindicada, *mas sim em alegado óbice normativo*, todavia *inexistente*. Por isso, não há invocar a discricionariedade administrativa para conceder - ou não - a reportada licença, devendo-se *atentar para a teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual os motivos embasadores dos atos editados pela Administração vinculam-na, possibilitando o controle judicial de sua legalidade formal e substancial. Afinal de contas, "[...] pela teoria dos motivos determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à *existência* e à *veracidade* dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos". (STJ - AgRg no REsp 670453/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em

18.2.2010). No caso concreto, inexistindo o óbice normativo cogitado, razão assiste à acionante.<sup>358</sup> (grifo nosso).

Em julgado recentíssimo, o tribunal negou provimento à remessa necessária, com fulcro na teoria dos motivos determinantes, sustentando que o motivo indicado pelo Estado de Santa Catarina, para embasar o ato de indeferimento do afastamento pleiteado pela servidora, deve ser verdadeiro e adequado, o que não ocorreu. No caso, o motivo alegado foi a “inexistência de subsídio normativo para autorizar tal pretensão”, o que seria falso diante da existência de norma autorizativa. É de se perceber que, com base nisso, mantendo-se a sentença, não apenas o ato administrativo foi invalidado como, também, uma nova decisão foi determinada pelo Poder Judiciário, *deferindo* à autora o afastamento remunerado para cursar pós-graduação, nos termos da sentença, cuja parte segue transcrita:

[...] com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, ACOLHO PARCIALMENTE o pedido deduzido na inicial, confirmando a liminar anteriormente concedida, *de modo a determinar que seja deferida à autora o afastamento remunerado para cursar pós-graduação*, em nível de mestrado, deduzindo-se da remuneração, enquanto perdurar o afastamento, os valores relativos ao auxílio-alimentação e a gratificação de incentivo à regência de classe. Face ao ônus da sucumbência, arcará o réu com honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Custas processuais isentas, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 161/97. Independentemente de recurso voluntário das partes, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina para reexame necessário, observadas as cautelas de estilo.<sup>359</sup>

É semelhante à situação vislumbrada no último julgado do Superior Tribunal de Justiça aqui recorrido, em que o ato de indeferimento de progressão por merecimento foi invalidado, em razão da inexatidão jurídica do motivo indicado na motivação do ato. Na oportunidade, o STJ não apenas invalidou o ato, como determinou a progressão da impetrante. Ocorre que, enquanto naquele caso a progressão é ato regrado legalmente (preenchidos requisitos, ocorre a progressão), o ato de licença ou afastamento é essencialmente discricionário. A Lei nº 6.844/86<sup>360</sup>, do Estado de Santa Catarina, indicada no acórdão como

<sup>358</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário. *Processo* nº 2015.085195-3. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Florianópolis: 16 fev. 2016.

<sup>359</sup> SANTA CATARINA, 2016.

<sup>360</sup> Art. 29. O afastamento do exercício do cargo *poderá* ser permitido para: [...] VI. Realizar especiais ou cursos de atualização, aperfeiçoamento e pós-graduação, na área de magistério (lei) e Art. 1º servidor público efetivo da administração direta, autárquica e fundacional e o servidor do quadro do magistério público estadual lotado na Fundação de Educação Especial poderá afastar-se do exercício do cargo, com remuneração integral, para frequentar curso de pós-graduação, a *critério* da Administração Pública (decreto). (SANTA CATARINA, 1986).

norma autorizativa, evidencia a liberdade conferida ao gestor, mediante a expressão “[...] a critério da Administração Pública”.

Ora, é certo que o cerne da teoria em apreço é vincular o administrador ao motivo por ele invocado como fundamento do ato administrativo, de modo a invalidá-lo caso seja este inverídico ou inadequado. Isso tudo com o intuito, como já visto, de coibir arbitrariedades por parte do Poder Público. Entretanto, a teoria não autoriza, em momento algum, que o Poder Judiciário, sob esse respaldo, prolate outra decisão, de cunho administrativo, no lugar da invalidada. Por toda a avaliação já feita sobre a teoria, deve o juiz se ater à análise da exatidão material e jurídica dos motivos do ato, averiguando-se sua legitimidade e prolatando, se for o caso, sua invalidação, sem, no entanto, arvorar-se em competência que não lhe é própria.

Nesse julgado, não estaria havendo evidente afronta à independência e harmonia dos poderes (art. 2º da Carta Constitucional)? Em outros termos, a teoria dos motivos determinantes estaria sendo aplicada de modo ilimitado, produzindo efeitos que não lhe são próprios? No caso avaliado, o mais acertado seria invocar a teoria para invalidar o ato administrativo e determinar nova apreciação do pleito da interessada e, por conseguinte, nova decisão, com respaldo em motivo verídico e adequado, por parte da Administração Pública.

Sabe-se que o Poder Judiciário busca efetividade em suas decisões. Em atos administrativos cujo teor seja a imposição de deveres, sanções, encargos ou, melhor, tenham um conteúdo positivo, é claro constatar que sua invalidação repercutirá, trazendo maiores efeitos ao interessado. Por exemplo, a anulação do ato de exoneração do servidor cujo motivo seja inverídico surtirá efeitos imediatos, culminará com a sua reintegração.<sup>361</sup> Diferente é a situação em que o conteúdo do ato é negativo (indefere-se algo). Invalidá-lo é o mesmo que um “nada jurídico”. Continua não havendo o deferimento pela tão só invalidação do ato. Ainda assim, nessa situação, não se justifica a prolação de decisão administrativa por parte do Poder Judiciário. A efetividade, nesse caso, está na invalidação do ato e na determinação ao Poder Executivo para a prolação de nova decisão, dessa vez, sem vício no motivo e em seus demais aspectos. Evidente que se o ato administrativo for totalmente regrado, não havendo margem de apreciação por parte do administrador, o Poder Judiciário pode e deve concretizar o direito pleiteado.

Com efeito, avaliando todas as premissas utilizadas por Jèze para a formulação da teoria em apreço, verifica-se que os seus apontamentos em nenhum momento dão margem à

---

<sup>361</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 2012.078008-8. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 17 jun. 2014. A teoria dos motivos determinantes foi sustentada para anular ato de exoneração de servidores públicos motivado em fatos inexistentes. Como consequência da invalidação, a reintegração.

atuação do juiz como se administrador o fosse. Ao contrário, os efeitos da teoria cingem-se aos aspectos da materialidade e exatidão do motivo. A 10ª regra compilada por Jèze a respeito da teoria dos motivos determinantes é clara no sentido de que “[...] el juez no puede apreciar la oportunidad de las medidas adoptadas por los agentes administrativos.”<sup>362</sup> Mais adiante o autor frisa que “[...] esta apreciación de la oportunidad trasformaría al juez en administrador, en superior jerárquico de los agentes administrativos, lo que sería contrario al principio de la separación y de la división de las competencias.”<sup>363</sup> E, frisa-se, esta conclusão independe da corrente adotada em relação à natureza do motivo (subjéctiva ou objectiva). Assim, na medida em que o Poder Judiciário não apenas anula ato discricionário, mas, também, determina outro, certo é que, neste caso, o juiz se transforma em administrador.

Para demonstrar a gravidade disso no plano fáctico, ainda tomando como parâmetro esse julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (demanda de licença remunerada para fins de estudo concedida pelo Judiciário), pode-se constatar que várias decisões judiciais foram proferidas por esse tribunal acerca do mesmo caso, tendo sido prolatadas nesse mesmo sentido, a exemplo dos acórdãos do processo nº 2014.045030-1, da relatoria de Paulo Henrique Moritz Martins da Silva (julgado em 13.10.2015), do processo nº 2014.069320-0, da relatoria de Francisco Oliveira Neto (julgado em 13.01.2015), do processo nº 2013.081613-5, da relatoria de Francisco Oliveira Neto (julgado em 19.08.2014), do processo nº 2014.031629-8, da relatoria de João Henrique Blasi (julgado em 10.09.2014), do processo nº 2014.030477-4, da relatoria de João Henrique Blasi (julgado em 09.07.2014).

Tais decisões, por certo, podem até mesmo causar um significativo impacto na administração do Estado de Santa Catarina, considerando que as licenças concedidas são *remuneradas*. Ou seja, pode haver um impacto financeiro e, ainda, um déficit de pessoal, pois que todos os requerentes são servidores do quadro de magistério. O Poder Judiciário, quando assim decide, tem como foco apenas o caso apreciado, ao contrário de quando a decisão é administrativa, em que a Administração leva em conta o cenário do setor, as demandas, as urgências e os recursos disponíveis. Há uma visão geral e não restrita ao caso particularizado.

Outros casos interessantes apreciados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e que envolvem a teoria em tela são: a) nulidade de processo seletivo simplificado para contratação temporária de pessoal na rede pública municipal, pleiteada por meio de ação

---

<sup>362</sup> “[...] o juiz não pode apreciar a oportunidade das medidas adotadas pelos agentes administrativos”. (JÈZE, 1949, p.279, tradução nossa).

<sup>363</sup> Tradução nossa: “esta apreciação da oportunidade transformaria o juiz em administrador, em superior hierárquico dos agentes administrativos, o que seria contrário ao princípio da separação dos poderes”. (JÈZE, 1949, p. 280, tradução nossa).

civil pública, em razão da comprovada falsidade do motivo apontado no edital;<sup>364</sup> b) invalidação de ato de exoneração de servidor fundamentado em motivo inexistente e insuficiente a autorizar o seu desligamento<sup>365</sup>, com várias decisões nesse sentido.

Quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, é possível constatar vários casos em que tanto a teoria dos motivos determinantes como, também, a teoria do desvio de poder foram suscitadas como fundamento para a nulidade de atos administrativos. Nesse sentido:

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO - EXONERAÇÃO - INFREQUÊNCIA - FALTAS JUSTIFICADAS - MOTIVAÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO - DESVIO DE FINALIDADE - NULIDADE DECLARADA. "Pela teoria dos motivos determinantes, o Poder Judiciário deverá examinar as razões que levaram o administrador a praticar o ato e, se esses motivos não existiram ou não forem verdadeiros, anulará o ato; pela teoria do desvio de poder, o Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou."<sup>366</sup>

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO COMPULSÓRIA - VÍCIO DE MOTIVO E FINALIDADE - SENTENÇA MANTIDA. "Pela teoria dos motivos determinantes, o Poder Judiciário poderá examinar as razões que levaram o administrador a praticar o ato e, se esses motivos não existiram ou não forem verdadeiros, anulará o ato; pela teoria do desvio de poder, o Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou."<sup>367</sup>

No primeiro julgado, embora o caso pareça à primeira vista tratar-se de ‘demissão’ (penalidade), tratou-se de ‘exoneração’, em razão da avaliação do estágio probatório da servidora (art. 106 do Estatuto dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Lei nº 869/52). O relator, reformando a sentença de primeiro grau, fundamenta-se na teoria dos motivos determinantes e do desvio de finalidade ao aduzir que as faltas não foram injustificadas, como mencionado pelo Estado de Minas Gerais, não tendo a servidora sido “voluntariamente infrequente”. O ponto que merece destaque é o de que, embora o relator, em seu voto, discorra sobre ato discricionário, sinalizando que o caso nele se enquadre, o ato de

<sup>364</sup> Segundo análise do acórdão, o motivo indicado no edital para a realização do certame, para contratação de professores e auxiliares de ensino no âmbito da rede pública do Município de Abelardo Luz/Santa Catarina, foi a “falta de aprovados em processo seletivo anterior”. Entretanto, restou comprovada nos autos a falsidade do motivo, já que, dentre os 13 (treze) cargos mencionados no edital anterior, apenas um deles não tivera nenhum candidato aprovado. Outras ilegalidades foram arroladas, neste julgado, como fundamentos para a nulidade do certame em tela. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 2013.082198-5. Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba. Florianópolis: 10 nov. 2015).

<sup>365</sup> SANTA CATARINA, 2015.

<sup>366</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.08.942099-6/001. Relator: Desembargador Alvim Soares. Belo Horizonte: 7 abr. 2009.

<sup>367</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0686.07.199907-8/001. Relator: Desembargador Alvim Soares. Belo Horizonte: 16 jan. 2009.

exoneração em razão da não satisfação das condições do estágio probatório é, ao contrário, totalmente vinculado. Com efeito, o art. 23, da Lei nº 869/52, do Estado de Minas Gerais, arrola os requisitos de avaliação do estágio probatório. Nessa seara, não há escolha por parte do Poder Público, ou seja, não há qualquer liberdade em sua atuação. Como visto, não há que se falar em liberdade intelectual, mesmo diante de conceitos vagos ou elásticos, como é o caso, por exemplo, dos requisitos “idoneidade moral” ou “eficiência”. O julgado não foi unânime – vencido o revisor.

No segundo julgado, também bem delimitada a abrangência de ambas as teorias (vícios de motivo e finalidade), foi evidenciada a discricionariedade da Administração Pública na remoção de servidores públicos, sendo pontuado, no entanto, o dever de motivação do administrador. Em reexame necessário, foi mantida a decisão do juízo de primeira instância, que declarou nula a portaria de remoção da servidora, com base nas citadas teorias.

Especificamente quanto à teoria dos motivos determinantes, sem menção à teoria do desvio de poder, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem também vários julgados a respeito, sendo oportuno destacar os seguintes casos, envolvendo situações distintas:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO - AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO - CONTRAINDICAÇÃO/ELIMINAÇÃO - MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO AMPARADA EM SITUAÇÃO FÁTICA - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - INVALIDIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - SENTENÇA CONFIRMADA. A *motivação administrativa* que não se encontra faticamente demonstrada impõe a aplicação da *teoria dos motivos determinantes*, com consequente invalidade do ato administrativo impugnado. Revela-se ilegal e abusivo o ato que desclassifica o candidato de Processo Seletivo Simplificado para formação de cadastro de reserva para a função de Agente de Segurança Penitenciário, quando o impetrante comprovou ser portador de idoneidade moral e conduta ilibada.<sup>368</sup>

EMENTA: CONTRATO TEMPORÁRIO - RESCISÃO - PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - CORRESPONDÊNCIA DO ATO COM A SITUAÇÃO FÁTICA - LEGALIDADE DA RESCISÃO - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

- Pode a Administração, por sua conveniência e oportunidade, rescindir unilateralmente o contrato temporário. Mas, uma vez fundamentado o ato, ficará adstrita à sua motivação, de modo que insubsistente este, inválida também será a rescisão do contrato.

- Regra geral, não há se falar em processo administrativo para a rescisão de contrato temporário, uma vez que tal medida não decorre de ato disciplinar do servidor, mas apenas do desaparecimento dos pressupostos legitimadores da manutenção da relação contratual formada a título precário.<sup>369</sup>

<sup>368</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.13.320618-5/002. Relator: Desembargador Edilson Fernandes. Belo Horizonte: 06 out. 2015.

<sup>369</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.12.287877-0/001. Relator: Desembargador Wilson Benevides. Belo Horizonte: 23 nov. 2015.

No primeiro julgado, o acórdão fundamentou-se na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho ao discorrer sobre a teoria dos motivos determinantes, bem como nos julgados do STJ acerca da matéria. Quanto ao segundo caso, ao contrário dos demais, a teoria foi utilizada a favor da Administração Pública, diante da constatação da veracidade do motivo que ensejou a rescisão do contrato temporário do apelante.

Dos julgados avaliados, podem-se acoplar as seguintes considerações: a) quando do uso da teoria dos motivos determinantes, vários acórdãos frisam a ampliação do controle do Poder Judiciário, sobretudo no que tange ao exame da legalidade em atos discricionários; b) na maioria dos casos, utiliza-se a teoria dos motivos determinantes como forma de proteção do destinatário do ato administrativo, visando desconstituir ato prolatado pela Administração Pública; c) a ideia central da teoria é suscitada com base na doutrina brasileira, sem aparentemente, reflexões mais detidas: vincula-se o administrador ao motivo indicado no ato administrativo como condição de sua validade; d) verificam-se casos de discricionariedade e vinculação envolvendo a teoria em apreço; e) não há dúvida, pelos julgados, da autonomia da teoria dos motivos determinantes face às demais, estando sempre atrelada ao ‘motivo’ do ato; f) é possível constar a relação existente entre a teoria dos motivos determinantes e a motivação do ato administrativo.

#### **4.5 Problematizando a aplicação da teoria dos motivos determinantes**

Foram feitas ponderações no tópico anterior, quanto ao limite de abrangência dos efeitos da teoria dos motivos determinantes, quando do seu uso pelo Poder Judiciário para fins de anulação de atos administrativos cujo teor seja o *indeferimento* de requerimentos envolvendo matéria não regrada totalmente pelo direito, como são os casos das licenças, por exemplo. Utilizando Jèze como marco teórico para a reflexão, foi afirmada a necessidade de observância do princípio da separação dos poderes, o que no ordenamento jurídico vigente encontra-se positivado em nível constitucional – art. 2º, da CF/88.

Há muito foram vislumbradas pela doutrina as restrições impostas ao exercício do controle externo, efetivado pelo Poder Judiciário. Tanto é que se observa atualmente, como reiteradamente visto nos acórdãos anteriormente examinados, o caminho inverso: trabalha-se contra a insindicabilidade dos atos administrativos discricionários. Mas é necessário cautela. Nem um excesso nem outro. É evidente que, pela dicção do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional então vigente, não é possível que determinado ato administrativo se isente do

controle jurisdicional.<sup>370</sup> No entanto, a apreciação exercida pelo Poder Judiciário não pode ser ilimitada e deve restringir-se à legalidade, não podendo ser feita análise de caráter meritório. Nesse sentido, Miguel Seabra Fagundes, mesmo que ainda não sob a égide da Constituição Federal de 1988, expôs o seguinte:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.<sup>371</sup>

Exatamente para que o Poder Judiciário não ultrapasse a extensão necessária do exercício do seu controle jurisdicional sobre os atos administrativos e para que, assim, o juiz não se transforme em administrador público, é preciso cautela quando da aplicação dos efeitos da teoria dos motivos determinantes, sobretudo, como oportunamente visto, quando se tratar de atos administrativos discricionários cujo teor seja negativo.

Tratando-se de ato discricionário, em que há uma escolha a ser feita pelo gestor público, não se pode aceitar que essa atuação seja feita pelo Poder Judiciário. Uma boa alternativa para dar efetividade em casos de invalidação de ato administrativo de conteúdo negativo (indeferimento, por exemplo), a exemplo dos diversos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) envolvendo a concessão de licença para servidores públicos, é invalidar o ato, com fulcro na teoria citada, em sendo o caso, e determinar a imediata apreciação e nova edição de ato administrativo por parte da Administração, com respaldo em motivo verídico e adequado. Caso contrário, o Poder Judiciário estará realizando juízo de oportunidade sobre medidas administrativas, contrariando o art. 5º, XXXV e o art. 2º, ambos da CF/88 e, ainda, a 10ª regra de Gaston Jèze, sintetizada por Nohara do seguinte modo: “o juiz não pode apreciar a oportunidade das medidas administrativas. Deve examinar a exatidão material e jurídica dos motivos determinantes, mediante análise da legalidade do ato.”<sup>372</sup> De fato, os efeitos da teoria restringem-se à decretação de nulidade do ato cujo motivo seja inadequado ou inverídico.

---

<sup>370</sup> Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 149) afirma nessa mesma diretriz: “No Brasil, nenhum ato – “vinculado” ou “discricionário” – foge ao controle do Poder Judiciário. A este cabe apreciar qualquer *lesão* ou *ameaça* a direito (individual, coletivo ou difuso, pois o art. 5º, XXXV, da Constituição da República não faz distinção). Qualquer norma infraconstitucional que dispuser em sentido contrário estará de pronto fulminada de nulidade”.

<sup>371</sup> FAGUNDES, 1984, p. 126.

<sup>372</sup> NOHARA, 2004, p. 75.



Todavia, não se pode deixar de mencionar que, em situações totalmente regradadas pelo direito positivo, sem qualquer margem de apreciação por parte do administrador público, o Poder Judiciário ao determinar o novo conteúdo do ato, após invalidar o ato administrativo eivado de vício no motivo, não atua fora da legalidade. É o caso, por exemplo, das progressões por antiguidade ou até mesmo por merecimento, cujas condições estão estritamente arroladas pela lei. Ao contrário do narrado no parágrafo anterior, aqui a “Administração exerce competência estrita”, o que significa que, nas palavras também de Miguel Seabra Fagundes<sup>373</sup>: “[...] já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal.” Com efeito, “[...] a medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador [...]”, ou seja, “[...] o administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada.” Nesse sentido, ato administrativo que indeferiu pedido de progressão de servidor público pode ser invalidado pelo Poder Judiciário, com fulcro na teoria dos motivos determinantes, em nada lhe impedindo a imediata determinação da progressão do servidor interessado, em razão dos ditames legais. Isso porque, ao contrário do caso da concessão de licenças, outra alternativa não teria o administrador diante da lei.

Após essa proposta que visa resguardar a aplicação correta da teoria dos motivos determinantes, em seus devidos termos, a próxima reflexão diz respeito à sua abrangência e, para tanto, considera especificamente esses casos cujo motivo encontra-se totalmente regrado pelo direito. Nessas situações, diante de um motivo falso ou inadequado, mas sendo possível identificar outro motivo (legal) que não o indicado na motivação, hábil a ensejar o mesmo conteúdo do ato administrativo, seria possível limitar os efeitos da teoria dos motivos determinantes? Esse é o problema central da pesquisa, cujas premissas estão sendo trabalhadas desde o capítulo inicial, sobretudo, quando da investigação em torno do motivo.

Os administrativistas Ricardo Marcondes Martins<sup>374</sup> e Marçal Justen Filho<sup>375</sup> afirmam, de forma inusitada se comparado à doutrina tradicional, que não há automática vinculação entre o vício no motivo do ato administrativo e o instituto da invalidação, prevendo, por conseguinte, ser possível afirmar que há exceções à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Tais apontamentos podem ser considerados um avanço, na medida em que os doutrinadores, na maioria das vezes, repetem as mesmas ideias em torno da teoria, sem nenhuma inovação ou ponderação. Não é feita qualquer avaliação dos seus efeitos, tampouco

---

<sup>373</sup> FAGUNDES, 1984, p. 128 (notas de rodapé).

<sup>374</sup> MARTINS, 2008, p. 227-228.

<sup>375</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

são tratadas situações em que seus reflexos podem ser inadequados a determinados casos.

Nesses termos, Martins pontua que a “teoria dos motivos determinantes, em relação ao pressuposto objetivo, como regra geral, refere-se apenas ao campo discricionário, não se aplica à vinculação”.<sup>376</sup> O citado autor expõe o seguinte:

A aplicação dessa teoria, conforme exposto, exige cuidadosas ressalvas, pois não há uma automática vinculação entre o vício de motivo e a invalidação do ato. Suponha-se que, diante de uma falta muito grave do servidor público – como a subtração de vultosa quantia dos cofres públicos – o sistema imponha a pena de demissão. Trata-se de caso de *vinculação* – ou seja: ocorrido esse fato, não há possibilidade de apenas suspender o servidor, ou adverti-lo, impõe-se a pena de demissão. Imagine-se que o servidor pratique o ato de corrupção e seu superior hierárquico, por um motivo pessoal, resolve, propositadamente, ao editar o ato de demissão, mencionar motivo inexistente ao invés de mencionar a subtração de numerário dos cofres públicos, mencione, propositadamente, outro motivo qualquer. Questionado o ato, constata-se a inexistência do motivo. Pela automática aplicação da teoria dos motivos determinantes, o ato de demissão deve ser invalidado e, assim, o servidor deve ser reintegrado no cargo; sua demissão por ato real terá de ser efetuada por outro ato, e este não poderá ter efeito retroativo.<sup>377</sup>

Trata-se, portanto, de uma situação prática cujos efeitos da teoria dos motivos determinantes parecem não se conformar com o interesse público. Isso porque, caso incidente a teoria nesse caso, não haverá alternativa para concretizar o intuito da legislação ao caso concreto: aplicação de penalidade correspondente ao *motivo real*. Ou seja, ao vício terá sido conferido peso maior do que a necessidade de resguardar o interesse coletivo, face ao motivo determinante real, efetivamente constatado. Diante desse impasse, Martins afirmou:

Essa solução é juridicamente equivocada: supondo que o sistema jurídico, em face do motivo real, exija a demissão do servidor e este foi demitido, o ato não poderá ser invalidado. Irrelevante, para efeito da manutenção do ato no ordenamento jurídico, o vício de motivo; este poderá justificar a punição do superior hierárquico, mas não a reintegração do corrupto. Enfim: a teoria dos motivos determinantes não se aplica aos casos de vinculação.<sup>378</sup>

Nessa mesma análise crítica inserem-se os posicionamentos de Marçal Justen Filho<sup>379</sup>, para quem a teoria dos motivos determinantes “deve ser adequada às novas concepções do direito administrativo”, sendo “perfeitamente possível que os motivos determinantes reais sejam válidos”, ensejando a permanência do ato nessas circunstâncias. Interessante retomar por completo as afirmações do autor a esse respeito:

<sup>376</sup> MARTINS, 2008, p. 228.

<sup>377</sup> MARTINS, 2008, p. 244-245.

<sup>378</sup> MARTINS, 2008, p. 245.

<sup>379</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

Essa teoria deve ser adequada às novas concepções do direito administrativo. A sua concepção original não se presta mais ao controle de validade dos atos administrativos. Foi desenvolvida nos primórdios do direito administrativo, quando ainda não se delineara de modo perfeito a distinção entre *autonomia de vontade privada e vontade funcionalizada própria do direito administrativo*. Mais ainda, era um instrumento de controle construído em vista de certa concepção de discricionariedade.<sup>380</sup>

De fato, como visto exaustivamente nos tópicos precedentes, a teoria em tela foi concebida no começo do século passado, em que não havia tanta clareza quanto à possibilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários, tampouco havia sido consolidada a distinção entre a vontade do particular e a sua vontade enquanto administrador, voltada sempre ao interesse público determinado pelo princípio da legalidade.

Com efeito, havia certa confusão entre o público e o privado, mais intensa e menos fiscalizada do que nos dias atuais. Sob o manto da discricionariedade – que figurava como uma verdadeira arbitrariedade – o agente público atuava considerando o seu móvel, a sua intenção. A concepção puramente subjetivista acerca do motivo dá azo a isso, inclusive, na medida em que relaciona o motivo ao aspecto puramente psicológico do administrador, de caráter estritamente pessoal, fundindo-se ao conceito de móvel e de finalidade. E foi exatamente sob essa concepção subjetivista que a teoria foi sistematizada por Gaston Jèze.

Ademais, a compreensão do que seja discricionariedade evolui e tem se transformado continuamente, tendo em vista os parâmetros legais e os princípios da boa administração. Em várias oportunidades, foi trazido neste trabalho que aquilo que se entende por discricionariedade, muitas vezes, é puro exercício de poder vinculado. Isso porque, em várias ocasiões, não se está diante de opções conferidas à apreciação do administrador, mas frente a uma exigência legal de que a atuação do agente seja a *melhor*, a do modo *mais* adequado.

Com base nisso, verifica-se acertada a afirmação do autor, na citação feita anteriormente, no sentido de que a teoria dos motivos determinantes deve ser revisitada para se conformar às novas concepções do direito administrativo. Antes, a teoria era extremamente necessária, pois era instrumento, por excelência, de limite da atuação discricionária do administrador, discricionariedade esta entendida em termos muito mais amplos de liberdade. Hoje, pode e deve ser ponderada, em casos especiais, em que seja revelado que o seu afastamento resguardará em maior medida o interesse público.

Nesses termos é que Justen Filho destaca o motivo determinante real do ato administrativo, do que se pode inferir que a avaliação da teoria, para o autor, não se restringe

---

<sup>380</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

aos motivos formalizados no bojo da motivação do ato administrativo. Segundo o jurista<sup>381</sup>, “é perfeitamente possível que os motivos determinantes reais sejam válidos”, o que seria hábil a conduzir a permanência do ato administrativo, impedindo a sua invalidação.

Charles Eisenmann<sup>382</sup>, citado por Pereira, em termos, já havia enfatizado essa limitação da teoria ao destacar os motivos reais, posicionando-se no sentido de considerar irrelevante a alegação de fatos inexatos, quando não faltarem os fatos reais de que a lei faz depender a validade do ato administrativo. Nesse sentido, o jurista francês afirma que “a verdadeira questão não se põe em relação aos motivos alegados, quer dizer as enunciações do agente-autor, mas em relação à regra de condição, no campo da concordância da situação real com a situação definida pela regra.”<sup>383</sup> Para o autor, segundo Pereira, a “ilegalidade resultará sempre da não existência de condições legais.”<sup>384</sup>

Diante de tudo isso é que, vinculando as ideias levantadas por esses juristas, pode-se afirmar que, no ato administrativo totalmente vinculado, sendo possível extrair o motivo legal, é possível limitar os efeitos da teoria dos motivos determinantes. Assim, diante de um motivo indicado na motivação do ato que seja equivocado ou até mesmo inexistente, tendo ocorrido no mundo fático outro motivo, válido e que seja adequado e compatível com o motivo legal, cujo conteúdo seja exatamente o mesmo, é possível afirmar que a manutenção do ato é preferível à sua invalidação. Esse raciocínio pode ser adotado considerando que o motivo do ato não é subjetivo, tal como suscitado por Gaston Jèze.

Por outro lado, reiterando os termos tratados em tópico específico, o motivo não é o fato isolado, mas é este em face do direito. Não se descarta aqui a consideração do intérprete necessária à qualificação de dada ocorrência fática como suficiente e necessária à produção de consequências jurídicas. Isso significa dizer que o motivo envolve uma situação externa, sem, no entanto, ignorar a atuação do agente público necessária à conjugação entre fato e norma.<sup>385</sup>

Em razão da adoção da concepção objetivista, é possível identificar com facilidade a objetividade do motivo indicado pela lei, sobretudo, em atos totalmente vinculados, sem que haja confusão com os conceitos de móvel e finalidade do ato.

Diante do seguinte problema e face à concepção tradicional da doutrina é que surgiu a indagação, objeto da presente pesquisa: determinado município negou requerimento

---

<sup>381</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

<sup>382</sup> EISENMANN, 1958-59, p. 194, *apud* PEREIRA, 1962, p. 295.

<sup>383</sup> EISENMANN, 1958-59, p. 194, *apud* PEREIRA, 1962 p. 296.

<sup>384</sup> PEREIRA, 1962 p. 296.

<sup>385</sup> Justen Filho deixa clara a ideia de conjugação necessária entre fato e norma, afirmando, nesse sentido, que o motivo do ato não se restringe aos fatos propriamente ditos, embora os considere. (JUSTEN FILHO, 2014, pp. 404-405).

de progressão na carreira a certo servidor público que a pleiteou sob o argumento de ter cursado nova graduação. A negativa do ente público teve como motivo, indicado no ato administrativo, a afirmação de que nova graduação não se enquadraria como requisito de nova qualificação no quadro de progressão, referente ao grupo ocupacional previsto na lei municipal aplicável. Inconformado, o referido servidor ajuizou ação de declaração de nulidade do ato administrativo em face do município, sob o fundamento de que o motivo indicado pela Administração seria inexistente e, por essa razão, o ato administrativo deveria ser invalidado, conforme preceitua a teoria dos motivos determinantes.

Ao reexaminar a documentação do requerente, o município percebeu que o motivo do ato administrativo prolatado é falso. O indeferimento do pleito do servidor público não se justificava em razão da alegação de que nova graduação não enseja progressão na carreira, pois, conforme a lei municipal de plano de cargos, carreiras e vencimentos, a apresentação de declaração de conclusão de nova graduação seria uma das hipóteses a ocasionar progressão por nova qualificação. Ocorre que o ente público constatou a existência de outro motivo hábil a ensejar o mesmo conteúdo do ato administrativo em análise: o fato de que o curso de graduação realizado pelo servidor público não era reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e que sequer guardava afinidade com o cargo que ocupa. Tais motivos reais constam previstos na lei municipal como fundamentos para indeferir a progressão por nova qualificação.

Esse caso é semelhante ao narrado por Ricardo Marcondes Martins ao sustentar a possibilidade de limites à aplicação da teoria. Com efeito, tanto neste caso quanto no outro, a questão que se levanta é se a vinculação à teoria dos motivos determinantes estaria a resguardar ou a repelir o interesse público efetivamente envolvido. Imperioso destacar que não se quer aqui defender a exceção no lugar da regra. É evidente que os efeitos próprios da teoria, no sentido de que o motivo exposto na fundamentação é requisito de validade do ato administrativo, são e devem ser adotados na maioria dos casos. Entretanto, é evidente que estes não podem ser tratados de modo idêntico, sob pena de violação aos princípios de direito. Assim, devem ser consideradas as situações em que o afastamento da teoria, com a consequente manutenção do ato cujo motivo seja inverídico ou inadequado, seja a opção administrativa mais vantajosa ao interesse público e à consagração da segurança jurídica.

Ocorre que, para a solução desse impasse, não basta simplesmente sustentar a inaplicabilidade da teoria para certos casos. Não é tão simples. Como é sabido, a teoria diz respeito à averiguação da validade e legitimidade do motivo, que é um aspecto do ato administrativo. Restando este viciado, não é possível que o administrador esteja indiferente à

irregularidade e mantenha eficaz ato administrativo ilegal. Com efeito, a Administração não pode conviver com a ilegalidade, devendo necessariamente expungir do mundo jurídico o vício constatado.<sup>386</sup> O exame do motivo, portanto, está diretamente relacionado ao plano de validade do ato. Assim, para verificar se de fato é viável sustentar uma possível limitação à teoria dos motivos determinantes, é imprescindível aprofundar o estudo das nulidades.

Com efeito, a doutrina tradicional afirma que “em *todo e qualquer caso*, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado”<sup>387</sup> e, ainda, que é impossível a convalidação do ato quando houver vício relativo à apreciação do motivo.<sup>388</sup> Quanto à primeira assertiva, já se tratou da necessidade de entender melhor os fundamentos da teoria, o seu contexto, as suas premissas, bem como os interesses envolvidos, sendo, na prática, possível afirmar que *nem todo caso* resguarda efetivamente o interesse público com a aplicação da teoria dos motivos determinantes. Já no que tange à segunda afirmação, é necessário tecer maiores aprofundamentos.

Sabe-se que para restaurar a ilegalidade há dois caminhos, segundo Edmir Netto de Araújo<sup>389</sup>, quais sejam, o tratamento (convalidação) ou a supressão (invalidação). Havendo vício no motivo indicado na fundamentação, é de se levantar se a ilegalidade está de fato apenas na motivação ou se ela se encontra no próprio motivo, bem como será necessário investigar em que medida a alegação de que “vício quanto ao motivo não se convalida” pode ser revisitada. Tudo isso será aprofundado no capítulo subsequente, após o qual será avaliada a pertinência ou não em se vislumbrar exceções à aplicação da teoria dos motivos determinantes.

---

<sup>386</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 183.

<sup>387</sup> MELLO, C., 2013, p.401.

<sup>388</sup> DI PIETRO, 2013, p. 260.

<sup>389</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 187.

## 5 INVALIDIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

O estudo dos vícios do ato administrativo tem por objeto a análise de sua *patologia*, que pode manifestar-se em um dos seus respectivos requisitos ou elementos. Nesse sentido é que Edmir Netto de Araújo destaca:

[...] ato viciado é aquele que apresenta defeito (nulidade ou ausência) em uma, algumas ou todas as peças, como em um organismo humano em que o indivíduo pode apresentar defeitos ou doenças em um, alguns órgãos ou em todo o organismo [...].<sup>390</sup>

O autor retoma a ideia do italiano Umberto Fragola<sup>391</sup>, um dos que adotam terminologia própria das ciências biomédicas para precisar os conceitos próprios da invalidade dos atos.

É de se esperar que o ato seja íntegro, sem defeito que o desnature, para a completude dos ciclos da perfeição e validade, aptos a gerar a almejada eficácia jurídica. Nesse sentido, sendo percebido qualquer vício em uma das facetas do ato administrativo, é dever do administrador interromper o seu *itinerário* para investigar a invalidade constatada, sendo necessária, em sequência, a tomada de providências visando à restauração da desconformidade do ato face ao Direito, que pode ocorrer via invalidação ou convalidação.

O termo “invalidade” do ato, aqui tomado no título do presente capítulo, abrange quaisquer tipos de ilegalidades, sendo, portanto, gênero.<sup>392</sup> O ato inválido, como o próprio nome sugere, é aquele que não foi praticado conforme determina o ordenamento jurídico vigente.<sup>393</sup> É, por conseguinte, aquele que não completou o plano da validade, estudado no capítulo inicial. Interessante frisar que não se confunde com o ato inexistente (que sequer completou o plano de perfeição ou existência), pois o ato que sequer existe no mundo jurídico

<sup>390</sup> ARAÚJO, E., 1999, p. 71.

<sup>391</sup> FRAGOLA, 1952, p. I da Introdução *apud* ARAÚJO, E., 1999, p. 71.

<sup>392</sup> MELLO, C., 2013, p. 470. Parece ser essa a noção majoritária. Também nesse sentido, Edmir Netto de Araújo: “Na verdade, *invalidade* é palavra genérica que se refere ao estudo dos atos absolutamente inválidos (que compreende os atos nulos), dos atos relativamente inválidos (ou anuláveis) e dos atos irregulares, com vícios de pequena monta que geralmente não induzem a invalidação”. (ARAÚJO, E., 1999, p. 75). Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 144-145), por sua vez, não adota como sinônimas as expressões *ato viciado* e *ato inválido*, ou seja, adota um conceito mais restrito do que seja invalidade, não englobando, nesta, irregularidade de pequena monta, que não enseja da Administração Pública a prática de outro ato com o intuito de repará-la.

<sup>393</sup> Weida Zancaner (1993, p. 42) afirma concordar com Kelsen no sentido de que “uma norma jurídica é válida quando criada de acordo com os preceitos estabelecidos pelo sistema em que pretende se inserir”. Afirma que o conceito de validade é o contrário da invalidade.

não pode ser considerado inválido.<sup>394</sup> Trata-se, de fato, de planos jurídicos distintos.

Tampouco, o termo aqui utilizado confunde-se com a ideia de invalidação, que é a “[...] supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.”<sup>395</sup> Portanto, invalidação é uma das formas de sanar a invalidade do ato administrativo, ao lado da convalidação. Ou seja, uma das respostas que o Direito disponibiliza para resguardar a integridade e validade do ato.

No que diz respeito a repulsa do Direito face à invalidade, é de destacar-se que a intensidade dessa reação é que determina as diferentes gradações objeto da teoria das invalidades (nulidade, anulabilidade, irregularidade). Ou seja, não há graus na invalidade.<sup>396</sup> Ou o ato é válido ou inválido, não há ato meio válido ou válido parcialmente. O que há são formas distintas do ordenamento jurídico reagir diante da ocorrência de determinado vício.

Também, não é despidendo apontar que não se engloba no termo *invalidade*, tampouco no da *invalidação*, a revogação, como já sugerido por alguns administrativistas.<sup>397</sup> A retirada do ato administrativo por motivo de conveniência, e não de ilegalidade, não tem como causa ensejadora o vício – ilegalidade ou desconformidade com o direito.

Esclarecidos tais pontos, adentremo-nos à *teoria das invalidades* ou *teoria dos vícios* ou, ainda, a mais comumente utilizada, *teoria das nulidades*, sendo oportuno destacar que se trata, também, de um dos temas mais controversos e difíceis do Direito Administrativo.<sup>398</sup>

<sup>394</sup> Carlos Bastide Horbach (2010, p. 56) afirma concordar com a manifestação de Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 61) quanto à impossibilidade de se falar que a inexistência é um *tertium genus* da invalidade. No mesmo sentido, Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 143) é claro ao afirmar que a validade pressupõe a existência, sendo um contrassenso falar em ato inexistente e ao mesmo tempo inválido.

<sup>395</sup> MELLO, C., 2013, p. 470.

<sup>396</sup> Nesse sentido: ZANCANER (1993, p. 87-88); ARAÚJO, F. (2005, p. 88); MELLO, C. (2013, p. 469).

<sup>397</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 647) aponta como espécies de vício o de mérito e o de legitimidade, ligando-se ao primeiro a “inobservância de conveniência ou oportunidade”. Do mesmo modo, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 219) alberga dentro do termo “invalidação” a convalidação. Quanto a esse ponto, adotamos as críticas de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 470), Edmir Netto de Araújo (1999, p. 74) e Weida Zancaner (1993, p. 66). Destacamos o posicionamento desta autora: “Inexiste o chamado vício de mérito no Direito Administrativo, já que a inconveniência ou a inoportunidade originária nada mais seria que um vício de ilegalidade, pois, se de plano pudermos concluir que um ato foi exarado já em dissonância com o interesse público, seremos forçados a admitir, em razão da nossa concepção de discricionariedade, que este ato padece de vício de legalidade e não de mérito”. Salienta a autora que a revogação e a invalidação se diferenciam tanto por seus respectivos fundamentos como em razão de seus efeitos. Interessante também é o apontamento de Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2012, p. 102), no sentido de que a revogação se relaciona tão somente ao plano da eficácia enquanto a invalidação se refere ao plano da validade e, por conseguinte, ao da eficácia. Isso porque a revogação é uma forma de extinção de atos válidos.

<sup>398</sup> Weida Zancaner (1993, p. 36) destacou a controvérsia já dentro da seara da Teoria Geral do Direito. Do mesmo modo, Carlos Bastide Horbach (2010, p. 57), em sua tese de doutorado, ressaltou a polêmica existente em torno do assunto, desde a terminologia da teoria (das nulidades, das invalidades, dos vícios etc.), afirmando que “nenhuma dessas expressões satisfaz plenamente as peculiaridades da matéria”.



## 5.1 Breves considerações sobre a teoria das nulidades do Direito Civil

Antes de discorrer especificamente a respeito da teoria das nulidades do ato administrativo, necessário tecer breves considerações a respeito da tradicional teoria das nulidades própria do direito privado. Isso porque, conforme se verá mais adiante, alguns administrativistas brasileiros acolhem a mesma concepção desenvolvida no Direito Civil, a exemplo de Tito Prates da Fonseca<sup>399</sup> e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.<sup>400</sup>

Como afirmado anteriormente, o ato administrativo é compreendido como um ato jurídico emanado em matéria de Direito Administrativo, com suas respectivas peculiaridades. Sabe-se que o ato jurídico é próprio da teoria geral do direito, em que pese tenha sido essencialmente sistematizado pelo Direito Civil. Do mesmo modo é o estudo da teoria geral das nulidades. Daí a importância de traçar suas características centrais.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é incisivo nesse sentido: “A teoria da invalidade dos atos jurídicos, embora divulgada em primeira mão pelo direito civil não é dele, porém da teoria geral do direito.”<sup>401</sup> Com base nesse fundamento, sustenta o autor que ao transplantar tais concepções para o direito administrativo, não se pode afirmar a vinculação deste ramo ao direito privado, mas, sim, à teoria própria do direito em geral.

As hipóteses de nulidade e anulabilidade encontram-se arroladas no CC/02, em seus arts. 166 e 171. Se comparados com o CC/16, arts. 145 e 147, constata-se que o rol das invalidades foi ampliado, a exemplo da inserção, entre os incisos previstos para nulidade, da hipótese de quando o “motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”. Outra alteração digna de nota é a substituição da expressão “ato jurídico” por “negócio jurídico”, nos referenciados artigos. O nome do capítulo correspondente também foi modificado, “Capítulo V – Das nulidades” para “Capítulo V – Da Invalidade do Negócio Jurídico”, reforçando a preferência pelo termo “invalidade”, mais genérico que “nulidade”.

Entre os civilistas, o primeiro ponto de destaque nesta matéria é a distinção dicotômica entre atos nulos e anuláveis, cujo critério diferenciador é a ordem de interesse envolvida. Nesses termos, Horbach<sup>402</sup> ressalta a existência de dois fundamentos na teoria das nulidades do direito civil: o interesse público, destinado à proteção da sociedade, e o interesse particular. Cita a seguinte assertiva da obra *Leçons de droit civil*: “Em princípio, as nulidades

---

<sup>399</sup> FONSECA (1942, p. 45-69 *apud* MELLO, O., 1979, p. 649).

<sup>400</sup> MELLO, O., 1979, p. 647- 658.

<sup>401</sup> MELLO, O., 1979, p. 657.

<sup>402</sup> HORBACH, 2010, p. 65.

absolutas sancionam a violação de uma regra de ordem pública, as nulidades relativas, a violação de regras editadas pela proteção de interesses privados.”<sup>403</sup>

Pela avaliação das regras então vigentes, extrai-se outra distinção entre os atos nulos e anuláveis, constante nos arts. 169<sup>404</sup> e 172<sup>405</sup> do CC/02, qual seja, a possibilidade ou não de convalidação. Isso decorre dos interesses envolvidos e, por conseguinte, eventualmente violados. Nesse sentido, os atos nulos não podem ser objeto de convalidação, ou seja, não podem ser reaproveitados, ao contrário dos atos anuláveis. Há, porém, uma exceção, contida no art. 170 do CC/02: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.<sup>406</sup> É a possibilidade de conversão do negócio nulo em outro válido, com efeitos retroativos, prestigiando o princípio da conservação do ato jurídico.

Essa relativização da regra do art. 169 pelo art. 170, ambos do CC/02, foi objeto de apreciação pela VI Jornada de Direito Civil<sup>407</sup>, que culminou com a aprovação, entre outros, do seguinte enunciado:

ENUNCIADO 537 – A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.

Artigo: 169 do Código Civil

*Justificativa: A tradição jurídica brasileira afirma que a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos mercedores de tutela pelo ordenamento (ex.: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na “adoção à brasileira”. Além disso, o CC*

<sup>403</sup> MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J., 1970, p. 377 *apud* HORBACH, 2010, p. 65.

<sup>404</sup> Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Quanto à segunda parte do dispositivo, destacamos o Enunciado 536 da VI Jornada de Direito Civil, cujo teor é o seguinte: “Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição”. A justificativa apresentada para tanto é que a imprescritibilidade quanto ao reconhecimento da nulidade do negócio jurídico não se confunde com a questão da prescritibilidade de eventuais efeitos patrimoniais decorrentes da invalidação. Os enunciados da VI Jornada de Direito Civil estão disponibilizados na página do Conselho da Justiça Federal.

<sup>405</sup> Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

<sup>406</sup> BRASIL, 2002.

<sup>407</sup> A VI Jornada de Direito Civil ocorreu em março de 2013. Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF), “Os enunciados aprovados representam um indicativo para interpretação do Código Civil e significam o entendimento majoritário das comissões temáticas constituídas em número de quatro: Parte Geral e Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, Direito de Empresa e Direito de Família e Sucessões”. Disponíveis na página do Conselho da Justiça Federal.

*consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato. É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo.*<sup>408</sup>

Assim, a ineficácia absoluta dos negócios nulos tem sido interpretada à luz do caso concreto, em observância ao ordenamento jurídico e ao princípio da estabilização das relações já constituídas. Ou seja, é inapropriado afirmar categoricamente que a nulidade, em razão da ofensa à ordem de interesse público, sempre ensejará a ineficácia absoluta do negócio jurídico. Isso é a regra, segundo os ditames do art. 169 do CC/02, mas que vem sendo relativizada, pelo próprio STJ, considerando o caso concreto, o interesse social na preservação do ato jurídico, bem como alguns dispositivos legais do próprio CC/02, a exemplo do citado art. 170. Por essa razão, a afirmação de que a nulidade possui efeitos *ex tunc*, ao contrário da anulabilidade, cujos efeitos são *ex nunc*, deve ser compreendida com cautela, não de modo absoluto.

Outra distinção decorrente dos interesses envolvidos é a prevista nos arts. 168 e 177, do CC/02, que diz respeito à alegação do vício. Tratando-se de nulidade, qualquer interessado ou o Ministério Público, quando lhe couber intervir, pode suscitá-la, podendo até mesmo ser pronunciada de ofício pelo juiz. Por outro lado, em caso de anulabilidade, apenas os interessados a podem alegar, não podendo ser pronunciada *ex officio* pelo juiz.

A discussão em torno dos atos nulos e anuláveis não é recente, ocorre desde o direito romano<sup>409</sup> e, em síntese, possui sempre como ponto de partida a distinção entre os interesses envolvidos e que merecem ser protegidos diante da invalidade constatada.

<sup>408</sup> A VI Jornada de Direito Civil ocorreu em março de 2013. Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF), “Os enunciados aprovados representam um indicativo para interpretação do Código Civil e significam o entendimento majoritário das comissões temáticas constituídas em número de quatro: Parte Geral e Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, Direito de Empresa e Direito de Família e Sucessões”. Disponíveis na página do Conselho da Justiça Federal.

<sup>409</sup> “Ao contrário da inexistência, cuja apreciação jurídico-científica somente se inicia na primeira metade do século XIX com a obra de Zachariae, as nulidades absoluta e relativa estão presentes na discussão acerca da regularidade dos atos jurídicos desde o direito romano, que enunciava suas hipóteses e prescrevia suas consequências”. (HORBACH, 2010, p. 64).

## 5.2 Erro

### 5.2.1 Sob o enfoque do Direito Civil

Trata-se o erro de um dos defeitos do negócio jurídico, especificado nos arts. 138 a 144 do CC/02, que enseja a anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do art. 171, II, do referido diploma legal. Esse tipo de vício tangencia o problema da presente investigação, quer seja em razão do art. 140 do CC/02, que disciplina sobre o *falso* motivo, quer seja pela própria noção de erro tomada pelo Direito Civil: *fausse appréciation de la réalité*.<sup>410</sup>

O *erro* também constava expresso no CC/16 como defeito apto a gerar a anulabilidade do ato jurídico. Entre os estudos sob a vigência deste Código, destacamos a dissertação de mestrado de João Casillo, “Erro como vício da vontade”, que não apenas relata um panorama histórico acerca desse vício de vontade, como traz anotações acerca das teorias<sup>411</sup> civilistas em torno do erro e seus respectivos efeitos. Mesmo com a vigência do novo Código Civil, os seus apontamentos continuam válidos e, portanto, dignos de nota.

Assim, a primeira informação básica a respeito do erro é a de que se trata do “mais elementar dos vícios da vontade”.<sup>412</sup> O mais simplório, se comparado com o dolo e a coação, por exemplo. Isso porque não há qualquer coparticipante na prática do erro, ou seja, aquele que erra assim o faz sozinho, sem influência de terceiros.

É sabido que a vontade é essencial para o surgimento do ato jurídico, sendo elemento que o distingue do fato jurídico, de modo que deva ser externalizada livremente, por agente capaz, sem qualquer defeito. Por essa afirmativa, é possível deduzir que a capacidade não é o único requisito que deve ser averiguado quando da avaliação da manifestação da vontade. É preciso verificar, ainda, se não houve qualquer desvirtuamento no processo de declaração.<sup>413</sup>

O erro é um desses processos de deturpação da manifestação volitiva do declarante. Sem acolhimento no Direito Romano e já tendo sido reconhecido pelo Direito

---

<sup>410</sup> Tradução livre: “falsa apreciação da realidade”. (FLOUR; AUBERT, 1980, p. 131 *apud* CASILLO, 1982, p. 15).

<sup>411</sup> São estas: Teoria Voluntarista, Teoria da Declaração, Teoria da Responsabilidade e Teoria Confiança. (CASILLO, 1982, p. 30-33).

<sup>412</sup> CASILLO, 1982, p. 28.

<sup>413</sup> Nas palavras do autor: “Temos, entretanto, casos onde a vontade é manifestada por pessoas capazes, sem qualquer *capitis deminutio*, mas as regras jurídicas possibilitam que a validade destas manifestações seja questionada porque houve uma deturpação, um desvirtuamento, um vício”. (CASILLO, 1982, p. 7.)

como causa de nulidade,<sup>414</sup> o erro, hipótese de anulabilidade, pode ser substancial ou accidental. A diferença essencial é que apenas o erro substancial altera a estrutura da vontade real. Ou seja, o erro accidental, ao contrário, não modifica a vontade que então fora externada pelo declarante.

Tal como o era no CC/16, isso consta evidente no CC/02, em seu art. 138, cujo teor é o seguinte: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”<sup>415</sup>

Como modalidade de erro accidental, a doutrina civilista aponta o *erro sobre os motivos*, incidindo o brocardo da *falsa causa non nocet*, já que o “erro sobre os motivos que levaram o agente a praticar o ato não o anula.”<sup>416</sup> A exceção ocorre quando o motivo encontrar-se previsto expressamente como razão determinante do ato jurídico. É a hipótese prevista no art. 140 do diploma ora vigente: “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”<sup>417</sup>

### 5.2.2 Sob o enfoque do Direito Administrativo

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,<sup>418</sup> também sob a égide do CC/1916, separa um subitem de sua obra para tratar dos “vícios na manifestação da vontade”, entre os quais destaca o erro e a ignorância nos seguintes moldes:

Erro é a falsa ideia que se tem de um ser. Já a ignorância é a falta de conhecimento a respeito dele. Quanto as seus efeitos jurídicos, entretanto, são equiparados. Assim, considera-se que padece de vício de vontade por erro o ato jurídico realizado, tanto com *falta de conhecimento do ser, como com falsa ideia sobre ele*. Verifica-se sobre a pessoa ou o objeto da relação jurídica, ou mesmo sobre a natureza do ato ou o seu motivo determinante.<sup>419</sup> (grifo nosso).

Cabe salientar que tais considerações foram apontadas tendo como referência os atos administrativos e não os atos jurídicos privados. Tudo isso em razão da adoção, pelo

<sup>414</sup> CASILLO (1982, p. 9-10). “Como já vimos, no antigo Direito Romano, o erro não tinha qualquer significado. Depois foi considerado causa de nulidade do negócio jurídico e finalmente, no período justiano, causa de anulabilidade” (CASILLO, 1982, p. 34).

<sup>415</sup> BRASIL, 2002.

<sup>416</sup> CASILLO (1982, p. 23). O autor, à p. 42, afirma entender causa como sinônimo de motivo (o porquê do ato) e não de finalidade, apontando que há quem, na doutrina civilista, entenda a causa como sendo o “para que do ato”. Esse assunto, causa e motivo na seara do Direito Civil, já foi tratado neste trabalho oportunamente.

<sup>417</sup> BRASIL, 2002.

<sup>418</sup> MELLO, O., 1979, p. 589-596.

<sup>419</sup> MELLO, O., 1979, p. 589-590.

autor, da posição dicotômica da teoria das invalidades do Direito Civil no Direito Administrativo.<sup>420</sup>

Segundo o administrativista, sendo o ato administrativo manifestação de vontade, tanto a vontade declarada como a vontade real devem ser consideradas, para o alcance do seu exato significado. Tal como ocorre no Direito Civil, com a aplicação do art. 112<sup>421</sup> (antigo art. 85 do CC/16), o autor entende que também no ramo do Direito Administrativo deve prevalecer a vontade real sobre a declarada<sup>422</sup>, já que esta é uma divulgação daquela. Interessante frisar que o autor não ignora que a vontade real advém da manifestação interna, de ordem psicológica e que é incapaz de produzir efeitos jurídicos. Ocorre que, ao considerar que o ato é levado a efeito mediante procedimento, afirma que é por meio dos atos preparatórios que é possível conhecer a vontade real, caso em oposição à vontade declarada.

Nesse contexto é que se considera, portanto, o erro como uma das formas pelas quais a manifestação da vontade pode encontrar-se viciada. Oswaldo Aranha Bandeira relaciona o erro não apenas à pessoa ou ao objeto, mas também ao motivo determinante, o que interessa particularmente ao objeto central deste trabalho. Segundo o autor, o erro pode ser de fato ou de direito:

O erro de fato consiste na errônea verificação dos próprios elementos em que se embasa o ato, por falsa suposição ou ignorância quanto à pessoa ou objeto da relação jurídica, ou mesmo à natureza do ato ou ao seu motivo determinante, isto é, *aos fatos que servem de base à manifestação da vontade*.

O erro de direito consiste na errônea suposição ou interpretação da sua aplicação aos fatos, por falsa apreciação do texto legal ou desconhecimento da existência da lei. Portanto, esse erro, indiretamente, em princípio, envolve desrespeito à lei, por falsa ideia da causa ocasional, ou seja do seu motivo determinante, que constitui o fundamento legal do ato praticado.<sup>423</sup> (grifo nosso).

O jurista elucida que o erro hábil a viciar a manifestação de vontade é o que “se não tivesse existido, na realidade, a *declaração teria sido outra ou não teria havido*”.<sup>424</sup> Esse é o ponto crucial do problema aqui tratado e avaliado sob a perspectiva do erro como vício da manifestação de vontade do administrador público. O problema suscitado quando da proposta

<sup>420</sup> Bandeira de Mello conclui que a “adoção no Direito Administrativo da mesma posição do Direito Civil quanto aos atos nulos e anuláveis não acarreta qualquer dificuldade de aplicação, desde que se tome em consideração as peculiaridades próprias desses dois ramos jurídicos [...]”. (MELLO, O., 1979, p. 657).

<sup>421</sup> “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

<sup>422</sup> Posição também defendida pelo Prof. Afonso Queiró, feita nos seguintes termos: “em direito administrativo prevalece a intenção, a vontade real, sobre a vontade declarada”. (1948, p. 300 *apud* PEREIRA, 1962, p. 191).

<sup>423</sup> MELLO, O., 1979, p. 591.

<sup>424</sup> MELLO, O., 1979, p. 590.

de limite à aplicação da teoria dos motivos determinantes pressupõe exatamente a permanência da mesma declaração anteriormente prolatada por meio do ato administrativo, em que pese a existência de erro em relação ao fato – “errônea verificação dos próprios elementos em que se embasa o ato”, retomando as palavras de Oswaldo Bandeira de Mello.

O próprio autor salienta que “*não se tem viciada a vontade por erro, se, apesar de declarada em equívoco ou ignorância, tal circunstância não alteraria a sua manifestação*”.<sup>425</sup> É o caso evidente das situações relatadas anteriormente, em que o motivo indicado no ato administrativo era equivocado ou inverídico, porém nas quais a existência de outro motivo (real, adequado, válido) seria suficiente à manutenção do ato, o que ensejaria, por conseguinte, o afastamento dos efeitos da teoria dos motivos determinantes. Nesse sentido, cita exemplo: “Assim, Fulano é promovido, por merecimento, para determinado cargo. Acontece, a vaga era de provimento por antiguidade. O erro, todavia, *não invalida* o ato, se era o mais antigo na classe para efeito dessa promoção. Então, pouco importa o fundamento por que ela se fez.”<sup>426</sup>

Esse caso trazido pelo administrativista relata bem a situação em que o motivo real (ocorrido no mundo fático e juridicamente acertado) é adequado, em que pese o declarado não o seja, de modo que mesmo assim não é possível preferenciar a invalidação à manutenção do ato. Segundo o autor, o erro fora acidental, certamente porque a declaração não teria sido outra caso o erro não tivesse existido. Eis, portanto, um bom critério de avaliação do afastamento ou não da teoria de Gaston Jèze.

Nesses termos é que Ricardo Marcondes Martins afirma que se o agente “errou sobre a apreciação das circunstâncias fáticas ou jurídicas, mas editou o ato exigido pelo ordenamento, o erro é pouco relevante”,<sup>427</sup> fazendo ainda distinção dos efeitos da invalidação no que tange ao ato vinculado e ao discricionário. Naquele, segundo o autor, o erro não gera a anulação do ato administrativo. Perceba que o critério aqui é o mesmo, advindo do seguinte questionamento: o conteúdo do ato administrativo seria idêntico caso inexistisse o *erro*? Com efeito, quando o ato administrativo é vinculado, sem margem de escolha a ser conferida ao administrador, torna-se fácil averiguar se o motivo real é coincidente ou não com o motivo legal, pouco importando se o motivo indicado na motivação é ou não adequado.

Ainda, ao discorrer a respeito do *erro* quando da apreciação dos fatos pelo administrador público, deve-se enfrentar as considerações feitas por André Gonçalves Pereira,

---

<sup>425</sup> MELLO, O., 1979, p. 590.

<sup>426</sup> MELLO, O., 1979, p. 590.

<sup>427</sup> MARTINS, 2008, p. 492.

em sua obra intitulada “*Erro e ilegalidade no acto administrativo*”. Para o jurista português, erro é o “desconhecimento ou imperfeito conhecimento de determinada situação de facto ou de Direito.”<sup>428</sup>

Sob o enfoque de Pereira, o erro no ato administrativo não é vício de vontade. Esse é um ponto essencial que o distingue de outros administrativistas, sobretudo aqueles que transportam essa figura do direito privado para o Direito Administrativo, tal como o fez Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Conforme Pereira, “embora tenha sempre a sua origem numa falsa determinação psicológica do autor do acto, não é valorado juridicamente como defeito da vontade, mas unicamente como causa de imperfeição de qualquer dos elementos do acto.”<sup>429</sup>

Isso porque, segundo o jurista português<sup>430</sup>, o que importa no ato administrativo, ao contrário do direito privado, é o chamado *erro impróprio*<sup>431</sup>, que está na base da ilegalidade constatada em um dos requisitos do ato administrativo. No que diz respeito à causa, traz também a distinção quanto ao erro de fato (ontológico) e ao erro de direito (deontológico).

Também o administrativista português diferencia os efeitos do erro no que tange aos atos discricionários e aos atos vinculados, deixando dois capítulos exclusivos para tratar dos respectivos assuntos. Em síntese, destaca o seguinte:

No acto vinculado pode dizer-se que o erro não tem relevância específica – aqui tudo está por lei predeterminado, não há lugar para a discricionariedade. A ilegalidade resultará sempre assim da violação de um preceito legal referente à competência, à forma, ao objeto ou à causa. E essa ilegalidade poderá ser ou não intencional. Não o sendo, estamos perante a hipótese de erro.<sup>432</sup>

Havendo erro ou não, o que se deve verificar é se a norma jurídica foi devidamente observada. Pode ser que o agente público tenha se equivocado, à primeira vista, quando da apreciação dos fatos que embasam certo ato administrativo, mas que ao final tenha elegido os motivos adequados àquele conteúdo, avaliado sob a perspectiva do direito. Assim,

---

<sup>428</sup> PEREIRA, 1962, p. 155.

<sup>429</sup> PEREIRA, 1962, p. 158.

<sup>430</sup> PEREIRA (1962, p.160-165). Sintetizando as características gerais da relevância do erro, o autor (1962, p. 195-196) é preciso ao afirmar, entre outros, que “o estudo da relevância do erro no acto administrativo é o estudo das ilegalidades *não intencionais* do acto administrativo” (grifo nosso) e que “resultam vãs todas as tentativas doutrinárias e jurisprudenciais para o erigir em vício autónomo, ou para o integrar em algum dos vícios do acto, com exclusão dos demais”.

<sup>431</sup> Pereira retoma a nomenclatura de Savigny, indicando que o erro impróprio é aquele do qual decorre a falta de um requisito necessário à validade do negócio jurídico. Não se trata do erro em si mesmo considerado. Ou seja, “não é a existência em si do erro que impede a produção de efeitos jurídicos”. (1962, p. 159-160).

<sup>432</sup> PEREIRA, 1962, p. 198.



consequência alguma se extrairá do erro. Enfim, o que importa é se os ditames legais ou, melhor, se o Direito globalmente considerado foi atendido ou violado.<sup>433</sup> Eis o ponto central.

Embora o jurista discorra acerca do *erro sobre o fim*, faz uma válida consideração a respeito da teoria dos motivos determinantes, em menção ao acórdão da 1ª Secção do Superior Tribunal Administrativo, de Portugal, de 14 de fevereiro de 1947, em que foi anulado ato vinculado, legal em todos os seus elementos, sob o fundamento de que tinha sido invocado preceito legal diverso do que efetivamente lhe conferia a validade. No comentário sobre o julgado, o Professor Afonso Queiró afirmou que o Tribunal foi “atraído pela teoria geral do motivo determinante em direito administrativo, que faz dele, tecnicamente entendido, um elemento pleno de significado, *mas apenas no capítulo da discricionariedade* [...]”.<sup>434</sup>

Pela avaliação dessa conclusão e das demais considerações apontadas por Ricardo Marcondes Martins e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, verifica-se que a análise dos motivos determinantes, sob a perspectiva do erro, é atenuada quando se trata de atos vinculados, uma vez que os pressupostos fáticos são avaliados diretamente em face da lei.

Logo, é inegável a influência da teoria das nulidades do direito privado no direito administrativo, o que restou evidente quando da discussão do *erro*, por exemplo, advinda dos apontamentos feitos por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que se sustenta até mesmo com menção a artigos do Código Civil. No entanto, a doutrina administrativista majoritária defende um sistema próprio de invalidades, com independência do direito privado, uns de modo mais radical, outros de modo mais tênue, sendo possível constatar algumas interfaces com o Direito Civil. E são esses diferentes posicionamentos que serão expostos a seguir.

### 5.3 Teoria das invalidades no Direito Administrativo

#### 5.3.1 Diferentes correntes administrativistas

Tanto o Poder Judiciário como a Administração Pública, por meio de seu poder de autotutela, podem<sup>435</sup> invalidar os atos administrativos eivados de ilegalidade. São os

---

<sup>433</sup> Interessante destacar a assertiva de Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 308) no sentido de que para a regularidade do ato administrativo, não basta o cumprimento da lei, devendo ser cumprido o Direito, globalmente considerado – regras e princípios constitucionais. Segundo o autor, pode ser que o cumprimento dos princípios enseje o afastamento da aplicação da lei.

<sup>434</sup> Comentário foi publicado na Revista de Direito e Estudos Sociais, ano III, 1947-48 com comentário desfavorável do Prof. Afonso Queiró a p. 136, *apud* PEREIRA, 1962, p. 199.

<sup>435</sup> “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”. A palavra “pode” não é no

chamados sujeitos ativos da invalidação<sup>436</sup>, o que é consenso na doutrina pátria. Ao contrário, no entanto, há notável divergência doutrinária na classificação das invalidades, a começar pela discussão quanto à aplicação, ou não, da teoria privatista aos atos administrativos.

Como já visto, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>437</sup> é um dos que se destacam pelo acolhimento da mesma classificação dicotômica do Direito Civil (atos nulos e anuláveis) na seara do Direito Administrativo, sob a alegação de incidência da teoria geral das invalidades.

Segundo o autor<sup>438</sup>, a verificação quanto à nulidade ou anulabilidade do ato jurídico não pode ficar exclusivamente a critério do juiz, o que justificaria a aplicação do Código Civil, em razão da ausência de dados legais, a respeito desta matéria, para o ato administrativo. Ademais, sustenta que a transplantação da teoria do direito privado para o direito público não é inapropriada, pois, também no ato administrativo, é possível constatar tanto vício sanável como insanável. Isso justificaria a divisão dicotômica.

Posicionamento oposto é o encabeçado por Hely Lopes Meirelles<sup>439</sup>, para quem o vício enseja sempre a nulidade do ato administrativo, em razão da indisponibilidade do interesse público envolvido. Nesse mesmo sentido parece ser o posicionamento de Régis Fernandes de Oliveira, segundo o qual “[...] o ato praticado em desacordo com o sistema normativo é, desde logo, nulo.”<sup>440</sup> Em razão disso, inaplicável seria a convalidação.

Ainda, há um terceiro posicionamento identificado na doutrina, cujo nome de destaque é o de M. Seabra Fagundes<sup>441</sup> que, a nosso ver, pode ser qualificado como intermediário. Ao tempo em que afasta o acolhimento, sem reserva, da teoria das nulidades advinda do Direito Civil, deixa explícita a aceitação da invalidade relativa, tendo agrupado os atos inválidos em três categorias: atos nulos (absolutamente inválidos); atos anuláveis (relativamente inválidos) e atos irregulares, cujos vícios são de aspecto menos relevante.

Ao contrário da crítica de Régis Fernandes de Oliveira<sup>442</sup>, ao afirmar que Seabra

---

sentido de que a Administração Pública pode ignorar a ocorrência de certo vício, restando-se inerte. O termo, ao contrário, demanda uma avaliação do agente público face à determinada regularidade, buscando certificar-se se a anulação, no caso concreto, é o meio mais apropriado para restaurar a ilegalidade, que pode ocorrer tanto via invalidação como, também, mediante convalidação. (BRASIL. STF. Súmula 473).

<sup>436</sup> ZANCANER, 1993, p. 45.

<sup>437</sup> MELLO, O., 1979, p. 649-658.

<sup>438</sup> MELLO, O., 1979, p. 651-652.

<sup>439</sup> “[...] continuamos a não aceitar o chamado *ato administrativo anulável* no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa”. (MEIRELLES, 2014, p. 193).

<sup>440</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 127.

<sup>441</sup> FAGUNDES, 1984, p. 38-68.

<sup>442</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 127.

Fagundes pretendeu tão somente substituir nomes, ficando a discussão em torno de rótulos, verifica-se o oposto. Em que pese Seabra Fagundes aceite a adoção de mesma nomenclatura da teoria civilista – ou seja, os mesmo rótulos –, substancialmente, propõe conceituações distintas, destacando várias razões pelas quais entende inaplicáveis aos atos administrativos as consequências atribuídas aos atos inválidos do direito privado. Também é a percepção de Weida Zancaner: “[...] é bom que se esclareça que os conceitos de ato absolutamente inválido e de ato relativamente inválido, a que se refere Seabra Fagundes, não guardam identidade com os conceitos de nulo e anulável propostos pelo Código Civil [...]”.<sup>443</sup>

Com efeito, seja em razão da presunção de legitimidade e veracidade que possuem os atos administrativos, seja em decorrência dos múltiplos interesses envolvidos, não é possível sistematizar de modo rígido e prévio as hipóteses de invalidade no direito público, tal como ocorre no direito privado, por meio das regras do Código Civil. Nesse sentido, Miguel Seabra Fagundes destaca a importância da avaliação do caso concreto para a qualificação do vício:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.

[...]

Por tudo isso, a aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos tem de ser aceita, limitadamente, por meio de uma adaptação inteligente feita pela doutrina, no tocante à sistematização geral e pela jurisprudência, no que respeita aos casos concretos, de modo a articulá-los com os princípios gerais e especiais do direito administrativo.<sup>444</sup>

A classificação do que sejam atos relativamente inválidos (ou anuláveis) decorre das “razões concretamente consideradas”. A avaliação leva em conta duas análises, uma abstrata e outra concreta. A primeira considera tão somente as normas jurídicas, enquanto a segunda verifica se as consequências de atribuir invalidez ao ato, em espécie, são mais nocivas do que sua própria manutenção. Esse é um dos pontos de diferenciação da teoria das nulidades do direito privado, em que há uma catalogação *a priori* das hipóteses e dos seus efeitos.<sup>445</sup>

Em síntese, afirma Miguel Seabra Fagundes: “No direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as

---

<sup>443</sup> ZANCANER, 1993, p. 80.

<sup>444</sup> FAGUNDES, 1984, p. 39-40.

<sup>445</sup> FAGUNDES, 1984, p. 47.

circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público [...]”,<sup>446</sup> sendo categórico ao afirmar que, muitas vezes, de um mesmo vício podem decorrer consequências diversas. Tanto na nulidade relativa como na absoluta, o vício deixa de operar efeitos, diferenciando-se ambos na subsistência ou não dos efeitos jurídicos pretéritos. Para o autor, os atos nulos carecem de qualquer validade jurídica, tendo-se como inexistentes. Assim, iguala ambas as noções.

Verifica-se, portanto, a existência de três correntes distintas a respeito das invalidades aplicáveis ao ato administrativo, que têm servido de ponto de partida para o posicionamento de outros administrativistas. A razão atribuída a isto é a ausência de sistematização legal sobre o assunto, o que é reiteradamente destacado pelos autores.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>447</sup> parte da noção de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirmando aceitar a existência de atos nulos e anuláveis. No entanto, acrescenta a esta classificação os chamados atos inexistentes, que “[...] encontram-se fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito”.<sup>448</sup> Ou seja, não iguala a noção de ato nulo e ato inexistente, como foi sinalizado pelos administrativistas das correntes citadas. Ademais, não reconhece os “atos irregulares” como espécie de atos inválidos, sob o fundamento de que são irrelevantes para o Direito, em nada interferindo na validade do ato administrativo.

Também propondo uma divisão tricotômica, Miguel Reale<sup>449</sup> arrola como espécies de atos inválidos os atos inexistentes, os nulos e os anuláveis. Entretanto, sua compreensão do que seja ato inexistente não é a mesma de Celso Antônio Bandeira de Mello. Enquanto para este administrativista a ideia de ato inexistente passa pela noção de ilicitude, para Reale<sup>450</sup> a noção de inexistência liga-se a um vício antes natural (fático) do que jurídico. O autor sintetiza a sua classificação proposta do seguinte modo:

Em suma, enquanto que o ato inexistente carece de algum elemento constitutivo e permanece juridicamente embrionário, o ato nulo reúne todos os requisitos aparentes de uma realidade jurídica, mas inidôneos, como tais, a produzir efeitos válidos, desde o seu nascimento. Já o ato anulável reúne requisitos aptos a produzir efeitos até e enquanto alguém não lhe conteste legitimamente a validade.<sup>451</sup>

Weida Zancaner<sup>452</sup>, por sua vez, propõe uma classificação quadricotômica, após

<sup>446</sup> FAGUNDES, 1984, p. 49.

<sup>447</sup> MELLO, C., 201, p. 476-478.

<sup>448</sup> MELLO, C., 201, p. 476-478.

<sup>449</sup> O autor evidencia a influência de conceitos privatistas nesta matéria, em razão da aplicação da Teoria Geral do Direito, frisando, no entanto, as peculiaridades próprias do Direito Administrativo, que refletem, sobretudo, nos efeitos da invalidação. (REALE, 1980, p. 47).

<sup>450</sup> REALE, 1980, p. 49.

<sup>451</sup> REALE, 1980, p. 51.

<sup>452</sup> ZANCANER, 1993, p. 90-91.

considerar as correntes até então expostas. Para a autora, os atos podem ser “absolutamente sanáveis”, “absolutamente insanáveis”, “relativamente sanáveis” e “relativamente insanáveis”. A diferença entre os dois primeiros é a seguinte: os vícios “absolutamente sanáveis” são tidos como irrelevantes, de modo que o Direito os recebe como regulares. Ao contrário, os “absolutamente insanáveis” são os vícios contra os quais há uma repulsa radical do Direito, em razão da sua intensa gravidade. A diferença entre os dois últimos: os “relativamente sanáveis” são os vícios que podem ser objeto de convalidação, ao passo que os “relativamente insanáveis” não podem ser convalidados, no entanto, podem ser estabilizados pelo tempo ou, quando concessivos de benefícios, caso haja boa-fé do interessado.

### 5.3.2 Breves apontamentos a respeito das diferentes teorias

Entre as questões que merecem destaque, a primeira é a de que, muito embora a sistematização do Direito Civil sirva de influência e diretriz para o tratamento das nulidades no campo do direito público, inconcebível transportar a teoria privatista para a teoria do ato administrativo, sem quaisquer reservas ou reflexões, já que os ramos envolvidos são distintos. No ato administrativo, sempre haverá questões de interesse público, de modo que os interesses envolvidos nunca poderão ser transacionados, em razão de sua indisponibilidade. As ilegalidades constatadas serão objeto de apreciação, quer seja pela Administração Pública,<sup>453</sup> quer seja pelo Poder Judiciário, mediante provocação.

Das similitudes que pode haver entre o ato administrativo e o ato de direito privado, nesta temática, por serem ambos espécies de ato jurídico, destaca-se a variação da repulsa, ou intolerância, do ordenamento jurídico face a certa ilegalidade.<sup>454</sup> Assim, tanto no ato administrativo como no ato jurídico de direito privado, é possível constatar vício passível, ou não, de saneamento. Assim, é possível verificar, ao menos, duas classificações: atos nulos e anuláveis. Certo é que, nem sempre, as hipóteses para tanto são semelhantes.

---

<sup>453</sup> Para tal conclusão, não importa qual o grau de resposta do Direito à invalidade. Por essa razão, tanto os atos absolutamente nulos como os relativamente nulos podem ser invalidados tanto pelo Judiciário como, também, pela própria Administração Pública. Diante disso, inaceitável a afirmação de Miguel Reale (1980, p. 55) no sentido de que não é possível a invalidação de atos relativamente nulos pela própria Administração, por envolver matéria controvertida de fato, sob pena de o administrador vir a proferir decisão de cunho jurisdicional, e não meramente administrativo. Em razão do poder de autotutela, esse entendimento não tem acolhida no nosso ornamento jurídico vigente, como bem expressa a súmula 473 do STF.

<sup>454</sup> A classificação da teoria das invalidades, em ambos os ramos, leva em conta essa gradação da (in) tolerância que a ordem jurídica dispensa aos atos que lhe são desconformes. Isso foi destacado, entre outros doutrinadores, por Weida Zancaner (1993, p. 88), ao contrapor a argumentação de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que a admissão da figura da anulabilidade é o mesmo que a admissão da figura da semi-invalidadez.

Enquanto as hipóteses de nulidade e anulabilidade no direito privado estão sistematizadas, incidindo-se o *critério da legalidade* da aferição ou não de dado vício, no direito público, o critério é o do *interesse público*. Não se quer aqui defender a ausência de regulamentação acerca dessa matéria. Ao contrário, foi oportunamente criticada a deficiência da legislação e o dissenso doutrinário em decorrência disso. O se quer aqui sustentar é que, além da consideração do princípio da legalidade, das regras de direito público, é imprescindível a averiguação, no caso concreto, do melhor atendimento ao interesse público.

Weida Zancaner não nega a existência desse critério, nitidamente defendido por Seabra Fagundes:

Não há negar que o critério do interesse público tem sido aplicado tendo em vista a imperiosa necessidade de se preservarem algumas relações jurídicas que, embora decorrentes de atos nulos, não poderiam ser desconstituídas, já que a invalidação das mesmas constituiria uma flagrante injustiça, além de acarretar a eclosão de inúmeros problemas fáticos.<sup>455</sup>

No entanto, a autora critica esse critério por entendê-lo discricionário. De igual modo, Eduardo Stevanato Pereira de Souza diz não acolher a “subjetividade” empregada por Seabra Fagundes, ao referir-se à necessidade de avaliação do caso concreto para fins de averiguação da nulidade relativa. Aduz o autor que “quanto mais precisa e rígida for a classificação, maior será o impacto que acarretará na segurança das partes [...]”.<sup>456</sup>

Ocorre que, entendendo a discricionariedade nos moldes do que foi tratado neste trabalho, não é possível concluir que o critério do interesse público seja discricionário. A busca por resguardar o *melhor* interesse da coletividade no caso concreto, por meio do sopesamento de princípios, da avaliação das regras jurídicas incidentes, é ato vinculado, em que não há margem de escolha por parte do administrador. Mais uma vez, frisa-se, entendemos que conceitos vagos ou indeterminados não ensejam discricionariedade.

Odete Medauar, destacando a relevância do princípio da legalidade e sendo expressa quanto à inaplicabilidade da teoria privatista ao ato administrativo, deixa evidente a necessidade de “sopesamento das circunstâncias” envolvendo o caso concreto, na avaliação da providência a ser tomada pela Administração Pública frente à invalidade:

[...] A permanência do ato administrativo eivado de ilegalidade tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza do vício, do confronto do princípio da legalidade e de outros preceitos do ordenamento (por exemplo: segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações), do

---

<sup>455</sup> ZANCANER, 1993, p. 89.

<sup>456</sup> SOUZA, 2012, p. 137-138.

*sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso*, da finalidade pretendida pela norma lesada.<sup>457</sup> (grifo nosso).

Com efeito, o que interessa à coletividade é que o interesse público seja resguardado na prática e não apenas abstratamente.<sup>458</sup> Em razão disto, em consonância com o princípio da juridicidade, não há como acolher a inadmissibilidade de efeitos pretéritos advindos de ato ilegal, em *toda e qualquer situação*. Assim, a nosso ver, a aceitação tão somente da nulidade como resposta à invalidade do ato administrativo não encontra guarida no atual Direito.

O próprio efeito da nulidade do direito privado – ineficácia absoluta dos negócios jurídicos – que também envolve interesse público, positivado no art. 169<sup>459</sup>, do CC/02, já tem sido relativizado perante os tribunais, em razão da necessidade de considerar a ordem de interesse envolvida no caso concreto, conforme evidenciado pelo Enunciado 537, da VI Jornada de Direito Civil<sup>460</sup>, já destacada oportunamente. Quanto mais, então, no Direito Administrativo, em que importa muito mais a estabilidade das relações constituídas.<sup>461</sup>

Outro destaque a ser dado quanto às teorias tratadas, diz respeito ao enquadramento de atos inexistentes dentro do rol das invalidades, feito tanto por Celso Antônio Bandeira de Mello como por Miguel Reale, não acolhido no presente trabalho, em que pese se reconheça o fundamento exposto por este, no sentido de que “o ato inexistente carece de algum elemento constitutivo e permanece juridicamente embrionário”.<sup>462</sup> Com

<sup>457</sup> MEDAUAR, 2014, p. 177.

<sup>458</sup> Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 665), em uma das conclusões de sua obra: “Para editar um ato administrativo, o agente público deve efetuar a *ponderação* dos princípios incidentes. Com a edição do ato inválido modificam-se as circunstâncias fáticas e jurídicas; conseqüentemente, para a correção do ato há necessidade de uma nova ponderação. O resultado dessa ponderação indica se ainda é possível a correção e, não tendo ocorrido a estabilização do vício, qual meio de correção deve ser utilizado pelo agente. Nessa ponderação, o agente público deve considerar uma série de fatores: o peso decorrente do princípio da confiança legítima em favor da conservação do ato; os princípios opostos ao concretizado pelo ato; o fato de o ato ser favorável ou desfavorável ao administrador; a boa ou má-fé do agente público e do administrado; os efeitos gerados pelo ato; o decurso do tempo”.

<sup>459</sup> Art. 169. *O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.* (BRASIL, 2002).

<sup>460</sup> O inteiro teor do Enunciado foi destacado no início deste capítulo, sendo oportuno destacar o seguinte trecho: “É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo”. Disponibilizado na página do Conselho da Justiça Federal.

<sup>461</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 481) destaca a importância da pacificação dos vínculos estabelecidos, mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado, sob a alegação de que “os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes”. Conclui então: “Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior”.

<sup>462</sup> REALE, 1980, p. 51.

efeito, “os vícios do ato pressupõem a presença de seus elementos e de seus pressupostos de existência”,<sup>463</sup> daí não ser aceitável arrolar o ato inexistente dentro das invalidades. Ato administrativo *inexistente* não é ato jurídico, não passou pelo plano da existência ou perfeição, daí ser impossível falar de aspectos relacionados ao plano da validade. Pode-se até mesmo afirmar que dos atos inexistentes decorrem os mesmos efeitos que dos atos nulos: são absolutamente insanáveis e a invalidação fulmina todos os seus efeitos pretéritos. Isso porque, mesmo que inexistentes, podem gerar efeitos jurídicos caso venham a ser enquadrados como fatos jurídicos.<sup>464</sup> São os chamados “absolutamente insanáveis”, na classificação de Weida Zancaner, também compreendidos pela autora como fato jurídico e não como ato jurídico:

O ato absolutamente insanável pretende ser uma prescrição, um mandamento, mas não o é; é apenas, uma hipótese, um fato, ao qual se imputa a mais grave das sanções: a de ser impugnado a qualquer tempo e por qualquer pessoa, pois o Direito, a título nenhum, admite os efeitos a que ele se preordena e de ser causa de aplicação de uma sanção penal. A pena imposta a estes comportamentos pode prescrever, mas a pseudo-relação jurídica que pretenderam gerar será impugnável a qualquer tempo.<sup>465</sup>

Ora, se não são atos jurídicos, tais atos “absolutamente insanáveis”, embora assim os sejam, não podem estar arrolados na classificação das invalidades dos atos administrativos. Portanto, ainda que muito bem pormenorizada a classificação de Weida Zancaner, que considera até mesmos os atos irregulares em sua catalogação, sob o rótulo de “absolutamente sanáveis”, é cabível a mesma crítica feita ao enquadramento dos atos inexistentes por Reale e Celso Antônio Bandeira de Mello, em que pese – frisa-se – não discordemos dos efeitos jurídicos que deles possam advir. Não concordamos também, pelos mesmos fundamentos, com a assertiva de M. Seabra Fagundes,<sup>466</sup> no sentido de que é possível afirmar de modo indiferente a ocorrência de ato nulo ou inexistente, já que a “nulidade decorre da inexistência jurídica”.

Diante das diferentes classificações, adota-se, no presente trabalho, o instituto da convalidação como critério diferenciador das invalidades dos atos administrativos, já que, direta ou indiretamente, encontra-se presente nas classificações que admitem a anulabilidade.

<sup>463</sup> MARTINS, 2008, p. 148.

<sup>464</sup> Nesse sentido, Martins (2008, p. 138) afirma que “o ato administrativo inexistente é, portanto, ou um fato do mundo natural, ou um fato jurídico; jamais uma norma jurídica”. Ainda afirma: “Por isso, não deve causar estranheza a afirmação de que um ato jurídico inexistente gera efeitos jurídicos: se ele for um fato do mundo natural previsto no suporte fático de alguma norma jurídica, ocorrendo esse fato no mundo fenomênico, essa norma incidirá sobre ele, tornando-o fato jurídico e ensejando os efeitos previstos no consequente dessa norma”.

<sup>465</sup> ZANCANER, 1993, p. 98.

<sup>466</sup> FAGUNDES, 1984, p. 41.



Por certo, o que nos interessa é verificar se certa ilegalidade pode ou não ser sanada, visando à preservação do ato administrativo. Assim, a avaliação do ato inválido, necessariamente existente, tomará por embasamento a possibilidade ou não do seu saneamento.

Antônio Carlos Cintra do Amaral adota esse critério, qualificado como “*técnica de aproveitamento do ato inválido*.”<sup>467</sup> Utiliza, portanto, a possibilidade ou não de convalidação para diferenciar os casos de nulidade do Direito Administrativo. Segundo o autor, esse critério é mais adequado ao ramo do que o uso da “técnica de eliminação do ato inválido”, segundo ele, utilizado pelo Direito Civil.

Por fim, devem ser agregados a este parâmetro os critérios do interesse público, destacado por Seabra Fagundes, da segurança jurídica e do respeito à boa-fé, salientados por Weida Zancaner,<sup>468</sup> todos verificados sob a perspectiva do princípio da juridicidade.

## 5.4 Vícios

O termo ‘vício’ é tomado, neste trabalho, como inobservância de preceitos legais ou princípios jurídicos, que retiram a validade do ato administrativo. Embora possa ser constatado em qualquer um de seus pressupostos de validade, a análise deste trabalho restringir-se-á ao motivo e à motivação, já que são os requisitos envolvidos na problemática.

### 5.4.1 Vício no motivo

Considerando o motivo do ato administrativo sob a perspectiva adotada neste trabalho,<sup>469</sup> e considerando, ainda, a incidência do art. 2º, ‘d’, Parágrafo único, ‘d’, da Lei nº 4.717/65,<sup>470</sup> o primeiro apontamento é o de que o motivo restará viciado caso materialmente inexistente ou juridicamente inadequado ao resultado obtido. Se o motivo liga-se ao fundamento do ato administrativo, à razão jurídica pela qual o administrador decide prolatar certo conteúdo, de cunho prescritivo, certo é que, se inverídico ou inadequado, a consequência

---

<sup>467</sup> AMARAL, 2008, p. 105.

<sup>468</sup> ZANCANER, 1993, p. 89.

<sup>469</sup> Vide tópico 3.2.4 – Conclusões preliminares: a noção de motivo na teoria do ato administrativo. Em síntese: motivo não é elemento do ato administrativo, pois não é parte integrante deste; é fato jurídico, já que se refere tanto ao pressuposto de fato como ao de direito; deve ser compreendido de modo objetivo, sem, no entanto, desconsiderar a atuação do agente público enquanto intérprete da norma jurídica e responsável por conjugar a ocorrência do fato ao direito. Por fim, destacamos que motivo não se confunde com móvel, tampouco com o fim.

<sup>470</sup> Destacamos que a Lei nº 10.177/98, de São Paulo, também é clara no sentido de que, entre os atos inválidos, encontram-se como causa a “inexistência ou impropriedade do motivo de fato e de direito” e, ainda, nos atos discricionários, “a falta de correção lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade”.

lógica será a invalidade do ato administrativo.<sup>471</sup> É nesse sentido, como visto, que a teoria dos motivos determinantes apresenta-se como instrumento de reforço dessa verificação, associando a validade do ato aos *motivos determinantes indicados* pelo administrador público.

Caso o motivo de fato seja incompatível com o motivo legal, restará viciado o ato administrativo. É quando o motivo é materialmente inexistente; não atende, no caso concreto, às previsões abstratas acerca das circunstâncias fáticas em que deve agir o administrador. Esse é um dos casos emblemáticos de vício no motivo. Seabra Fagundes destaca que esse tipo de vício pode decorrer de mero equívoco ou errônea interpretação da norma, trazendo o seguinte exemplo: “A lei fiscal autoriza multar o contribuinte que excede o prazo fixado para o recolhimento do tributo. Com fundamento nesse texto o devedor é multado. Mas o prazo não estava extinto ainda [...]. O ato impositivo da multa carece de motivo legal”.<sup>472</sup> Perceba que melhor seria afirmar que o ato administrativo carece de motivo fático, porquanto existente a previsão abstrata da situação empírica hábil a ensejar a multa. Por essa razão, acertada é a análise de José Cretella Júnior<sup>473</sup> que, ao referir-se ao mesmo exemplo dado por Seabra Fagundes, afirma que o fato de o contribuinte não ter excedido prazo legal para o recolhimento do tributo figura como exemplo de ato fundado em *fato inexistente*.

Eis, portanto, a primeira modalidade de vício no motivo que ora destacamos: a inexistência do fato indicado no ato administrativo<sup>474</sup>, averiguável tanto face ao motivo legal como, também, mediante a aferição do conteúdo do ato administrativo.

Com efeito, a avaliação do motivo real, identificável a partir do motivo indicado na motivação, não se restringe à comparação com o motivo legal. Com fundamento na Lei nº 4.717/65, é fácil notar que a verificação do motivo de fato deve ser feita considerando também o conteúdo do ato (resultado obtido). É a avaliação que parte da análise da causa (relação de causalidade), importante, sobretudo, no motivo de avaliação discricionária, em que pode haver número indeterminado de indiferentes jurídicos. Daí a previsão do art. 8º,

---

<sup>471</sup> “[...] Desaparecido, por verificada a sua improcedência, o motivo determinante do ato, motivo sem a convicção do qual a Administração não teria agido como fez, é claro que a consequência lógica, razoável e legítima deva ser, com a queda do motivo, a do ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente”. (CAMPOS, 1958, p. 308-309).

<sup>472</sup> FAGUNDES (1984, p. 36). O mesmo exemplo encontra-se na obra de Cretella Jr. (1998, p. 298), tendo sido ressaltada a possibilidade de o contribuinte pleitear a repetição – *solve et repet*, diante da inexistência do motivo alegado como fato gerador da sanção: o atraso no pagamento ou a inadimplência tributária.

<sup>473</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 298.

<sup>474</sup> Quanto a essa modalidade de vício, Antônio Carlos de Araújo Cintra arrola os seguintes exemplos: “[...] É o caso em que não está vacante o cargo que se pretende prover com determinada nomeação; ou em que o funcionário não solicitou a exoneração que lhe foi concedida “a pedido”; ou em que o funcionário não praticou a infração disciplinar que daria margem ao ato punitivo praticado; ou mesmo em que o ato material que integra a figura da infração disciplinar existiu, mas não se verificou o seu aspecto subjetivo, pois o funcionário estava agindo sob coação”. (1979, p. 151).

parágrafo único da Lei nº 10.177/98, do Estado de São Paulo: “nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.”<sup>475</sup>

Outra modalidade de vício no motivo do ato é a existência do fato do ponto de vista material, mas em proporções insuficientes ou dotado de circunstâncias aptas a descaracterizar a prescrição contida no ato administrativo. Mais uma vez, a aferição levará em conta tanto o motivo legal como, também, o conteúdo do ato. É o caso, por exemplo, em que o administrador demite certo servidor público sob o fundamento de “abandono de cargo”, disciplinado, em âmbito federal, no art. 132, II, da Lei nº 8.112/90. O motivo indicado, portanto, foram as faltas ao serviço público. Ocorre que, em averiguação acerca da legalidade do motivo, verifica-se que o servidor público faltou dentro dos limites permitidos por lei (proporção insuficiente para justificar a demissão); ou que quem faltou ao serviço foi outro servidor público e não aquele indicado como sujeito passivo do ato administrativo (fato existente, mas praticado por outrem), ou, ainda, que o servidor faltou, porém não intencionalmente (fato existente, mas cercado de circunstâncias especiais).<sup>476</sup>

Considerando o motivo como *fato jurídico*, importante frisar que não apenas vícios relacionados à ocorrência fática retiram a validade do ato administrativo. Há também hipóteses de ilegalidade a partir da inexistência da matéria de direito indicada na motivação. Essa outra modalidade de vício no motivo é ressaltada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, para quem é necessário o requisito da atualidade, entendido como a “[...] vigência da norma no momento de edição do ato.”<sup>477</sup> Sobre esse tipo de vício, o autor destaca, ainda, que a inexistência de norma pode ser absoluta ou relativa, sendo esta o caso de quando a norma jurídica existe, mas ainda não entrou em vigor, ou quando a norma jurídica deixou de existir.

Assim, o vício pode ser constatado tanto na ocorrência fática como na jurídica, sendo certo que essa avaliação é feita considerando, entre outros requisitos, o conteúdo do ato administrativo. A avaliação é tanto do ponto de vista jurídico, por meio da verificação da adequação entre o motivo de fato e o motivo de direito, como, também, sob o aspecto da materialidade: investiga-se a realidade, a ocorrência efetiva do motivo fático indicado no ato.

Por fim, importante pontuar que para Ricardo Marcondes Martins, que restringe a compreensão do motivo às ocorrências fáticas, em discordância da posição majoritária<sup>478</sup>, o entendimento é mais restritivo. Para o autor, o vício de motivo consiste na má apreciação das

---

<sup>475</sup> SÃO PAULO, 1998.

<sup>476</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 298.

<sup>477</sup> CINTRA, 1979, p. 150-151.

<sup>478</sup> Esse posicionamento mais restritivo já foi objeto de estudo no tópico 3.2.1 do presente trabalho.

circunstâncias fáticas pelo administrador, ocorrendo em duas hipóteses: “ou o agente se equivoca na apreciação de uma circunstância, ou o agente a ignora”.<sup>479</sup> Destaca, ainda, a correlação necessária que há entre os diversos pressupostos de regularidade (validade) do ato, afirmando que o vício de motivo pode ensejar, entre outros, vício de motivação.<sup>480</sup>

#### 5.4.2 Vício na motivação

Considerando a motivação como requisito formalístico,<sup>481</sup> que, ao contrário da forma, relaciona-se à validade do ato administrativo, e, ainda, tomando como parâmetro o art. 50, § 1º, da Lei Federal nº 9.784/99<sup>482</sup> e o art. 8º, VI, da Lei nº 10.177/98, do Estado de São Paulo,<sup>483</sup> o vício de motivação pode se revelar nas seguintes hipóteses: diante de sua ausência ou de sua insuficiência, que pode ocorrer quando a motivação não for clara, congruente ou explícita. Em outros termos, a motivação resta viciada quando a exposição dos motivos e demais fundamentos do ato estiver comprometida, impedindo a concretização de sua finalidade, que é garantir transparência da justificativa para a prolação do ato administrativo.

Importante frisar que “os vícios da motivação também podem funcionar como sintomas de vícios do próprio conteúdo do ato administrativo ou de sua finalidade, quando

<sup>479</sup> MARTINS, 2008, p. 221-222.

<sup>480</sup> A título de informação, tanto Ricardo Marcondes Martins como Antônio Carlos de Araújo Cintra destacam a ausência de autonomia na avaliação de vício de motivo. Segundo Martins (2008, p. 222): “[...] Enfim, não há sentido em examinar o motivo como vício autônomo nos casos em que houve regular apreciação das circunstâncias fáticas pela Administração, pois nesses casos haverá primeiro um vício de finalidade, de causa ou de contentorização: são esses vícios que causam o vício de motivo. Este é secundário, é uma mera consequência”. Já Cintra (1979, p. 150) afirma o seguinte: “Se os motivos do ato administrativo não constituem, em si, um requisito de sua validade, mas apenas um dado que se reflete na licitude (ou melhor, na legalidade) do seu conteúdo, através da pertinência lógica deste, relativamente aos motivos do ato, é claro que não há falar, propriamente, em vícios dos motivos do ato administrativo, pois estes se resolvem, em última análise, em vícios do seu conteúdo”. No entanto, o autor não deixa de arrolar modalidades de vícios de motivo, já que, segundo ele, é possível separar ilegalidades que decorrem apenas e diretamente do conteúdo e aquelas que provêm de defeitos de motivos do ato administrativo. Frisamos discordar deste argumento, o de ausência de autonomia no exame do motivo, já que este é compreendido como requisito de validade do ato administrativo (autônomo) e entendido como fato jurídico, em que é necessária a correlação entre fato e direito para sua exata significação. O que ocorre, no entanto, como até mesmo destacado por Martins, é que os demais pressupostos se correlacionam, não estão isolados, de modo que a ilegalidade de um requisito pode ensejar a ilegalidade de outro, a exemplo do vício do motivo ensejar vício de motivação. O isolamento do pressuposto ocorre apenas para fins didáticos, a partir de uma análise abstrata.

<sup>481</sup> Ou formalização. Tais expressões encontram-se na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 404 e 415-416) e de Martins (2008, p. 235).

<sup>482</sup> Art. 50, §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. (BRASIL, 2009).

<sup>483</sup> Art. 8º 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. (SÃO PAULO, 1998).

então serão denunciadores do desvio de poder”.<sup>484</sup> Com efeito, há necessária correlação entre os requisitos do ato, de modo que um vício pode repercutir em mais de um de seus aspectos.

---

<sup>484</sup> CINTRA, 1979, p. 153.

## 6 DEVER DE CONVALIDAÇÃO E AFASTAMENTO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

### 6.1 Restauração da legalidade

#### 6.1.1 Invalidação

O ato administrativo dotado de invalidade pode ser objeto de invalidação, ou seja, pode ser suprimido do mundo jurídico em razão de sua desconformidade com a ordem jurídica.<sup>485</sup> A eliminação do ato e/ou da relação jurídica por ele gerada é uma das formas de recomposição da legalidade ferida, tem efeito declaratório e, *em regra*, opera-se retroativamente, desde a edição do ato anterior (efeitos *ex tunc*).<sup>486</sup> Pode ser que, excepcionalmente, o melhor ao interesse público seja a retirada do ato ilegal, sem o desfazimento de seus efeitos pretéritos. Para fins de definição, colacionamos o seguinte:

Entende-se por invalidação a prática de um ato administrativo declaratório que incide sobre os efeitos de outro ato administrativo, realizado em dissonância com o ordenamento jurídico vigente à época de sua produção. Ele tem por objetivo fazer cessar, sem retroagir no tempo, *ex nunc*, os efeitos jurídicos do ato administrativo ilegal, ou eliminar completamente, *ex tunc*, a relação jurídica com seus respectivos efeitos, quando a sua rejeição pelo ordenamento jurídico for mais severa.<sup>487</sup>

Preferível a definição acima, trazida por Eduardo Stevanato Pereira de Souza, à de outros doutrinadores, que ressaltam apenas a eficácia *ex tunc* da invalidação.<sup>488</sup>

Por fim, não se pode esquecer que a invalidação é uma das formas de extinção do ato administrativo, ocorrida de modo provocado,<sup>489</sup> ou seja, não de modo natural, como se dá, por exemplo, quando o ato administrativo legal cumpre seus efeitos jurídicos.

---

<sup>485</sup> MELLO, C., 2013, p. 470.

<sup>486</sup> ARAÚJO, E. (1997, p. 184-188). O próprio autor (1997, p. 186) ressalva que certos efeitos decorrentes do ato invalidado podem ser mantidos, a exemplo daqueles em relação a terceiros de boa fé.

<sup>487</sup> SOUZA, 2012, p. 97.

<sup>488</sup> É o caso, por exemplo, de Weida Zancaner (2013, p. 45), que traz a seguinte definição: “A invalidação é a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica”. Também é a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 249): “Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação, é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então)”. Odete Medauar (2014, p. 180), embora destaque os efeitos *ex tunc* da anulação, salienta a possibilidade de haver casos em que efeitos exauriram de pronto ou se tornaram irretratáveis, ou se consolidaram, inviabilizando o retorno à situação anterior, em que pese a Súmula 473 do STF afirme que de atos ilegais não se originam direitos.

### 6.1.2 Convalidação

A convalidação, como já apontado, é o outro instrumento por meio do qual a legalidade violada pode ser restaurada, ao lado da invalidação.<sup>490</sup> Só é possível sua aplicação caso admissível a nulidade relativa dos atos administrativos, ou seja, apenas para as teorias das invalidades que aceitam, ao menos, a classificação dual: atos nulos e anuláveis. Insta frisar que esse instituto é a “*técnica de aproveitamento do ato inválido*”,<sup>491</sup> utilizada, no presente trabalho, como diretriz para a classificação das invalidades do ato administrativo.

Trata-se de edição de novo ato administrativo cujo propósito é retirar, com efeitos retroativos, o vício do ato inválido, resguardando os efeitos por ele até então produzidos.<sup>492</sup> Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos [...]”,<sup>493</sup> o que significa que a “[...] providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado [...]”<sup>494</sup>

É por essa razão que somente é factível a convalidação caso possível a reprodução válida do ato administrativo então viciado. Em síntese, afirma Weida Zancaner: “[...] todos os atos passíveis de serem produzidos sem vícios devem ser convalidados, pois a convalidação atende não apenas o princípio da legalidade, como, também, o da segurança jurídica.”<sup>495</sup> Com base nesta diretriz, a autora cataloga, de modo objetivo, os casos em que seja possível a convalidação e, por outro lado, as situações em que o sistema exija a invalidação. Nesse sentido, para a autora, são convalidáveis os atos cujos vícios estejam na competência, na formalidade ou no procedimento. Por sua vez, são qualificados como atos inconvalidáveis aqueles que apresentem vícios no motivo, no conteúdo, na causa, na finalidade e no procedimento (caso haja desvirtuamento de sua própria finalidade).

Em que pese acertada a diretriz de que é possível a convalidação naqueles casos

<sup>489</sup> “[...] a extinção provocada é aquela que ocorre quando o ato administrativo sofre uma intervenção no seu processamento normal ou, melhor dizendo, no próprio ato administrativo ou nos seus efeitos”. (SOUZA 2012, p. 91). A anulação ou invalidação, frisa-se, pode ser efetivada tanto pelo Poder Judiciário, o que depende de provocação, como pela própria Administração, que pode ocorrer de ofício (autotutela administrativa) ou mediante provocação.

<sup>490</sup> ZANCANER (2013, p. 56 e 67); ARAÚJO, E. (1997, p. 188).

<sup>491</sup> AMARAL, 2008, p. 105.

<sup>492</sup> “A convalidação é um ato exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato a convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos” (ZANCANER, 2013, p. 56); “Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado” (DI PIETRO, 2013, p. 258); “O vício pode ser corrigido pela *convalidação*: edição de um ato administrativo que retira, com efeitos retroativos, o vício do ato administrativo inválido”. (MARTINS, 2008, p. 278).

<sup>493</sup> MELLO, C., 2013, p. 482.

<sup>494</sup> MELLO, C., 2013, p. 482.

<sup>495</sup> ZANCANER, 2013, p. 67-77.

em que o ato possa ser produzido, no presente, validamente, o catálogo fixo e objetivo proposto pela autora enrijece a atuação da Administração Pública e desconsidera a avaliação do caso concreto. Na indicação traçada por Seabra Fagundes,<sup>496</sup> não se pode esquecer que o interesse público, avaliado concretamente, não pode ser ignorado como critério importante de escolha, por parte do administrador, do melhor meio de correção da ilegalidade constatada.

Nesse sentido, considerando as diretrizes fixadas por Seabra Fagundes (referida na citação como “a primeira posição”) e Weida Zancaner (referida como “segunda posição”), Ricardo Marcondes Martins<sup>497</sup> conclui:

O subjetivismo é inerente à interpretação e aplicação do Direito. A solução jurídica depende sempre do caso concreto, da apreciação de valores, e, por isso, não é passível de uma indicação previamente objetiva, tal qual uma fórmula matemática. A função primordial da doutrina é, apesar disso, a sistematização dos conceitos, a elaboração de critérios prévios e objetivos que reduzam a subjetividade da interpretação e da aplicação do Direito e lhe atribuem maior segurança, tornando possível a previsão da solução. A primeira posição não ignora o subjetivismo e a imprescindibilidade do caso concreto, mas não fornece critérios objetivos seguros. A segunda posição, centrada numa exaustiva busca de objetividade, fornece um conjunto de critérios precisos, mas acaba ignorando as particularidades do caso e a subjetividade própria da interpretação e da aplicação. As duas orientações, porém, são importantes para a solução do problema.

Com efeito, as soluções aventadas por ambos os autores devem ser compatibilizadas e consideradas pelo administrador, devendo o rol apresentado por Weida Zancaner ser considerado como regra, podendo, no entanto, ser flexibilizado no caso concreto, após o sopesamento de princípios incidentes à situação em análise, a consideração das regras jurídicas pertinentes e avaliação das consequências do desfazimento e da manutenção do ato.

Ainda, importante destacar que a convalidação pode ocorrer mediante ratificação ou confirmação.<sup>498</sup> No primeiro caso, quando a correção é feita pelo mesmo órgão da

---

<sup>496</sup> “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”. (FAGUNDES, 1984, p. 39-40). Importante destacar que Seabra Fagundes, embora pareça não admitir a convalidação (é expresso quanto à impossibilidade da ratificação, 1984, p. 42), admite a possibilidade de manutenção de efeitos pretéritos a depender do tipo de vício. Nesse sentido, destacamos as seguintes assertivas do autor: “Em regra, quando o ato administrativo for defeituoso, a solução será a prática de outro reafirmando o seu objetivo, mas desde que este outro não lhe revalide os efeitos desde a data, caráter específico da ratificação, segundo o Código Civil” (FAGUNDES, 1984, p. 42); “A ratificação, tal como a concebe o direito civil, com o retrotraiamento para validação de efeitos anteriormente produzidos, perde o relevo no direito administrativo, ante a possibilidade de atos ditos anuláveis dispensarem-na, para que possam subsistir os efeitos precedentes à constatação da anulabilidade” (FAGUNDES, 1984, p. 49).

<sup>497</sup> MARTINS, 2008, p. 290.

<sup>498</sup> ZANCANER (1993, p. 72). Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 483) acrescenta às espécies *ratificação* e *confirmação* a hipótese de *saneamento*, quando a correção resulta de ato de particular. Weida



Administração que prolatou o ato viciado e, na segunda situação, quando é feita por órgão diverso.<sup>499</sup> Difere-se do instituto da conversão, em que há mutação de categoria de um ato inválido para outra, de modo a torná-lo válido. “De conseguinte, ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os *mesmos* efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro: aquele que seria possível.”<sup>500</sup>

Distingue-se a convalidação, ainda, do que muitos autores denominam de reforma ou redução, consistente na “[...] edição de um ato administrativo que tem por efeito a exclusão da parte inválida do ato viciado, mantendo a parte válida; é uma invalidação parcial.”<sup>501</sup> Em outros termos, nas palavras de Cretella Júnior: “Reforma é, pois, o ato administrativo pelo qual se repele a parte ilegal de um ato e se conserva a parte não afetada de ilegalidade.”<sup>502</sup>

Em que pese as diferenças expostas, é fácil notar que tanto a convalidação como a conversão e a reforma são modalidades de saneamento de um ato viciado, podendo neste trabalho, por metonímia, ser empregada a convalidação como se gênero fosse.<sup>503</sup>

Por último, quanto à disciplina legal do instituto da convalidação, seguem os respectivos dispositivos legais provenientes da Lei Federal nº 9.784/99, da Lei nº 10.177/98, do Estado de São Paulo, e da Lei nº 14.184/02, do Estado de Minas Gerais:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração (Lei Federal nº 9.784/99).

Art.10. A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:

---

Zancaner (1993, p. 72), embora também considere o *saneamento*, arrola-o como hipótese apartada da convalidação e não como espécie desta. Quanto a essa hipótese, concordamos com Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 281), no sentido de que a prática de um ato pelo particular pode ser considerada pressuposto da convalidação, quando o sistema assim a exige, sendo, no entanto, insuficiente a gerar a convalidação por si só. Em outros termos, o saneamento depende do reconhecimento estatal.

<sup>499</sup> Entendimento contrário do que seja “confirmação” é de Di Pietro (2013, p. 260), que a emprega em sentido distinto da “convalidação”. Segundo a autora, a confirmação é a “renúncia ao poder de anular o ato ilegal”, não há a correção do vício, ao contrário da convalidação. Exemplo dado pela autora é aquela que decorre da prescrição do direito de anular o ato, qualificada como “confirmação tácita”.

<sup>500</sup> MELLO, C. (2013, p. 483). Exemplo dado por Di Pietro (2013, p. 260): “Um exemplo seria o de uma concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige; pode ser convertida em permissão precária, em que não há a mesma exigência; com isso, imprime-se a validade ao uso do bem público, já consentido”.

<sup>501</sup> Martins dá o seguinte exemplo: “Suponha-se que a Administração tenha lançado o IPTU sobre uma área de 100m<sup>2</sup>, quando, na verdade, o imóvel tem apenas 50 m<sup>2</sup>. Constatado posteriormente o equívoco, não há necessidade de novo lançamento: é possível excluir o que sobeja do lançamento efetuado, mantendo-se a parte válida”. (MARTINS, 2008, p. 277-278).

<sup>502</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 417.

<sup>503</sup> Edmir Netto de Araújo (1997, p. 190), ao contrário, enquadra a ratificação, a conversão e a reforma como espécies de convalidação (gênero). José Cretella Júnior (1978, p. 413) bem sintetiza esta questão: “O assunto é complexo, a principiar pela terminologia, vacilante e desuniforme, utilizada nos textos legais, na doutrina e na jurisprudência [...], onde os termos ‘confirmação’, ‘ratificação’, ‘convalidação’, ‘terapêutica’, ‘sanatória’, ‘revalidação’, ‘conversão’ se empregam uns pelos outros”.

- I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;
- II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;
- III - forem passíveis de convalidação.

Artigo 11 - A Administração poderá convalidar seus atos inválidos, quando a invalidade decorrer de vício de competência ou de ordem formal, desde que:

- I - na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade titulada para a prática do ato, e não se trate de competência indelegável;
- II - na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.

§ 1.º Não será admitida a convalidação quando dela resultar prejuízo à Administração ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado.

§ 2.º A convalidação será sempre formalizada por ato motivado (Lei nº 10.177/98).

Art. 66 Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração (Lei nº 14.184/02).

#### 6.1.2.1 Poder ou dever?

Pela avaliação dos dispositivos legais citados, acerca da convalidação, é possível verificar diferença de redação entre o art. 66 da Lei nº 14.184/02, do Estado de Minas Gerais, e o art. 55 da Lei Federal nº 9.784/99. No primeiro dispositivo legal, consta expresso que “[...] os atos que apresentarem defeito sanável *serão* convalidados pela Administração”.<sup>504</sup> Ao contrário, no segundo, a redação é que “[...] os atos que apresentarem defeitos sanáveis *poderão* ser convalidados pela própria Administração.”<sup>505</sup> A diferença entre o verbo “ser” e “poder” reflete o seguinte dilema: diante dos atos inválidos, a convalidação é obrigatória ou não? Há discricionariedade conferida ao administrador público quanto ao meio de recomposição da legalidade? Ao que parece, o art. 10, III, da Lei nº 10.177/98 elucida essa problemática, ao afirmar que não caberá anulação caso possível a convalidação.

Com efeito, acompanhamos neste trabalho o entendimento de Weida Zancaner, no sentido de que a “Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação.”<sup>506</sup> Sendo cabível a convalidação, é dever do administrador determiná-la. Não há discricionariedade por parte da Administração Pública. Como bem salientado por Edmir Netto de Araújo<sup>507</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>508</sup> a obrigação do administrador público é recompor a legalidade e não exclusivamente anular o ato. E, diante da possibilidade de convalidação, esta deve ser preferível, pois, além da incidência do princípio da legalidade, resta prestigiada a estabilidade das relações constituídas (princípio da segurança jurídica) com a preservação do ato inválido.

<sup>504</sup> MINAS GERAIS, 2002.

<sup>505</sup> BRASIL, 1999.

<sup>506</sup> ZANCANER, 1993, p. 57.

<sup>507</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 188.

<sup>508</sup> MELLO, C., 2013, p. 484.

O uso do verbo “poder”, quer seja nos dispositivos legais citados quer seja no teor da Súmula 473 do STF,<sup>509</sup> não significa necessariamente uma outorga de faculdade ao administrador público. No Direito, o verbo “poder” pode ter significado de “dever”, amiúde chamado “poder-dever”.<sup>510</sup> Considerando isto, a convalidação, sempre que juridicamente viável, deverá ser efetivada, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa fé, que indicam, tanto quanto possível, a preservação de efeitos dos atos administrativos.<sup>511</sup>

Em síntese, “é mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação do que desconstituí-los, mesmo porque a invalidação pode levar à responsabilização estatal no que pertine aos lesados de boa-fé”.<sup>512</sup>

### 6.1.2.2 Obstáculos à convalidação

A aplicação da convalidação não se dá de modo irrestrito, há limites reconhecidos tanto pela doutrina como legalmente. Exemplo é o art. 11, da Lei nº 10.177/98, de São Paulo, que é expresso quanto à inadmissibilidade da convalidação quando dela resultar prejuízo à Administração Pública ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado.

A impugnação do interessado, seja pela via judicial ou administrativa, também é

<sup>509</sup> 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.

<sup>510</sup> A respeito, a clássica lição de Carlos Maximiliano: “Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e o efeito de *deve* [...]. Assim, acontece quando um dispositivo, embora redigido de modo que traduz, na aparência, o intuito de *permitir, autorizar, possibilitar*, envolve a defesa contra males irreparáveis, a prevenção relativa às violações de direitos adquiridos, ou a outorga de atribuições importantes para proteger o interesse público ou franquia individual [...]. Pouco importa que a competência ou autoridade seja conferida, direta ou indiretamente; em forma positiva, ou negativa: o efeito é o mesmo [...]; os valores jurídico-sociais conduzem a fazer o *poder* redundar em *dever*, sem embargo do elemento gramatical em contrário [...]” (MAXIMILIANO, 1988, p. 271.)

<sup>511</sup> Entre outros, destacam Di Pietro (2013, p. 259); Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 485); Weida Zancaner (1993, p. 56-57). A única exceção ao entendimento de que o ato de convalidar é vinculado, vislumbrada pelos autores, é quando o objeto da convalidação tratar-se de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Apenas nessa hipótese, será possível o administrador optar-se pela convalidação ou pela invalidação. Posicionamento contrário ao exposto, doutrinariamente minoritário, é o trazido por Edmir Netto de Araújo nos seguintes termos: “[...] ao contrário do que entende certa parte da doutrina não é exigida expressa autorização legal para a discricionariedade do agente em invalidar ou não o ato viciado por nulidade relativa (pois deixaria de ser discricionariedade: a contradição nos termos a classificaria como discricionariedade “vinculada”), e, pelo mesmo motivo, não há a *obrigatoriedade* de convalidação quando se fazem presentes os elementos que a tornam cabível. Realmente, se não há lei alguma que confira ao Administrador livre eleição entre invalidar e convalidar, também não há lei alguma que obrigue o agente a convalidar e não invalidar: tudo depende da possibilidade convalidatória e da avaliação do agente sobre qual alternativa (invalidar ou convalidar) melhor atende o interesse público no caso concreto”. (ARAÚJO, E., 1997, p. 188). O mesmo posicionamento resta explícito na obra do mesmo autor: *Convalidação do ato administrativo* (ARAÚJO, E., 1999, p. 133-135).

<sup>512</sup> ZANCANER, 1993, p. 59.

impedimento frisado pela doutrina e, segundo Weida Zancaner<sup>513</sup> e Edmir Netto de Araújo,<sup>514</sup> tem por intuito preservar a utilidade da arguição do vício e impedir que haja inovação sobre situação jurídica contestada ou resistida. Quanto a isto, no entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca uma exceção. Trata-se de motivação tardia de ato vinculado, expedida após a impugnação do ato administrativo. Nas palavras do autor, “[...] a demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação.”<sup>515</sup>

Entre outros limites aduzidos pela doutrina, destaca-se o decurso do tempo (prescrição), que é um fato jurídico sanatório hábil a tornar prescindível a convalidação. Ainda, por razões lógicas, não se convalidam os atos válidos, inexistentes ou os que não possam ser validamente reproduzidos no presente, a exemplo dos atos absolutamente nulos.<sup>516</sup>

### 6.1.2.3 Princípios

Os fundamentos que garantem o poder-dever de a Administração Pública sanar determinado ato inquinado de ilegalidade são de ordem principiológica. O princípio basilar da legalidade, que é respaldo para a invalidação do ato administrativo, também embasa a correção do vício e a consequente preservação do ato administrativo. Isso porque o que o princípio da legalidade preconiza é a recomposição da ordem jurídica violada e não, necessariamente, a extinção do ato ilegal.<sup>517</sup> Ao contrário, entre a manutenção do ato administrativo, por meio da correção do vício, e a sua invalidação, a primeira opção tem preferência em razão da incidência de outros princípios, quais sejam: o da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé dos administrados, da eficiência e economicidade.

Quanto à observância, pela Administração Pública, aos ditames legais, oportuno destacar a evolução da ideia de legalidade, própria do Estado de Direito. O seu sentido original, de limitação do poder, passou a ser tão sacralizado que, em decorrência disso, ocorreu desvirtuamento de sua ideia central, passando a legalidade a ser entendida como legalismo, em que leis eram tidas como justas tão somente em razão do seu aspecto formal. Com as transformações do Estado, passou-se a refletir sobre o seu conteúdo, dando-lhe um sentido mais amplo, de bases valorativas, no sentido de que observância à lei diz respeito, não

---

<sup>513</sup> ZANCANER, 1993, p. 59-60.

<sup>514</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 189.

<sup>515</sup> MELLO, C., 2013, p. 482.

<sup>516</sup> ARAÚJO, E., 1997, p. 189.

<sup>517</sup> ZANCANER, 1993, p. 56.

apenas a regras, mas também a princípios, devendo ser considerada toda a ordem jurídica.<sup>518</sup>

Nessa mesma diretriz, seguem as reflexões de Onofre Alves Batista Júnior:

É verdade que a desmistificação do poder sacrossanto da lei, como fonte bastante de todas as soluções, desnudou a percepção de que a mera observância literal dos ditames legais não é capaz de possibilitar o cumprimento do próprio objetivo maior da AP de proporcionar o bem comum, o melhor interesse possível. O entendimento de que a atuação da AP deve apenas se subsumir aos ditames da lei bem atende às máximas do positivismo, mas é de escassa utilidade para os anseios do Estado Democrático de Direito eficiente, que tem tanto funções garantísticas como deveres prestacionais, para tanto, deve ser eficiente.<sup>519</sup>

Segundo Paulo Otero,<sup>520</sup> a desmistificação da lei ocorreu ao longo de todo o século XX, em razão de dois principais fatores, quais sejam, a evolução do significado e valor da Constituição e a mudança do modelo de Estado. Segundo o jurista português, a existência de limites procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, a chamada subordinação hierárquico-normativa da lei, bem como o aumento de tarefas a cargo do Estado culminaram com a progressiva erosão do positivismo legalista, em que se destacava a “divinização da lei”.

É essa nova noção de legalidade (juridicidade) que deve ser considerada pelo administrador quando da solução da medida a ser tomada diante de um ato ilegal. É a legalidade que deixa de ser apenas aquilo que o legislador diz para ser, também, aquilo que a Administração Pública ou os tribunais entendem que o legislador diz.<sup>521</sup> É a legalidade que não conduz mais à aplicação silogístico-subsuntiva da lei, como se a Administração fosse sua serva cega e obediente.<sup>522</sup> A concepção atual da legalidade, e que deve ser tomada neste trabalho, é a que considera todo o ordenamento jurídico vigente (normas e princípios).

“Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de atividade.”<sup>523</sup> Em razão disso, insta frisar, é que se torna possível a avaliação do caso concreto pelo administrador, mediante ponderações de interesses e de princípios, buscando a realização concreta do Direito, tendo sempre como parâmetro os ditames constitucionais.

Com efeito, a preservação do ato, “[...] depende de avaliação ou ponderação,

---

<sup>518</sup> MEDAUAR, 2014, p. 141.

<sup>519</sup> BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 73.

<sup>520</sup> OTERO, 2007, p. 154-158.

<sup>521</sup> OTERO, 2007, p. 163.

<sup>522</sup> OTERO, 2007, p. 154 e 161.

<sup>523</sup> OTERO, 2007, p. 167.

confrontando-se as consequências do desfazimento e da manutenção em termos de interesse público, custos e benefícios, boa-fé de quem se beneficiaria com a permanência do ato [...].<sup>524</sup> Essa avaliação do caso concreto e a conseguinte interpretação e ponderação por parte do administrador só são aceitas pelo Direito, como ações válidas, a partir da compreensão de que o Executivo não desenvolve uma atuação de segundo plano se comparada à do Legislativo.<sup>525</sup>

Dito isso, retomemos aos princípios que reforçam a aplicação do instituto da convalidação. No que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, positivado no art. 2º da Lei 9.784/99, em que pese não previsto expressamente na CF/88, é da essência do próprio Estado Democrático de Direito, permeando todo o sistema constitucional.<sup>526</sup>

O que se busca resguardar, mediante a aplicação desse princípio, é a estabilidade das relações jurídicas então firmadas, preservando-se os efeitos de atos e medidas praticados pela Administração Pública. Por essa razão, a segurança jurídica é o sustentáculo da convalidação.

Relacionados diretamente com a estabilização das relações jurídicas são os princípios da proteção da confiança legítima e o da boa-fé. Enquanto o primeiro visa à “preservação de direitos e expectativas de particulares ante alterações inopinadas de normas e de orientações administrativas”, o segundo resguarda a lealdade na atuação administrativa.<sup>527</sup>

Segundo Martins,<sup>528</sup> o princípio da confiança legítima cria uma razão *prima facie* em favor da preservação do ato inválido, ou seja, dá um peso maior às razões que fundamentam a manutenção do ato, o que é considerado quando da avaliação das circunstâncias e do sopesamento de princípios incidentes ao caso. Em razão da presunção de conformidade dos atos administrativos ao Direito, o administrado acata o ato, ao tempo em que possui confiança em sua validade. Quanto à distinção deste princípio ao da boa-fé, o autor,<sup>529</sup> sem desconsiderar a relação entre ambos, destaca: “O princípio da confiança legítima protege a confiança do administrado na correção dos atos estatais; o princípio da boa-fé exige que o administrado e a Administração ajam com ética e lealdade em suas relações recíprocas”.

Para Cretella Júnior,<sup>530</sup> um dos fundamentos da sanatória do ato administrativo inválido é o princípio da economia dos valores jurídicos. Segundo o autor,

---

<sup>524</sup> MEDAUAR, 2014, p. 182.

<sup>525</sup> BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 73.

<sup>526</sup> MELLO, C., 2013, p. 126.

<sup>527</sup> MEDAUAR, 2014, p. 182.

<sup>528</sup> MARTINS, 2008, p. 314.

<sup>529</sup> MARTINS, 2008, p. 317.

<sup>530</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 414.

[...] razões de economia dos valores jurídicos já editados [...] explicam o interesse da Administração em eximir-se de produzir novo ato, quando é possível proceder-se a uma readaptação ou reparação do ato já existente.<sup>531</sup>

Enfim, é a mesma diretriz traçada por Weida Zancaner, em que “[...] todos os atos passíveis de serem produzidos sem vícios devem ser convalidados.”<sup>532</sup>

Nesse sentido, a conservação dos atos administrativos prestigia o princípio constitucional da eficiência, sobretudo a economicidade e celeridade, na medida em que coordena os meios para viabilizar o melhor resultado ao bem comum. Logo, sendo possível emitir novo ato sem vício, razão não há para inviabilizar o seu saneamento, cujo intuito é minimizar o dispêndio de recursos e otimizar os meios para alcance dos fins almejados.<sup>533</sup>

## 6.2 Convalidação e motivo

Pelo exposto, coloca-se a seguinte questão: é possível a convalidação de vício existente no motivo? Oportunamente, foi visto que o vício no motivo (fato jurídico) pode ser constatado tanto no pressuposto fático como de direito, devendo ser verificado, entre outros, pela adequação entre o motivo real e o motivo legal, pela correlação lógica entre o motivo real e o conteúdo do ato, bem como pela análise da veracidade do motivo indicado na motivação.

Para o enfrentamento do questionamento proposto, é necessário pressupor a aceitação da nulidade relativa, pois que só então é possível admitir o instituto da convalidação. Considerando isso, o primeiro apontamento é o de que a doutrina majoritária entende que é incabível o saneamento do ato administrativo que tenha vício em seu motivo.

Nesse sentido, Di Pietro<sup>534</sup> sustenta: “Quanto ao motivo e à finalidade, *nunca* é possível a convalidação. No que se refere ao motivo, isto ocorre porque ele corresponde à situação de fato que ou ocorreu ou não ocorreu; não há como alterar, com efeito retroativo, uma situação de fato” (grifo nosso).<sup>535</sup> Outrossim, Weida Zancaner<sup>536</sup>, ao listar objetivamente os atos convalidáveis e os inconvalidáveis, arrola entre estes a ocorrência de vício no motivo, sob o argumento de que não podem ser produzidos validamente, na atualidade. Nas palavras da autora, “[...] a ausência do motivo de fato impossibilita a convalidação do ato, posto que

<sup>531</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 414.

<sup>532</sup> ZANCANER, 1993, p. 67.

<sup>533</sup> “[...] a economicidade diz exatamente respeito à otimização na articulação dos meios financeiros”. E, ainda, “a economicidade [...] é uma das facetas da eficiência *stricto sensu*, aspecto da ideia maior de eficiência *lato sensu*”. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 186-193).

<sup>534</sup> DI PIETRO, 2013, p. 260.

<sup>535</sup> DI PIETRO, 2013, p. 260.

<sup>536</sup> ZANCANER, 1993, p. 73-74.

não há como fazer retroagir a data de sua emissão, já que o suporte fático continuaria a inexistir [...]”<sup>537</sup> valendo-se tanto para atos vinculados como discricionários. Salienta, ainda, que nem mesmo a ocorrência tardia do motivo viabilizaria o saneamento do ato, já que “[...] a data da ocorrência do motivo de fato não coincidiria com a data do motivo no ato elencado.”<sup>538</sup>

Também nesse mesmo posicionamento, Clarissa Sampaio Silva afirma o seguinte:

Recordando a sistematização dos vícios que incidem sobre os atos administrativos anteriormente discutidos, infere-se que *jamaiz* poderiam ser re praticados os atos com vício de finalidade, de motivo, de conteúdo ou de causa, pela simples razão de que tais vícios *subsistiriam* no novo ato.

Com efeito, desencadeado um ato sem que presentes, à época da sua prática, os seus pressupostos de fato, por exemplo, torna-se impossível corrigi-lo. E, supondo que venha a ocorrer, posteriormente à sua prática, a situação empírica que o legitimaria, não se verifica a sanatória de um ato inválido, mas a prática de *novo ato administrativo* que não guarda ligação com o anterior, sendo deste independente.<sup>539</sup> (grifo nosso).

Edmir Netto de Araújo,<sup>540</sup> no mesmo sentido, é claro ao afirmar que a ausência de *motivo* em ato administrativo inquina-o de “vício insanável”, em razão da “[...] inexistência de interesse público a determinar sua finalidade.” Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>541</sup> também correlaciona a inexistência de motivo com a ausência de razão justificadora do ato e, por conseguinte, ausência de finalidade legal e, indo mais além, com a incompetência do agente.

Em outra oportunidade, Bandeira de Mello sustenta que “[...] em *todo e qualquer caso*, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado.”<sup>542</sup> (grifo nosso).

Com efeito, a *regra* deve ser exatamente a apontada por esses administrativistas. Não é possível ignorar a importância do motivo como elemento que impulsiona a ocorrência do ato e que, por essa razão, justifica-o. A *precedência* da ocorrência do fato e sua consequente qualificação jurídica como “fato jurídico”, apta a ensejar os efeitos próprios do

<sup>537</sup> ZANCANER, 1993, p. 73.

<sup>538</sup> ZANCANER, 1993, p. 74.

<sup>539</sup> SILVA, 2001, p. 126-128.

<sup>540</sup> ARAÚJO, E., 1999, p. 88.

<sup>541</sup> Nas palavras do autor: “[...] Se inexistir o motivo, se não for apurada sua ocorrência ou se houver desajuste entre o ocorrido e o apurado com aquilo que fora previsto na lei como motivo prestante para o ato, este não poderá ser praticado; se o for, será inválido”. Ainda, destaca o jurista: “[...] ter-se-á configurado, em *ultima ratio*, incompetência material do agente, pois haverá agido fora do âmbito de poderes que *in concreto* lhe assistiam”. (MELLO, C., 2013, p. 61).

<sup>542</sup> MELLO, C., 2013, p. 401. Destacamos, ainda, que essa assertiva relaciona, ao mesmo tempo, motivo e motivação (motivo enunciado), em referência à teoria dos motivos determinantes, o que restou explicitado na obra citada. Assim, será considerada também no tópico seguinte, quando formos tratar de motivação e convalidação.



ato administrativo, e sua direta correlação com o seu aspecto teleológico, reforçam que, para a validade do ato administrativo é necessário, por razões lógicas, que o motivo seja válido. A decorrência razoável é a de que a “queda do motivo” ocasione a “queda” do próprio ato.<sup>543</sup>

No entanto, o posicionamento doutrinário exposto não pode ser feito em termos absolutos, considerando a ilegalidade de motivo apenas abstratamente. Isso porque a infringência legal, sem a consideração do caso concreto, aparecerá sempre como ofensiva ao interesse público. No entanto, “[...] em face de razões concretamente consideradas [...]”, “[...] pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.”<sup>544</sup> É o critério de M. Seabra Fagundes flexibilizando a objetividade com que o tema é tratado por Weida Zancaner.<sup>545</sup>

Por essa razão, termos como “jamais” e “nunca” e expressões como “em todo e qualquer caso”, utilizados nas citações doutrinárias expostas, com o intuito de frisar a impossibilidade da sanatória em ato administrativo com vício de motivo, sugerem desconsideração quanto às circunstâncias concretas quando da avaliação do melhor meio de restaurar a legalidade. Como frisado, é imprescindível que o administrador sopesse princípios e avalie todas as circunstâncias fáticas,<sup>546</sup> bem como as consequências do desfazimento e da manutenção do ato, para só então verificar se é possível ou não convalidar certo ato viciado.

Sendo assim, considerando o posicionamento exposto como regra, é possível extrair a seguinte exceção, a depender do caso concreto: convalidação de ato viciado no motivo em que, à época de sua edição, tenha havido motivo real hábil a ensejar o mesmo resultado, sendo preservada a finalidade legal e, por conseguinte, o melhor atendimento ao interesse público.

É possível vislumbrar a exceção exposta considerando: a) que o motivo fático preexistiu à ocorrência do ato; b) que se trata de um motivo legal vinculado, já que, havendo discricionariedade, não há certeza de qual tenha sido efetivamente a escolha adotada pelo administrador; c) que a competência e a finalidade legal tenham sido resguardadas.

Ainda, é válido ressaltar que a concepção de motivo aqui adotada, e que viabiliza a exceção proposta, é aquela traçada pela corrente objetivista (que rejeita a concepção

---

<sup>543</sup> CAMPOS, 1958, p. 308-309.

<sup>544</sup> FAGUNDES, 1984, p. 39-40 e p. 47.

<sup>545</sup> Esse assunto foi enfrentado no subitem deste capítulo que trata da convalidação.

<sup>546</sup> A importância das circunstâncias fáticas foi salientada por Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 217): “elas são importantes não apenas para a identificação da regra abstrata. É o exame do caso concreto que indicará, segundo o Direito, qual princípio deve ser concretizado pela Administração, qual o meio dessa concretização; se deve ser aplicada ou afastada determinada regra abstrata. As circunstâncias fáticas, portanto, são o ponto de partida da *ponderação*: a decisão administrativa não pode ser tomada sem considerar o caso concreto”.

privatística), mas compreendida com certos temperamentos, uma vez que considerada a importância do intérprete da norma na correlação necessária entre fato e Direito.

Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que “[...] os atos viciados quanto aos pressupostos de fato podem ser convalidados por um fato, mas não por um ato do órgão estatal.”<sup>547</sup> Weida Zancaner,<sup>548</sup> embora arrole o motivo como ato inconvalidável, ao citar esse posicionamento de Amaral, sem qualquer crítica, parece com ele também concordar.

Marçal Justen Filho afirma que “não há impedimento que a Administração evidencie, posteriormente, que o ato se fundou em outros motivos, que justificavam adequadamente a decisão adotada”.<sup>549</sup> Ou seja, o que não pode haver é “falta de motivo”, já que a Administração não pode atuar sem razões aptas a justificar suas decisões administrativas.

Todavia, pode ser que ocorra o chamado “erro de fato” por parte do administrador, que, frisa-se, não está isento disso. Nesse caso, tratando-se de motivo vinculado e sendo possível a constatação de motivos reais, possível será a convalidação. Justen Filho ainda afirma: “[...] Comprovada a invalidade dos motivos determinantes reais, o ato deverá ser invalidado. Porém, é perfeitamente possível que os motivos determinantes reais sejam válidos. Isso conduzirá à subsistência do ato administrativo.”<sup>550</sup> A “subsistência do ato” nada mais é do que qualificá-lo como anulável e, portanto, passível de ser convalidado.

Ainda, insta frisar que reconhecer a possibilidade de convalidação do ato inquinado de vício de motivo, em certas circunstâncias, é, sob o enfoque do erro (vício na manifestação da vontade), afirmar que a permanência do ato será possível tão somente quando não se tratar de erro substancial. A existência de erro, sem que disso decorra alteração no conteúdo do ato, é a situação propícia para configurar a exceção à regra segundo a qual ato com vício de motivo é nulo e não anulável. Nesse sentido: “[...] não se tem viciada a vontade por erro, se, apesar de declarada em equívoco ou ignorância, tal circunstância não alteraria a sua manifestação.”<sup>551</sup>

Portanto, a possibilidade de convalidação do ato viciado em seu motivo é restrita, decorre de erro accidental, desde que existente outra circunstância fática, adequada ao motivo legal, e suficiente a gerar o mesmo resultado do ato administrativo inicialmente editado.

---

<sup>547</sup> AMARAL, 1978, p. 73.

<sup>548</sup> ZANCANER, 1993, p. 82.

<sup>549</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

<sup>550</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

<sup>551</sup> Como exemplo, o autor destaca: “Assim, Fulano é promovido por merecimento, para determinado cargo. Acontece, a vaga era de provimento por antiguidade. O erro, todavia, não invalida o ato, se era o mais antigo na classe para efeito dessa promoção. Então, pouco importa o fundamento por que ela se fez. O erro fora accidental”. (MELLO, O., 1979, p. 590).

### 6.3 Convalidação e motivação

Da existência de vício de motivo é bem provável que haja vício de motivação. Isso porque é na exposição da justificativa tomada para a edição do ato administrativo que se encontram mencionados os fundamentos fáticos e de direito, que representam o motivo. Como já salientado, a motivação não se restringe à menção dos motivos, mas, necessariamente, contempla-os. Assim, havendo má apreciação dos motivos, por parte do administrador, possivelmente essa errônea interpretação restará evidenciada na motivação.

Por outro lado, é provável também que o agente público tenha considerado os motivos reais de modo límpido, mas que, ao motivá-los, tenha os mencionado de forma equivocada, de modo dúbio ou insuficiente, por exemplo.

Dessa forma, em *ultima ratio*, restará configurado vício na motivação do ato administrativo, quer seja como decorrência do vício de motivo, quer seja pela tão só enunciação deficitária dos motivos. Diante desse cenário, sendo inequívoca a existência de motivo real prévio e hábil a ensejar o mesmo conteúdo do ato viciado, a questão que se suscita é a seguinte: é possível convalidar vício existente na motivação do ato administrativo?

Pelo que foi tratado neste trabalho, o vício de motivação, que é vício de formalização ou formalidade,<sup>552</sup> pode se revelar em razão de sua ausência ou insuficiência. Essa ocorrência tem estrita relação com a teoria dos motivos determinantes, já que esta apregoa a vinculação do administrador aos motivos *indicados* no fundamento do ato administrativo. Sobre isso, bem destaca Ricardo Marcondes Martins:

Por força da *teoria dos motivos determinantes*, a doutrina afirma que a inexistência dos fatos alegados pela Administração exige a invalidação do ato. Há que se distinguir. Suponha-se que, diante das circunstâncias reais, a ordem jurídica exigia a prolação de determinado ato administrativo, e este foi editado, mas ao motivar o ato, a Administração reportou-se a circunstâncias fáticas que inexistiram. Nesse caso, o vício de motivação, *como regra geral*, não gera *invalidação*. Dessarte, no caso de vinculação, se o ato exigido pelas circunstâncias fáticas foi editado, eventual vício de motivo – erro na apreciação das circunstâncias pela Administração – ou de motivação – se enunciado o erro – em, princípio, não causam a invalidação do ato.<sup>553</sup>

Com efeito, a possibilidade de exceção à teoria dos motivos determinantes pode se relacionar com o motivo, mas necessariamente tangenciará a motivação. Isso porque, pela teoria em apreço, o administrador encontra-se vinculado aos motivos *indicados* no ato. Isso significa afirmar que não é possível apreciar os efeitos da teoria sem a análise da motivação.

<sup>552</sup> MELLO, C., 2013, p. 404 e 415-416.

<sup>553</sup> MARTINS, 2008, p. 227.

Sobre isso, Celso Antônio Bandeira de Mello, a despeito de sustentar que “em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado”,<sup>554</sup> afirma o seguinte:

Sem embargo – e nisto acompanhamos uma vez mais, como é habitual, as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello –, em se tratando de atos *vinculados* (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é *haver ocorrido o motivo* perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar *sanado o vício do ato*.<sup>555</sup>

É exatamente com base nesse raciocínio que é possível contrapor a assertiva, do mesmo autor, de que *em todo e qualquer caso* o agente vincula-se aos motivos indicados na motivação do ato administrativo. Ora, se é possível sanar o vício do ato, em hipótese na qual não tenha havido motivação, de igual modo é possível o saneamento quando se tratar de motivação insuficiente, dúbia ou equivocada. É o mesmo fundamento que dá suporte a todas essas ocorrências: tratar-se de ato vinculado, em que haja hipótese previamente definida na lei e cujo motivo legal tenha ocorrido faticamente, para além de qualquer dúvida ou entre dúvida.

Relevante salientar que, para o mesmo autor, a demonstração serôdia da preexistência dos motivos legais e do acerto do conteúdo do ato vinculado, então editado, é, até mesmo, razão hábil a excepcionar a regra segundo a qual não é possível a convalidação diante de impugnação do interessado, seja administrativa ou judicial.<sup>556</sup>

Aliás, a forma de convalidação do vício existente na motivação se dá por meio da motivação *aliunde* ou *per relationem*, oportunamente já tratadas neste trabalho. Excepcionalmente, é possível que a motivação ulterior seja utilizada como mecanismo de saneamento do vício existente na motivação de ato administrativo vinculado, em que a ocorrência prévia do motivo, diante da existência do motivo legal, seja facilmente constatável.

<sup>554</sup> MELLO, C., 2013, p. 401.

<sup>555</sup> MELLO, C., 2013, p. 406.

<sup>556</sup> “A Administração não pode convalidar um ato viciado *se este já foi impugnado*, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há, entretanto, uma exceção. É o caso da “motivação” de ato vinculado expedida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação”. MELLO, C., 2013, p. 482.

Essa argumentação, de forma alguma, enfraquece a obrigatoriedade de motivação, prévia ou concomitante à edição de atos administrativos, tampouco legitima a “fabricação” de motivos pelo administrador. Quer-se aqui, tão somente, frisar que, a depender das circunstâncias do caso concreto, não é possível afirmar que o vício na motivação venha determinar a automática e infalível invalidação. Sustenta-se a possibilidade de convalidação, por meio da motivação ulterior, como forma de restaurar a legalidade do ato editado, em específicas circunstâncias, em que inexistem dúvidas sobre a ocorrência de motivos reais.<sup>557</sup>

Em outros termos, considerando a motivação como uma das formalidades do ato administrativo e tomando-se como parâmetro o rol objetivo traçado por Weida Zancaner<sup>558</sup> no estudo da convalidação, é fácil verificar o seu enquadramento entre os atos convalidáveis. Com efeito, adota-se o entendimento, no presente trabalho, de que o vício na motivação é relativo, de modo que se trata de ato anulável, e não nulo, o que possibilita a convalidação.<sup>559</sup>

#### **6.4 Convalidação como limite à teoria dos motivos determinantes**

Seja em razão de vício na motivação ou de vício no motivo do ato administrativo, percebido a partir da própria motivação do ato editado, a conclusão é que tal ilegalidade não determinará a sua automática invalidação. Isso significa afirmar que, nem sempre, será possível a aplicação da teoria dos motivos determinantes, que, vale frisar, diz respeito tanto ao motivo como, também, à motivação. Ao determinar a vinculação do administrador aos motivos indicados no fundamento do ato administrativo, a teoria tende a trabalhar não apenas com a ideia de motivo, mas também de motivação. Ocorre que, levando-se em conta que há situações regradas nas quais, facilmente e indubitavelmente, são identificáveis os motivos legais, é possível que a teoria seja afastada, caso constatado que o conteúdo do ato administrativo era o mais acertado, ou seja, o que atendia aos ditames legais.

O modo de restauração do princípio da legalidade (juridicidade), nesses termos, como foi visto, será mediante a convalidação do motivo – quando houver erro na apreciação do agente público quanto às circunstâncias fáticas e de direito – e/ou de motivação – quando o equívoco for de enunciação. A possibilidade de convalidação em ambos os aspectos do ato

---

<sup>557</sup> MELLO, C., (2013, p. 406-407), MARTINS (2008, p.248-249) e DROMI (1985, p.69) admitem a motivação ulterior como forma de saneamento de eventual vício existente na motivação do ato administrativo.

<sup>558</sup> ZANCANER, 1993, p. 68.

<sup>559</sup> No que diz respeito à análise da invalidade e motivação, oportuna é a colocação de Araújo (2005, p. 129), feitas nos seguintes termos: “[...] O problema deve ser analisado, contudo, caso por caso, pois o preenchimento ou não dos requisitos da motivação não é mensurável genérica e aprioristicamente”.

administrativo evidencia a necessidade de reformulação da doutrina tradicional, sobretudo, no que tange à assertiva de que vício no motivo *nunca* é possível ser convalidado.

Por conseguinte, isso significa afirmar que não será em todo e em qualquer caso que o administrador se encontrará vinculado às razões então expostas como justificativas para a emissão do ato administrativo. Evidente que essa será a regra. No entanto, em razão do princípio da juridicidade, do sopesamento das circunstâncias fáticas, pode ser que, face aos motivos determinantes reais, já previamente existentes ao tempo da edição do ato administrativo, seja justificada a decisão administrativa adotada. Tudo isso, considerando a existência de motivo legal vinculado, diante do qual não há margem de discricionariedade perante a lei.

Como oportunamente enfrentado, o princípio da legalidade não se restringe à observância literal dos ditames legais, sendo isto o que deve embasar os limites à aplicação da teoria em apreço. A base principialista da concepção atual da legalidade, capaz de assegurar uma atuação eficiente por parte do Poder Público, é que ampara a releitura que ora se faz da teoria dos motivos determinantes. Com efeito, a decisão do administrador quanto à manutenção do ato administrativo – portanto, de não invalidação do ato – deve considerar o princípio constitucional da eficiência, sobretudo da economia e celeridade da atividade administrativa. Em outros termos, sendo constatado que o motivo real subsistia e era suficiente à prolação do ato administrativo, ainda que o motivo constante na motivação fosse inapropriado, possível afirmar que a queda do motivo não ensejará a do ato administrativo.<sup>560</sup>

Assim, exemplo como o exposto por Martins<sup>561</sup>, em que o servidor tenha sido demitido em razão da existência de motivo real (subtração de vultosa quantia dos cofres públicos), não poderá ser objeto de invalidação caso o motivo mencionado no ato, pelo seu superior hierárquico, tenha sido qualquer outro, faticamente inexistente ou inapropriado. No mesmo sentido, a releitura da teoria então proposta permite que o ato administrativo de indeferimento de progressão na carreira, requerida por servidor público, seja mantido diante da constatação de motivo real apto a ensejar tal negativa, ainda que conste na motivação certo motivo equivocado.<sup>562</sup> Do mesmo modo, a convalidação como limite à teoria dos motivos determinantes possibilita outro desfecho, por exemplo, ao caso relatado no acórdão do TJMG:

---

<sup>560</sup> CAMPOS (1958, p. 308-309) afirma que a consequência lógica e razoável é que, com a queda do motivo, seja invalidado o ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente. A releitura da teoria dos motivos determinantes propõe uma revisão dessa afirmação, em certos termos. Ou seja, em algumas situações, pode ser que a consequência mais eficiente e razoável seja a manutenção do ato fundado em motivo inapropriado, desde que existente motivo real suficiente a justificar o mesmo conteúdo do ato então editado.

<sup>561</sup> MARTINS, 2008, p. 244-245. Para melhor conferência do exemplo citado, vide item 4.5 deste trabalho.

<sup>562</sup> O exemplo aqui mencionado foi descrito no item 4.5 deste trabalho.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - EXCLUSÃO DE CANDIDATA DO CERTAME POR PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL - AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

- A administração pública fica vinculada aos motivos por ela declinados, sob pena de nulidade do ato, de acordo com a teoria dos motivos determinantes.

- Ante a inexistência do motivo declinado pela administração para desclassificar candidata do certame, uma vez que comprovada a ausência de antecedentes criminais desta, a concessão da ordem, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de excluí-la do concurso público, é medida que se impõe.<sup>563</sup>

Pelo teor do acórdão, a situação relatada é a de que a impetrante foi desclassificada do certame SRHU/SED nº 008/2012, para preenchimento de vagas e quadro de reserva do Centro Socioeducativo de Adolescente de Pirapora, na etapa de investigação social, sob o fundamento de incidência do item 12.2, alínea ‘b’, do instrumento convocatório, referente à ocorrência do seguinte fator de contraindicação: prática de ato tipificado como ilícito penal. Ocorre que restou constatado que o motivo indicado no ato de exclusão do processo seletivo é inexistente, diante da ausência de antecedente criminal, razão pela qual foi concedida a segurança pleiteada para determinar a nulidade do ato administrativo, nos termos da teoria dos motivos determinantes, conforme se verifica na ementa acima citada.

Entretanto, pela análise minuciosa do edital, verifica-se que, não em razão do item 12.2, alínea ‘b’, mas em virtude da alínea ‘f’ (prática de ato que possa importar em repercussão social de caráter negativo ou comprometer a função de segurança dos sistemas prisional e socioeducativo), os efeitos do ato de desclassificação no certame deveriam ter sido mantidos, uma vez que existiam dois Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCO) em desfavor da impetrante, considerando as informações extraídas do acórdão em apreço.<sup>564</sup>

Logo, não pelo motivo indicado na alínea ‘b’, do item 12.2, mas por causa da alínea ‘f’, o ato administrativo deveria ter sido preservado, porquanto adequado seu conteúdo: exclusão de candidata do certame diante da ausência de comprovação de idoneidade e conduta ilibada. No entanto, a aplicação “ilimitada” da teoria dos motivos determinantes, tal como apreçada pela doutrina pátria, enseja consequência outra, qual seja, a invalidação do ato.

<sup>563</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *Processo* nº 1.0000.12.094037-4/000. Relator: Desembargador Versiani Penna: 7 abr. 2014.

<sup>564</sup> Essa conclusão, insta frisar, respalda-se no seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. Entende a jurisprudência desta Corte que a *investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado*. Deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem a retidão, lisura e probidade do agente público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 24287*, 6ª Turma, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira: 25 jan. 2013).

Perceba que as situações exemplificadas como aptas a limitar a teoria dos motivos determinantes são ocorrências em que o motivo do ato administrativo é vinculado, de fácil constatação, diante da previsão legal a seu respeito. A aferição adequada acerca da ocorrência dos motivos reais se dá exatamente tomando por embasamento os motivos legais. E é disso que se pode extrair a segurança jurídica e a lealdade na atividade administrativa. A expectativa por parte dos administrados encontra-se assegurada pela existência dos motivos legais e a convicção de que o interesse público é que deve prevalecer quando do sopesamento das circunstâncias do caso concreto. Com efeito, a partir dos exemplos mencionados, verifica-se que é mais consentâneo ao interesse público a manutenção do ato administrativo que sua invalidação, a partir da qual poderiam advir prejuízos ao princípio da eficiência, economicidade e juridicidade, já que dela decorreriam: a reintegração do servidor que lesou o erário; o pagamento retroativo de valor referente à progressão de que o servidor não faz jus; a aprovação em certame público de pessoa inapta segundo as regras do edital do concurso.

Ainda, importante frisar que a convalidação como limite à teoria dos motivos determinantes não isenta o administrador que motivou de forma errônea a ser responsabilizado caso tenha agido de má-fé<sup>565</sup>, tampouco pode ser suscitada como pretexto para afastar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais devem evidentemente ser assegurados, ainda que, eventualmente, diferidos no tempo.

Sendo assim, a reformulação teórica que deve ser realizada quando da menção à teoria dos motivos determinantes é a seguinte: o administrador público vincula-se aos motivos indicados na motivação, de modo que, se forem falsos ou inadequados, determinarão a invalidação do ato administrativo. Tratando-se de exercício do poder vinculado, é possível que, excepcionalmente, os efeitos da teoria sejam afastados, mediante o instituto da convalidação, condicionados à existência prévia de motivos determinantes reais, facilmente identificáveis perante os motivos legais, aptos a ensejar o mesmo conteúdo do ato viciado.

---

<sup>565</sup> Tal como no exemplo citado por Martins (2008, p. 244-245), em que a motivação foi errônea intencionalmente, em que o superior hierárquico propositadamente, em razão de um ato de corrupção, menciona motivo inexistente ao editar o ato de demissão do servidor que subtraiu quantia dos cofres públicos. Conforme afirmado por Martins, o equívoco, embora irrelevante para efeito de manutenção do ato, poderá justificar a punição do superior hierárquico, mas não a reintegração do corrupto.



## 7 CONCLUSÃO

A análise do tema-problema demandou o enfrentamento de várias questões relacionadas à matéria do ato administrativo, sobretudo, o estudo do motivo, da motivação, e da teoria das invalidades. Isso porque, evidentemente, discorrer sobre a teoria dos motivos determinantes implica compreender os motivos, sua exposição (motivação) e os efeitos de sua aplicação, estritamente relacionados à invalidação do ato. Em síntese conclusiva deste trabalho, podem ser feitas as seguintes afirmações:

1. O ato administrativo é editado no exercício da função administrativa e está sujeito ao regime jurídico-administrativo. Diante da falta de univocidade conceitual, certamente em decorrência da omissão legislativa, o presente trabalho optou por adotar a concepção restrita de ato administrativo, a partir do qual são prescritas situações jurídicas individuais, de efeitos concretos e imediatos. Em razão dessa escolha metodológica, restaram excluídos dessa categorização os atos de direito privado, os atos políticos, materiais, bilaterais, opinativos, normativos e declaratórios.

2. Compreende-se o ato administrativo como espécie de ato jurídico, por meio do qual normas jurídicas administrativas concretas são editadas, o que ressalta o entendimento do ato como processo decisório (veículo introdutor da norma jurídica administrativa) e, também, como o seu próprio resultado (enunciados prescritivos). O ato administrativo está sujeito a controle de legalidade e origina-se da declaração de vontade estatal.

3. Considerando a ausência de consenso quanto à decomposição do ato administrativo, tomando por parâmetro a Lei de ação popular e os diversos posicionamentos doutrinários, cinco aspectos destacam-se: sujeito, conteúdo, forma, motivo e finalidade, tendo sido firmado o entendimento de que apenas o conteúdo e a forma podem ser qualificados como “elementos” (partes componentes de um todo) do ato administrativo. Os demais aspectos qualificam-se como seus pressupostos, de existência ou validade.

4. Entre os pressupostos de validade do ato administrativo, importante destacar também os requisitos procedimentais e os pressupostos formalísticos (formalização ou formalidades). Os primeiros são atos jurídicos praticados pela Administração e que antecedem a prática do ato administrativo. Os requisitos procedimentais foram abordados neste trabalho como contraponto ao motivo, que, ao contrário, é fato jurídico. Ambos, no entanto, são condições para a prática do ato administrativo. Os requisitos formalísticos, por sua vez, nos quais se enquadra a motivação, são compreendidos como as exigências legais específicas relacionadas à exteriorização, ou forma, do ato administrativo.

5. Quanto à discricionariedade e vinculação, restou evidenciado o acolhimento do posicionamento mais moderno de discricionariedade, cujo entendimento restringe-se aos indiferentes jurídicos, que são opções igualmente válidas perante o Direito. Nesse sentido, conceitos técnicos ou indeterminados ensejam apreciação vinculada por parte do administrador, ao contrário do que tem entendido a doutrina tradicional. A razão disso não se encontra no argumento de univocidade do resultado interpretativo da norma jurídica, mas decorre da aplicação do princípio da boa administração, a partir do qual deve ser adotada a melhor interpretação, através de um trabalho cognoscitivo, volitivo e criativo do agente, que é o intérprete da norma jurídica.

6. O motivo é um dos aspectos do ato administrativo que podem ser vinculados ou discricionários. Jamais haverá ato totalmente discricionário, porquanto existentes aspectos que são necessariamente vinculados: sujeito, finalidade e, como regra, a forma. Restou demonstrado, ainda, que o aspecto volitivo, de cunho normativo ou funcional, encontra-se presente tanto em atos vinculados como discricionários.

7. Considerando a influência civilista na formulação de conceitos próprios da teoria geral do direito, procedeu-se à análise da problemática da causa/motivo no Direito Civil. Percebeu-se que há tratamento distinto da causa/motivo no Código Civil francês e alemão, tendo sido este o que evidentemente influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, tanto avaliando o CC/16 como o CC/02. Isso porque a causa/motivo não foi arrolada entre os requisitos de validade do negócio jurídico, que se restringiram a agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável; forma prescrita ou não defesa em lei. A exceção prevista legalmente, em que o motivo será causa de invalidação do negócio jurídico, é quando o falso motivo determinante estiver expresso na declaração de vontade ou quando, sendo comum a ambas as partes, for ilícito.

8. Em comparação com o art. 2º da Lei de ação popular, pode-se concluir que o legislador pátrio conferiu maior importância ao motivo do ato administrativo do que ao ato jurídico de direito privado, tendo o mesmo ocorrido em relação à finalidade.

9. Especificamente quanto ao motivo do ato administrativo, foram trazidas as polêmicas em torno de seu enquadramento jurídico, restando fixadas as seguintes conclusões: trata-se de fundamento que impulsiona a ocorrência do ato administrativo; sua natureza jurídica é a de pressuposto de validade do ato administrativo, qualificado como fato jurídico, que é a ocorrência fática a partir da qual o direito imputa efeitos jurídicos. Enfrentando as duas correntes a seu respeito – concepção objetiva e subjetiva, posicionou-se pela adoção do posicionamento majoritário, que rejeita a orientação subjetiva de motivo, sob pena de

confundi-lo com os conceitos de móvel e finalidade do ato administrativo. No entanto, viu-se que a corrente objetivista deve ser acolhida com os temperamentos necessários. Isso porque a atuação hermenêutica do administrador não pode ser desconsiderada, sendo imprescindível sua participação na conjugação entre fato e direito, sobretudo ao alocar o fato jurídico como pressuposto de edição do ato.

10. O motivo do ato administrativo foi relacionado ao móvel, à causa, à competência, à finalidade e à motivação. A título de conclusão, tais termos são inconfundíveis entre si, sobretudo em razão do não acolhimento da orientação subjetivista de motivo. Nesses termos, o móvel, que é a intenção pessoal do agente, contrapõe-se ao motivo em razão de sua subjetividade. Por sua vez, a competência não irromperá caso não haja motivos aptos a fundamentar a edição do ato administrativo. No que diz respeito ao aspecto teleológico do ato, este é o resultado prático, de interesse público, que deve nortear o ato administrativo, justificado em razão de certo motivo.

11. O enfoque quanto à causa (relação de causalidade) considerou como parâmetro a doutrina de André Gonçalves Pereira, e a conclusão foi no sentido de que o termo apresenta uma inovação inadequada, pois pode trazer confusão conceitual entre a relação de causalidade (caráter dinâmico) e aquilo que é objeto da relação (pressuposto). A relação de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato encontra-se prevista em alguns diplomas legislativos, a exemplo do art. 8º, parágrafo único, da Lei Paulista nº 10.177/98 e do art. 2º, “d”, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/65. Sua ideia central relaciona-se à noção de adequação, uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Verificou-se, ainda, que a causa (relação de causalidade) não é a única explicação para a invalidação do ato administrativo, por erro de fato, ao contrário do afirmado por Pereira.

12. A motivação foi enquadrada entre os pressupostos formalísticos do ato administrativo, pois se trata de exigência específica que deve ser observada quando de sua exteriorização (forma). Apresenta-se como pressuposto de validade do ato administrativo, sendo compreendida como a indicação expressa não apenas dos motivos, mas também de sua correlação lógica com o conteúdo, da finalidade a ser alcançada e de outros aspectos jurídicos que reforçam a edição do ato motivado. A motivação deve ser clara, explícita e congruente.

13. O fundamento da motivação decorre da adoção do regime jurídico-administrativo a que se submetem os atos administrativos e tem como fim, entre outros, resguardar o controle sobre sua legitimidade e veracidade. A tendência entre os administrativistas, desde a CF/88, é de entender a motivação como requisito obrigatório.

14. Motivo legal e motivo de fato são expressões reiteradamente utilizadas pela doutrina. O primeiro é o motivo previsto na norma e o último o do caso concreto. Foi afirmado o desacerto da assertiva de que o motivo legal enseja vinculação e do motivo fático decorre a discricionariedade. Como visto, a apreciação discricionária decorre da possibilidade de escolha pelo administrador entre indiferentes jurídicos, não sendo cabível correlacioná-la com a existência ou não de motivo descrito na norma.

15. A ideia central da teoria dos motivos determinantes não apresenta dissenso: os motivos indicados na fundamentação do ato administrativo vinculam o administrador, de modo que, se forem falsos ou inadequados, ensejam sua invalidação. A sistematização teórica origina-se do Conselho de Estado francês e, doutrinariamente, é atribuída ao jurista francês Gaston Jèze. Inicialmente, o autor estabeleceu conceitos básicos decorrentes da aplicação da teoria, para os ramos do direito público e privado.

16. Como premissa utilizada por Gaston Jèze para a formulação da teoria, verifica-se a adoção da orientação subjetivista de motivo, que nitidamente confunde o conceito de motivo com o de móvel e, também, com o fim do ato administrativo.

17. Verificou-se que a doutrina pátria majoritária, em síntese: a) atrela à validade do ato a existência material e jurídica do motivo exposto na motivação, independentemente de se tratarem de atos vinculados ou discricionários; b) prevê que os efeitos da teoria em apreço ocorrem ainda que a motivação não tenha sido obrigatória; c) não cogita de qualquer exceção à aplicação da teoria; d) não vislumbra o contexto e as premissas adotadas quando da formulação teórica feita por Gaston Jèze.

18. A teoria dos motivos determinantes relaciona-se à teoria do desvio de finalidade e do excesso de poder, em intensidade ainda maior se considerada a concepção subjetivista de motivo, acolhida então pelo pai da teoria, Gaston Jèze. Restou concluído, ainda, que a teoria dos motivos determinantes pode ser aplicada não apenas como meio de prova da teoria do desvio de finalidade, mas também como instrumento autônomo de invalidação do ato administrativo.

19. Dos estudos, extraiu-se a conclusão de que a ideia central da teoria é a nítida relação causal entre o motivo determinante incompatível com a realidade e a respectiva invalidação do ato administrativo. No entanto, verificou-se também que a aplicação da teoria merece ser ponderada.

20. Em um primeiro aspecto, é preciso assegurar a aplicação correta da teoria dos motivos determinante, quando de sua utilização pelo Poder Judiciário, tratando-se de atos administrativos de apreciação discricionária. Utilizando o próprio pai da teoria como marco

teórico, não é possível admitir a extrapolação dos efeitos próprios da teoria, que se cingem à invalidação do ato administrativo em decorrência da avaliação jurídica e material do motivo. Em outros termos, em observância ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CF/88), o Poder Judiciário, ao aplicar a teoria dos motivos determinantes, deve ter cautela para não substituir-se ao administrador. Não cabe ao Poder Judiciário definir qual medida será adotada no lugar da que então fora invalidada, em caso de análise de caráter meritório. Diferentemente, em situações estritamente regradadas, cuja medida a ser tomada já foi previamente determinada pelo legislador, é possível que o Poder Judiciário determine novo conteúdo, sem que disso decorra violação legal. Alternativa para dar efetividade à aplicação da teoria em casos de invalidação de ato administrativo discricionário, de conteúdo negativo, é, após a invalidação, determinar a imediata apreciação e nova edição de ato administrativo, com respaldo em motivo verídico e adequado, por parte da Administração Pública.

21. Em um segundo aspecto, foi proposto um limite à aplicação da teoria dos motivos determinantes, de modo a afastar, em certos casos, a automática relação entre o vício existente no motivo do ato administrativo e sua respectiva invalidação. Esse afastamento da teoria dos motivos determinantes, desde que resguarde em maior medida o interesse público, se dá em casos de atos administrativos de apreciação vinculada, em que seja de fácil constatação o motivo legal e o motivo determinante real.

22. Para tanto, foi necessário avaliar a teoria das invalidades, com o propósito de investigar a possibilidade de saneamento de vício no motivo ou na motivação, como forma de restauração da legalidade em caso de inaplicabilidade da teoria dos motivos determinantes, nos casos em que os motivos reais (e não os motivados) fossem hábeis a determinar o mesmo conteúdo do ato inicialmente editado.

23. Considerando a influência da teoria das nulidades do Direito Civil nos demais ramos jurídicos, foi visto, a partir do Enunciado 537, da VI Jornada de Direito Civil, que a ineficácia absoluta dos negócios jurídicos tem sido interpretada à luz do caso concreto, sendo possível a preservação do negócio nulo e anulável, em certos casos, em proteção à função social do contrato. Considerando a mesma influência do direito privado, procedeu-se à análise do erro, vício que contamina a vontade do declarante, podendo ser acidental ou substancial. A primeira espécie, que interessa ao presente trabalho, é aquele que não modifica a vontade que então fora externada, o resultado prático do ato jurídico. A regra é a de que o erro sobre os motivos seja considerado pelos civilistas como erro acidental. A exceção é quando o motivo estiver expresso como razão determinante, o que viciará a declaração – art. 140, do CC/02.

24. Sobretudo em razão da adoção, por certos administrativistas, da posição dicotômica da teoria das invalidades do direito privado, o erro foi avaliado sob a perspectiva do ato administrativo. A conclusão é de igual modo: o erro do agente público será irrelevante caso o ato administrativo tenha sido editado em conformidade com o Direito. E isso é possível tão somente em se tratando de atos vinculados. Logo, verificou-se que a análise dos motivos determinantes, sob a perspectiva do erro, é relevante apenas nos atos administrativos que exigem apreciação meritória pelo agente.

25. Especificamente quanto às invalidades no Direito Administrativo, verificou-se a dissonância doutrinária e a existência de três correntes centrais, a partir das quais outras têm sido formuladas. Acolheu-se nos presentes estudos a convalidação como critério diferenciador das invalidades dos atos administrativos, devendo ser agregado a estes os critérios do interesse público, destacado por Seabra Fagundes, e os critérios da segurança jurídica e boa-fé, salientados por Weida Zancaner.

26. O enfoque do estudo dos vícios foi sob a perspectiva do motivo e da motivação. Quanto ao motivo, o vício pode manifestar-se tanto na ocorrência fática como na jurídica, sendo certo que essa avaliação deve considerar, entre outros, a relação de adequação entre o motivo e o conteúdo, bem como a sua materialidade, ou seja, existência. O vício de motivação pode ocorrer diante de sua ausência ou insuficiência.

27. A convalidação somente é factível caso possível a reprodução válida do ato viciado, e será adotada sempre que for cabível. Ou seja, caberá a invalidação, caso não possível a convalidação. As balizas para sua aplicação levam em consideração o rol proposto por Weida Zancaner, conjugado, no entanto, com as necessidades do caso concreto e a avaliação das consequências do desfazimento e da manutenção do ato.

28. Confrontando a convalidação face ao motivo e à motivação do ato administrativo, observou-se a necessidade de reformulação da doutrina tradicional, uma vez que possível sanar o vício existente nesses aspectos do ato, caso este possa ser reproduzido validamente. Nesse sentido, pode-se concluir que a convalidação do ato viciado em seu motivo é restrita, decorre de erro acidental, e está condicionada à existência prévia de outra ocorrência fática, adequada ao motivo legal, e suficiente a gerar o mesmo resultado do ato administrativo inicialmente editado.

29. Observou-se, ainda, a possibilidade de motivação ulterior como forma, excepcional, de convalidação do ato editado com vício na motivação.

30. Enfim, todas as construções argumentativas até então possibilitaram confirma a hipótese deste trabalho, no sentido de que é possível vislumbrar o afastamento da teoria dos

motivos determinantes, tratando-se de ato vinculado, desde que previamente existentes os motivos legais, aptos a ensejar o mesmo conteúdo do ato administrativo viciado.

## REFERÊNCIAS

AUBY, J. M.; DRAGO, R. *Traité de contentieux administratif*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975 *apud* CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ALIBERT, Raphael. *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*. Paris: Payot, 1926 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Atos administrativos e recomposição da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997, p. 188.

\_\_\_\_\_. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.

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

\_\_\_\_\_. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de direito administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 110 e 112.

ARTUR, Émile. Séparation des pouvoirs ET séparation des fonctions. *Revue de Droit Public et de la Science Politique*. Paris, Librairie Maresque Ainé, 1900 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.



BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONNARD, R. *Précis de droit administratif, 1935 apud FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

BONNARD, R. Le détournement de pouvoir, *Revue du droit et de la science politique*, vol. 55, 1953, p. 138 apud ARAÚJO, Edmir Netto de. Atos administrativos e recomposição da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997, p. 188.

BORDA, Guillermo A. *Error de hecho y de derecho: su influencia en la anulación de los actos jurídicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1950.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em 16 fev. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 abr. 1991. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em 16 fev. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em 16 fev. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em 16 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. *Diário de Justiça*, Brasília, 3 jul. 1990. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base Sumulas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base%20Sumulas)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. Diário de Justiça. Brasília, 10 dez. 1969. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 572.189/MG. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 fev. 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2578763>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg em Recurso Extraordinário 640.466/SC. Relator: Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 out. 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2578763>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 19013/PR. 5ª Turma, Relatora: Laurita Vaz. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 03 nov. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200401368530&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso em Mandado de Segurança 32437/MG. 2ª Turma, Relator: Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 mar. 2011. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18495022/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-32437-mg-2010-0118191-3/inteiro-teor-18495023> >. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24287, 6ª Turma, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1200235&num\\_registro=200701229874&data=20121219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1200235&num_registro=200701229874&data=20121219&formato=PDF)>. Acesso em 14 jan. 2015.

CAETANO, Marcelo Caetano. *Tratado elementar de direito administrativo*, v. I, 1941 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 7ª ed. actual., rev. Coimbra: Almedina, 1965 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. I.

CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. Metáforas na teoria do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, *apud* LUZES, Cristiano Araújo. Estrutura, motivo e motivação do ato administrativo: aproximações lógico-sintáticas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n.176, out. 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

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

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaires de droit civil français*. II. conforme au programme de 2<sup>ème</sup> année Paris: Libr. Dalloz, 1920 *apud* JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. 3

CONSELHO da Justiça Federal. *Enunciados VI Jornada*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

CONSIDERAÇÃO. In: DICIONÁRIO Léxico. Disponível em: <[www.lexico.pt](http://www.lexico.pt)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

CONSIDERAÇÃO. In: DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Dos atos administrativos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*, Editorial Astrea, 1973, p. 197 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DROMI, José Roberto. *El acto administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madri: 1985.

DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. *Traite de droit administratif*. Paris: 1952 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DUGUIT, Léon. *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Paris: A. Fontemoing, 1903 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit constitutionnel*. 2<sup>o</sup> edition, tome I: La règle de droit. Le problème de l'Etat. Paris: E. de Boccard, 1921 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

EBREN, Henri. *Théorie du détournement de pouvoir, thèse de doctorat*, Droit, Lyon; Valence, Impr. de A. Ducros, 1901 *apud* TÁCITO, Caio. *A inexistência de motivos nos atos administrativos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, abr./jun. 1954.

EISENMANN, Charles. *Droit administratif approfondi: Les actes juridiques du droit administratif*. Paris: Cours de droit, 1958/59 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 58, nº 198, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496956>>. Acesso em: 14 jan.2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6<sup>a</sup> ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Louis. *Droit civil - l'acte juridique: les obligations*. 3e Ed. Paris: A. Colin, 1980 *apud* CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

FONSECA, Tito Prates da. A causa em direito administrativo. *Revista Direito*, v. 13, 1942, p. 45-69 *apud* MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FORTI, Ugo. *Lezioni di diritto amministrativo*. Parte Generale, Vol. II, IV edição. Nápolis, 1950 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. 5.ed. Madrid: 1958 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemand*, trad. Da 9ª ed. alemã, 1969, p. 327 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*, UTET, Torino, 1952, p. I da Introdução *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Thomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

GIANNINI, Massimo Severo. *Lezioni di diritto amministrativo*. Vol. I, Mião, 1950, p. 94-97 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

GOLDENBERG, Léo. *Le conseil d'État, juge du fait*. Étude sur l'administration des juges, thèse de doctorat. Droit. Paris: Dalloz, 1932 *apud*. VIDAL, Roger. *A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa*. In RDA, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 3. *El acto administrativo*, 2013. Disponível em: <[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)>. Acesso em 19 mar. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif*. 12e éd., Paris: Sirey, 1933 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

HORBACH, Carlos Batisde. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HUBER, Hans. *Niedergang des rechts und krise des rechtsstaate*, em Fetsgobe, Zurick. 1953 *apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. 3.

JUNGMANN, João. Funcionário público - demissão - apreciação pelo Poder Judiciário da legalidade e da causa do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 9, 1947, p. 171-183 *apud* TÁCITO, Caio. A inexistência de motivos nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, abr./jun. 1954.

JUSO, Raffaele. *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1963 *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 5ª ed., Lisboa, Armênio Amado, 1979, pp. 469-470 *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de direito administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 110 e 112.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KTISTAKI, Stavroula. *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.

LAFERRIÈRE, Louis-Edouard Julien. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Labège (FR); Berger-Levrault, 2.e éd., 1896 *apud* VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30,

1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

LEAL, Víctor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 1939 *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial*. In: Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. Direito Civil. I Congresso Nacional do COMPEDI/UFPB, 2014: Paraíba. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6bb604663d5d74f1>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LUZES, Cristiano Araújo. Estrutura, motivo e motivação do ato administrativo: aproximações lógico-sintáticas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n.176, out. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo: Forense, 1988.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 4a ed. Paris: Montchrestien, 1970, v. 1, t. I, p. 377 *apud* HORBACH, Carlos Batisde. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A Teoria da interpretação jurídica: um diálogo com Emilio Beti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, 2005. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/15>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 8, n. 3, mar. 1992.

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

MINAS GERAIS. Lei nº 869 de 05 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais. *Diário Oficial do Estado*, Belo Horizonte, 06 jul. 1952. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=869&comp=&ano=1952>>. Acesso em 18 fev. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.08.942099-6/001. Relator: Desembargador Alvim Soares. 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=9420996-8.2008.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0686.07.199907-8/001. Relator: Desembargador Alvim Soares. 16 jan. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0686.07.199907-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.13.320618-5/002. Relator: Desembargador Edilson Fernandes. 06 out. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.320618-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 1.0024.12.287877-0/001. Relator: Desembargador Wilson Benevides. 23 nov. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.287877-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *Processo* nº 1.0000.12.094037-4/000. Relator: Desembargador Versiani Penna. 7 abr. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do>>.



numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.12.094037-4%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 14 jan. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Castro. *Parecer em Revista de Direito Administrativo*, XLII/455 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2ª edição. Coimbra, 1948.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*, 7ª ed., Paris: Dalloz, 1975

ROLIN, Luiz Antônio. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 91 *apud* MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTA CATARINA. Lei nº 6.844 de 29 de julho de 1986. Dispõe sobre o estatuto do magistério público do Estado de Santa Catarina. *Diário Oficial do Estado*, Florianópolis, 31

jul. 1986. Disponível em: < [http://www.sea.sc.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=38&lang=>](http://www.sea.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=38&lang=>). Acesso em 17 fev. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário. *Processo* nº 2015.085195-3. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. 16 fev. 2016. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307134191/reexame-necessario-reex-20150851953-capital-2015085195-3>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 2012.078008-8. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. 17 jun. 2014. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25132360/apelacao-civel-ac-20120780088-sc-2012078008-8-acordao-tjsc>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *Processo* nº 2013.082198-5. Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba. 10 nov. 2015. Disponível em: < [http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/256444137/andamento-do-processo-n-2013082198-5-apelacao-civel-16-11-2015-do-tjsc?ref=topic\\_feed](http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/256444137/andamento-do-processo-n-2013082198-5-apelacao-civel-16-11-2015-do-tjsc?ref=topic_feed)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SÃO PAULO. Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 31 dez. 1998.

SIERRA, Raúl Bocanegra.. *Lecciones sobre el acto administrativo*. 4ª ed. Pamplona (ES): Civitas, 2012.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. *Atos administrativos inválidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STASSINOPOULUS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athens, 1954 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

TÁCITO, Caio. A inexistência de motivos nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, abr./jun. 1954.

VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 30, 1952, pp.35-65. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12521>>. Acesso em 06 fev. 2016.

VIEIRA NETTO, José Rodrigues. O problema da causa nas obrigações contratuais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 6, 1958. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/6634>>. Acesso em 16 jan. 2016.

WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9ª ed., Paris, 1963, Éditions Sirey *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 8ª ed. Milão, 1958 *apud* PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.