

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ATO
DISCRICIONÁRIO COMO GARANTIA À DEFESA DO CIDADÃO**

Tiago Nunes da Silva¹

Luiz Carlos Figueira de Melo²

Resumo: No Direito Administrativo, a motivação é necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, sendo nulo o ato administrativo imotivado. O princípio da motivação exige que a Administração Pública, indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Sua obrigatoriedade se justifica em qualquer ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. Insere-se no conceito do devido processo legal a motivação de toda decisão, seja esta administrativa ou judicial, pois só quando se conhece a motivação da decisão é que pode o acusado dela eventualmente recorrer. A motivação do ato administrativo é imprescindível, mas a sua importância assume maior relevo nos atos discricionários, com o escopo de evitar arbitrariedades e perseguições, geralmente afastadas do interesse público.

Palavras-chave: Ato Discricionário. Motivação. Garantia à Defesa

Abstract: In administrative law, the motivation is needed, either for acts linked to the discretionary acts, as is ensuring legality, being the administrative act null imotivado. The principle of motivation requires that Public Administration, setting out the grounds of fact and law of their decisions. Your obligation is justified in any act, because it is a formality required to allow the control of legality of administrative acts. Inserts the concept of due process the motivation of every decision, whether administrative or judicial, for only when you know the motivation of this decision is that can the accused her eventually enlist. The motivation of the administrative act is essential, but its importance takes on greater importance in the discretionary acts, with the scope of avoiding arbitrariness and persecutions, generally away from the public interest.

Keywords: Discretionary Act. Motivation. Warranty protection

1-Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela Instituição Luiz Flávio Gomes (LFG).

2-Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor pela UFMG.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é elaborada à partir da análise do dever da motivação em relação a decisão pautada pela discricionariedade do agente público.

Na era do direito administrativo, os conceitos e justificativas esposados pela doutrina sobre o tema “discricionariedade da Administração Pública” têm proporcionado vasta coletânea de obras. Nada a estranhar, nessa ótica, que não causaria espanto encontrar teses defendendo que o Estado Constitucional encontra-se isento de demonstrar legítimas e convincentes razões de fato e de direito de seus atos praticados, por conta da discricionariedade, no momento em que a lei nada dispuser.

Destarte, não é razoável afirmar que as decisões administrativas devem ter como justificativa critérios como “conveniência e oportunidade”, o que logo seria desmoralizar e indignificar a segurança jurídica.

É inolvidável que o princípio da motivação tem imensa importância no controle dos atos discricionários, exercendo função de escudo para o administrado.

Com propriedade, é válida, hodiernamente, a advertência no sentido de que na decisão administrativa, quer seja vinculada, ou discricionária, obrigatoriamente devem estar presentes a motivação tal qual ensejou a decisão, salvo quando a Constituição admitir a falta de motivação.

Nesse sentido, a despeito da discricionariedade, é preciso consignar que a exigência da motivação deve ser utilizada como dever, dever no sentido de possibilitar o direito à defesa

Na primeira etapa será feita breve análise histórica no que tange ao surgimento do ato administrativo e suas consideráveis mudanças no processo evolutivo através das denominadas “dimensões”, bem como sua positivação na ordem Constitucional brasileira.

No segundo capítulo serão apontadas as críticas pertinentes acerca da discricionariedade como conceito jurídico indeterminado, e também dos limites dos critérios de conveniência e oportunidade do qual derivam conceitos indeterminados ensejando margem para a percepção de notável insegurança jurídica.

No terceiro capítulo será analisado a relevância da motivação no ato discricionário, a fim de coibir o excesso e o desvio de poder. Enfim, será demonstrado que a motivação é elemento indisponível na declaração do ato discricionário a fim de possibilitar o exercício à defesa do administrado.

Adota-se neste trabalho, o método dedutivo com base em pesquisas bibliográficas.

O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito Público e, em especial, a melhor forma para a declaração do ato discricionário.

1. SURGIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO

Segundo o jurista alemão Otto Mayer (1949, p.75), a expressão "ato administrativo" teve seu primeiro registro em 1812 em obra jurídica de Guyot, reeditada e atualizada por Merlin.

Cumprir advertir, que em 1843, a Espanha utilizou também a expressão "ato administrativo". Demais disso, perquirindo-se a origem histórica do surgimento do ato administrativo, cumpre destacar que a expressão "ato administrativo alcançou grande repercussão na França, por conta da Revolução de 1798.

No que refere, ao primeiro texto legislativo a tratar do ato administrativo, colhe-se o relato do professor Edimur Ferreira de Faria (2011, p.95):

O primeiro texto legislativo a tratar da matéria, ato administrativo, com a fisionomia de que é revestido nos tempos modernos, foi a lei frutidor do ano III. Por essa regra, determinou-se que os tribunais judiciais não poderiam controlar os atos da Administração de qualquer espécie. A partir daí, foi reconhecida a expressão "ato administrativo", incorporada definitivamente na literatura jurídica da França.

Nessa ordem de ideias, ainda que consignadas de forma singela, merece destaque a determinação de que os tribunais judiciais como chamados à época, estariam impedidos de controlar os atos da Administração de qualquer espécie surgindo então o princípio da separação dos poderes.

Portanto, conclui-se que apontar com precisão a gênese do ato administrativo, seria trilhar por terreno permeado de incertezas. No entanto, restou claro que o Conselho de Estado francês foi quem deu publicidade ao ato administrativo.

1.1 Conceito e classificação da discricionariedade administrativa

Por questão didática convém registrar que existem atividades desenvolvidas pela Administração Pública que são tidas como vinculadas, ou seja, aquelas em que a lei não abre opções, estabelecendo de plano os caminhos a serem trilhados pela Administração Pública mesmo no caso de interesses opostos.

Contrariamente ao paradigma de uma atuação vinculada, persiste com personalidade duvidosa a atuação discricionária. É óbvio que tal discricionariedade deriva da omissão do legislador, que propositalmente deixou de tratar determinados assuntos com o intuito de favorecer e ampliar a liberdade de decisão da Administração Pública, baseada em critérios plurissubjetivos tais como conveniência e oportunidade.

A despeito da discricionariedade administrativa, Di Pietro (2012, p.62), assim a define:

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

Desta forma, não é o caso de tratar que as decisões da Administração Pública devem ser tidas como estáticas quando envolver interesses opostos, mas ao decidir com fulcro em critérios de “conveniência e oportunidade” resta claro que no caso concreto quase sempre haverá desequilíbrio.

De tal arte, seria uma utopia acreditar na boa-fé e equidade da Administração Pública em todas as suas decisões pelo fato de se estribar em critérios permeados de enorme abstração.

Com efeito, impreterivelmente torna-se relevante entender que é imperativo à Administração Pública a missão de bem controlar os seus atos e cotejá-los à totalidade do sistema constitucional, este composto de princípios e regras que norteiam com clareza as relações jurídico-administrativas.

É mister advertir que a discricionariedade do administrador não pode, em hipótese alguma, limitar-se inteira e exclusivamente em critérios de conceitos indeterminados como conveniência e oportunidade, pois no caso concreto, a motivação deve estar presente como instrumento de defesa de todo e qualquer cidadão.

Sob tal ângulo, a discricionariedade do administrador deve harmonizar com os princípios constitucionais como: proporcionalidade, razoabilidade e moralidade, os quais representam valores essenciais à concretização do Estado Democrático.

1.2 O poder discricionário

Falar do poder discricionário, é chamar a atenção para o antigo paradigma em que o Estado-polícia atuava.

O Estado-polícia, atuava de forma desenfreada, desproporcional, não observando o domínio do poder, o que logo ensejava o excesso e o desvio de poder, o que lamentavelmente não tem sido diferente nos dias atuais.

Hoje, no que toca à discricionariedade da Administração Pública, é imperioso destacar que em termos de legislação o assunto é extremamente desprovido de suporte técnico jurídico, tendo como esteio unicamente o então interesse público, repleto de subjetividade.

O poder discricionário padece de fundamentação jurídica com maior precisão, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos cidadãos, pois os atos administrativos em geral são praticados sem a observância de maiores formalidades e por vontade de um único agente público que, descompassado, acredita ser um "semideus".

Ademais, acresce frisar que tal poder discricionário, não pode mais suscitar dúvidas tais como o favorecimento à Administração Pública e nem à interesses particulares, pois deve-se observar os princípios da impessoalidade e da moralidade uma vez que tais princípios são considerados como essenciais à boa administração.

Parece claro que a discricionariedade quando usada servindo de estribo para decisões divorciadas da proporcionalidade, razoabilidade, motivação e moralidade,

valorando exclusivamente a *conveniência e oportunidade*, traz resquícios do antigo modelo de governo, com julgamentos pautados no subjetivismo dos governantes a fim de beneficiar determinadas classes políticas e econômicas.

Do exposto, ressoa evidente que toda decisão emanada de um administrador público que seja desproporcional, desarrazoada, e sem motivação, deve ser anulada devido à não observância da adequação entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública.

2. DISCRICIONARIEDADE COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

É bem verdade que a missão de esclarecer estes conceitos absolutamente abertos recai para a doutrina. Isso enseja outro problema, pois faz com que o intérprete ou o aplicador da lei nem sempre encontrem o conceito adequado a ser aplicado no caso concreto, em virtude do elevadíssimo grau de conceitos jurídicos indeterminados existentes em nosso ordenamento.

A discricionariedade seria então o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Mas a final, no que consiste "conceitos indeterminados"?

Para Eros Roberto Grau (1988, p.72) "conceitos indeterminados" são:

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

(...) os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, por

A incidência do princípio da motivação no ato discricionário

conta do grau de abstração, e pelo fato de ser indeterminado, a discricionariedade “deságua” ao alvedrio da Administração Pública para ser aplicada, surgindo uma emblemática a qual urge aqui dizer, que está longe de ser dirimida.

É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso de poder, proporcionando avalanches de decisões arbitrárias.

Fixados estes pontos, é fácil perceber que a natureza da discricionariedade alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, por conta da liberdade de escolha, o que logo resulta num descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem com frequência a interesses não tidos como públicos.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se perceber que muitas vezes os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas por conta da abstração, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato este que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os administrados.

2.1 Da proporcionalidade vinculada à discricionariedade

De plano, convém registrar, que neste tópico iremos trabalhar com o princípio da proporcionalidade como instrumento hábil capaz de ponderar as decisões proveniente dos atos discricionários, que quase sempre são tidas como desproporcionais pela ampla liberdade de escolha do agente público.

Acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, acresce frisar que não iremos trabalhar no sentido de apontar suas distinções, por isso adotaremos o princípio da proporcionalidade pois, na verdade, ambos estão vinculados à ideia de justiça, de moderação. De tal arte, convém esclarecer que, hodiernamente, a distinção dos princípios mencionados se encontra na origem histórica.

Sem embargo, é importante também destacar que o princípio da proporcionalidade constitui-se instrumento de grande importância para conter atos

estatais agasalhados pela nocividade, tendo como crucial dever a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

Lado outro, importa ressaltar que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, elemento de ponderação, exige que meio e fim devem estar seguramente acoplados em uma relação de proporção no caso concreto.

Nesse sentido, é o entendimento do professor José Dos Santos Carvalho Junior (2008, p.34):

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atitudes sob o seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, a esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

A proporcionalidade, dever de ponderação, é a medida correta para se tentar atingir a realização integral da Carta Maior quando em colisão os interesses nela garantidos. Desse modo, como postulado que é, a proporcionalidade objetiva moldar os interesses contrapostos sem afastar um em detrimento da efetivação do outro.

É necessário consignar que persiste enorme dificuldade para se estabelecer a dimensão do princípio da proporcionalidade, isto pelo fato de se aferir o parâmetro de razoabilidade a orientar a adequação entre os meios e fins utilizado pela Administração Pública na prática de seus atos, principalmente aqueles de polícia.

Dessa forma, não há como se aferir esse parâmetro levando-se em consideração os valores subjetivos do agente público responsável pela prática de determinado ato no caso concreto. Todavia, deve-se ter como referência a motivação do ato, quando este for proveniente da discricionariedade do agente público.

Ademais, não é difícil perceber que o princípio da proporcionalidade trata-se de um mecanismo de controle dos atos do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, primordialmente na esfera administrativa. Por intermédio dele, o exegeta elimina as distorções, as anomalias e os absurdos provenientes do arbítrio e do uso desregulado de poder por parte dos administradores e legisladores.

Dessa forma, sob uma visão ampliada, o princípio da proporcionalidade é a regra a que devem obedecer tanto os que exercem o poder quanto os que dele padecem, ou seja, governantes e governados, administradores e administrados, para que haja a devida segurança jurídica, com o escopo crucial de valorar o Estado Democrático de Direito, apartado das “sombras” do inquisitório.

É preciso consignar que a exigência de proporcionalidade é mormente utilizada como dever jurídico-positivo e, não obstante, revela que sua utilização determina distintos resultados como se sinônimos fossem (racionalidade, limitação à violação do direito fundamental e proibição de excesso).

A despeito da exigência de proporcionalidade, visando a proibição de excesso, Gustavo Binenbojm (2008, p.98) escoa no sentido de que:

O postulado da proporcionalidade, remansosamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio, é condição para a aplicação das normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da substância de outro.

Certamente, cabe advertir que, em relação ao princípio da proporcionalidade, sua importância é tamanha que tal princípio é tido como instrumento fundamental para dirimir a emblemática da hermenêutica constitucional, que não raro tem ocorrido.

Assim, é mister entender que o princípio da proporcionalidade, preconiza-se como princípio dos princípios, porque tem ele a função de determinar a solução no caso concreto caso haja colisão de valores ou de interesses, procurando desrespeitar o mínimo as regras e princípios, e jamais lhes faltando com respeito, isto é, ferindo seus núcleos essenciais.

Oportuna, nesse passo, a precuciente advertência de que os atos administrativos discricionários tidos como disciplinares, são praticados conforme critérios de conveniência e oportunidade pelo agente público. Considerando, que essa função de aferir os critérios de conveniência e oportunidade cabe somente ao agente público, a este, incumbe o dever moral de aferir aqueles critérios concomitantemente com os ditames da proporcionalidade.

Por tudo que foi exposto em relação ao princípio da proporcionalidade, espera-se ter ficado suficientemente evidenciada a grande autoridade que há no referido

princípio, pelo qual abriga diversas garantias processuais de índole constitucional, possuindo íntima conexão com o princípio do devido processo legal.

Dessa forma, resta frisar que ainda que o princípio da proporcionalidade seja tido como autônomo ou complementar, tem ele a finalidade de servir como parâmetro de controle dos atos administrativos em geral, em especial dos atos administrativos discricionários.

3. A MOTIVAÇÃO NO ATO DISCRICIONÁRIO

É indiscutível que o princípio da motivação tem imensa importância no controle dos atos discricionários, servindo de garantia constitucional.

Há dois critérios que devem ser amplamente observados em relação às decisões da Administração Pública no âmbito da discricionariedade: o motivo e a motivação.

No que refere ao motivo e a motivação, Di Pietro (2010, p.193) dispõe que:

Motivo, conforme analisado, é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

Motivação é um discurso destinado a justificar o ato motivado. É a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato. (grifo nosso).

O princípio da motivação tem imensa importância no que tange ao controle dos atos e decisões do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. A motivação é a garantia constitucional de que os atos administrativos em geral e, conseqüentemente, os atos administrativos de aplicação disciplinar, devem ter seus motivos explicitados pelo agente público.

Fábio Medina Osório (2000, p.404) dispõe que "é a motivação, explícita ou implícita, do ato administrativo que permite ao Judiciário o desempenho de suas funções controladoras, averiguando a correção formal e material da decisão administrativa".

É oportuno que se expresse aqui a importância do motivo e motivação das decisões tomadas pela Administração Pública no âmbito da discricionariedade. O que importa considerar, a esta altura, é que o motivo e a motivação tem sua finalidade como instrumento de defesa, no sentido de proteger os administrados de decisões calcadas por critérios subjetivos.

Outro ponto de realce, no que concerne à relevância da motivação dos atos praticados com base na discricionariedade administrativa, está na constatação de que o agente público tem o compromisso indeclinável de encontrar uma solução ponderada, fazendo com que esta decisão se torne pública.

Noutras palavras, no momento em que o agente público opta por uma solução sem lastro e sem amparo de regra válida, essa decisão passa a ser tida como excessiva e abusiva, não devendo, pois, prevalecer. Advirta-se, desde já, que quando um agente público usa de suas atribuições para atingir objetivo diverso daqueles dispostos em lei, vislumbra-se, então, o “desvio de poder”, objeto de estudo que iremos tratar adiante.

Nesse sentido, conclui-se que a motivação na declaração do ato disciplinar sancionatório por exemplo é de crucial importância para que o agente público possa saber a razão pela qual lhe foi imputada determinada sanção, e caso esta seja desproporcional ele poderá exercer seu direito de defesa pela via administrativa e posteriormente pela via judicial. Pois na verdade, podem haver indícios de convicções ideológicas, e até mesmo interesses pessoais perniciosos em determinadas decisões.

3.1 O excesso e o desvio de poder na discricionariedade

Em relação ao excesso e o desvio de poder, é pertinente os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1994, p.92):

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, assim, a sua competência legal, e com isso invalida o ato, porquanto ninguém pode agir em nome da Administração fora dos limites legais.

O desvio de poder, por outro lado, é a violação dissimulada da lei pelo agente administrativo, que, embora nos limites de suas atribuições, usa de seu poder para fins ou por motivos diversos daqueles em virtude dos quais o poder lhe foi conferido.

Veja-se que, em relação ao excesso de poder, o conceito está intimamente ligado à competência do agente público para atuar em nome da Administração. No caso concreto, uma vez constatado que o agente exorbitou sua competência, ou seja, o seu limite de atuação, o ato deve ser considerado inválido.

Mas a questão tormentosa encontra-se alojada no desvio de poder do agente público. Enfatiza-se a real necessidade de se analisar minuciosamente a problemática do desvio de poder.

O Estado manifesta sua vontade por meio da figura do agente, que dotado de competência deve agir com vistas a certo fim de interesse geral. Desse modo, quando a autoridade administrativa emite atos com fins diversos dos pretendidos em lei ocorre o desvio de poder.

No entanto, em relação ao particular, na maior parte das vezes em que ocorre o desvio de poder há uma ocultação da verdadeira intenção do agente. Nesse sentido, não é difícil vislumbrar os casos em que há favoritismo, perseguição, ou apenas o proveito pessoal por parte do administrador.

Ainda sobre o desvio de poder, não é de hoje que a doutrina aponta a problemática dos atos eivados de vícios praticados pela Administração Pública sob o fundamento da discricionariedade, e esta, de forma autoritária, tem atuado contrariamente aos preceitos mandamentais que emanam do Estado Democrático de Direito.

Vê-se que a doutrina clássica, representada por Cretella Junior (1976, p. 27 a 44) desde 1976 já extraía da jurisprudência do Conselho de Estado francês e italiano, bem como da doutrina de autores representativos desses dois países, determinados sintomas, indícios ou traços do desvio de poder.

São eles: a contradição com atos posteriores: (a autoridade demite funcionário nomeado em cargo efetivo, alega falta de verba e, logo após, nomeia outro para o mesmo cargo); a contradição com os atos anteriores (funcionário elogiado recebe encargos delicados e importantes e é demitido por incapacidade ou escasso rendimento); motivação contraditória (sem nexos lógicos entre as premissas encontradas e ato expedido); motivação insuficiente (decreto expropriatório sem a indicação do artigo de lei que justifica a desapropriação); alteração dos fatos (demissão de funcionários com a alegação falsa de que ele teria apresentado pedido); ilogicidade manifesta, derrogação injustificada de disposições internas de caráter geral e disparidade de tratamento de situações idênticas (funcionários com a mesma atribuição cometem a mesma infração, em circunstâncias idênticas, e, enquanto um é absolvido o outro é punido).

Deveras, são numerosos os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. No entanto, do ponto de vista doutrinário veja-se que, em relação ao desvio de

poder, a doutrina clássica de 1976 já destacava, com clareza, as perniciosidades ocorridas provenientes dos atos de império por conta das prerrogativas concedidas à Administração.

Demasiadas razões existem, portanto, para que a atuação discricionária da Administração Pública seja repensada. Em que pese a citação sobre a atuação subjetiva do governante e distanciada da lei ser de 1976, é plenamente fácil perceber que prerrogativas que ensejam o excesso e o desvio de poder em plena democracia não é aceitável.

3.2. Direito à defesa como garantia constitucional do cidadão

"A Constituição de 1988 em seu (art. 5º, LV), ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Assinale-se, por outro lado, que o princípio do contraditório nas Constituições brasileiras passadas, não abarcava de modo expreso, os processos civil e tampouco administrativo. Daí afirmar-se, que o contraditório contemplava apenas o processo penal.

Afinal, o que se deve entender por contraditório? Humberto Theodoro Júnior (2011, p.36) ensinou que:

(...) Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático do Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional.

Note-se que dois são os elementos na noção universal de contraditório: necessidade de bilateralidade e possibilidade de reação. Para bem se compreender o valor do princípio do contraditório, resta clarividente que o referido princípio visa garantir aos litigantes o direito de ação e de defesa, devendo haver respeitabilidade de forma isonômica entre as partes.

De outro giro, é o caso de mencionar o princípio da ampla defesa tido como pilar da sociedade democrática, anunciado pela Carta Magna no mencionado artigo

acima. Em linhas gerais, este princípio, possibilita o administrado de se defender assim também como de recorrer.

Sabe-se que a harmonização e a coerência interna do sistema jurídico decorrem dos princípios sobre os quais se organiza. Por isso, o constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p.189) apregoa que o devido processo legal está baseado em três princípios: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa.

A despeito do princípio garantidor do acesso à justiça, é o que exprime o art. (5º, XXXV), da Carta Magna, ao determinar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A amplitude desse princípio, também denominado de "princípio da inafastabilidade do controle judiciário", implica em se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos da Administração, do Legislativo ou do Judiciário. Para se tornar efetivo esse princípio, deve o ordenamento jurídico assegurar meios de assistência judiciária aos necessitados quando se tornar necessária a imposição de respeito aos direitos fundamentais.

Ao fixar tais diretrizes sob a ótica do referidos princípios, passemos à análise de forma mais concreta para melhor contextualização. Dessa forma, iremos trabalhar com a hipótese de (exoneração na fase probatória).

A Súmula 21, do Supremo Tribunal Federal preceitua que: "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade".

Mostra-se absolutamente aceitável a exoneração de "servidor" na fase probatória, não havendo que se falar em arbitrariedade. No entanto, é imperativo à Administração Pública que justifique a exoneração, observando-se, também, a exigência do contraditório e a oportunidade de defesa.

Noutras palavras, a ausência de justificação, do contraditório e a oportunidade de defesa, faz sobejamente afirmar que não deve subsistir decisão administrativa sem a devida observância do rito imposto constitucionalmente.

Dentro dessa ordem de ideias, é importante notar que toda decisão administrativa deverá haver a motivação. A esse respeito, Marçal Justem Filho (2012, p.311) de forma solar dispõe que:

(...) É nula a decisão fundada simplesmente no argumento da titularidade da competência. É juridicamente inválida a decisão aos moldes de "cabe a mim decidir, portanto eu decido a favor de ...". Toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um "porquê" claramente indicado.

Nesse contexto, importante destacar, que a motivação do ato se torna elemento indispensável para o favorecimento a ampla defesa do administrado, vez que aquela garantia, foi tutelada pela Constituição da República e inserida no rol das cláusulas pétreas.

É interessante, averbar, que a discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se à legalidade. Em contrário configuraria o ato arbitrário, exceto os atos tido como "de mero expedientes". Juarez Freitas (2004, p.261) refere-se aos atos "de mero expediente, os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com expressa dispensa constitucional (por exemplo, nomeação para cargo em comissão".

Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que ao administrador incumbe expressar as razões de fato e de direito, que o conduziu a tomar determinada decisão. Não o fazendo, conclui-se, que tal decisão deverá ser nula, pois a não motivação impossibilita o administrado de exercer o direito constitucional de defesa.

CONCLUSÃO

Após o estudo das questões pertinentes ao tema, bem como posicionamentos divergentes sobre a natureza jurídica da motivação como instrumento de defesa do cidadão em relação ao ato discricionário, percebe-se a necessidade de dissipar toda e qualquer dúvida em relação a motivação no ato discricionário.

O poder discricionário da Administração Pública, não pode perder de vista o dever de expor as razões de fato e de direito em suas atividades quando oriundas da então discricionariedade. A respeito da exposição da motivação do ato discricionário, não o fazendo, restará configurado o desvio de finalidade e abuso de poder.

Como se sabe, a Administração Pública, no exercício do poder discricionário que lhe é conferido, pode, diante da aferição de oportunidade e conveniência, tomar decisões como, por exemplo remover o servidor detentor de cargo público. No entanto, não é absoluta tal faculdade, porquanto imprescindível a motivação concreta e a respectiva adequação à finalidade do ato.

Os atos administrativos apresentam requisitos necessários à sua formação, estando dentre eles a forma e a motivação.

Nesse esteio, em decorrência de representar o interesse público, e em respeito ao princípio da solenidade dos atos, devem ser, em regra, formalizados por escrito, para que produzam efeitos no mundo jurídico.

Já no que refere à motivação, esta há de ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação.

Todavia, naqueles em que existem discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de acurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada, exceto nos atos de mérito expediente conforme exposto.

Por outro lado, não é lícito ao administrador adotar, conceitos jurídicos indeterminados na motivação do ato discricionário, como, por exemplo, "interesse público", "critério administrativo", e outros do gênero. Motivações baseadas em conceitos indeterminados, só fazem corroborar para que o administrador se exime do controle de legalidade pela própria Administração ou pela via judicial.

Motivar, como visto, é muito mais que isto, é uma exigência do Estado Democrático de Direito, consistente em uma explicitação dos motivos prévia e concomitante à prática do ato, de onde é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

Finalmente, conclui-se que a falta de motivação no ato discricionário viola as garantias constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ensejando, portanto, em vício tido como gravíssimo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. Sintomas denunciadores do desvio de poder. São Paulo: **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n. 9, 1976.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 189.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA DE FARIA, Edimur. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios constitucionais**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Editorial Depalma, t. I, 1949.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. **In Revista de Direito Administrativo** n. 220, abril/junho. 2000.

ROBERTO GRAU, Eros. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. Revista dos Tribunais, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 52ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.