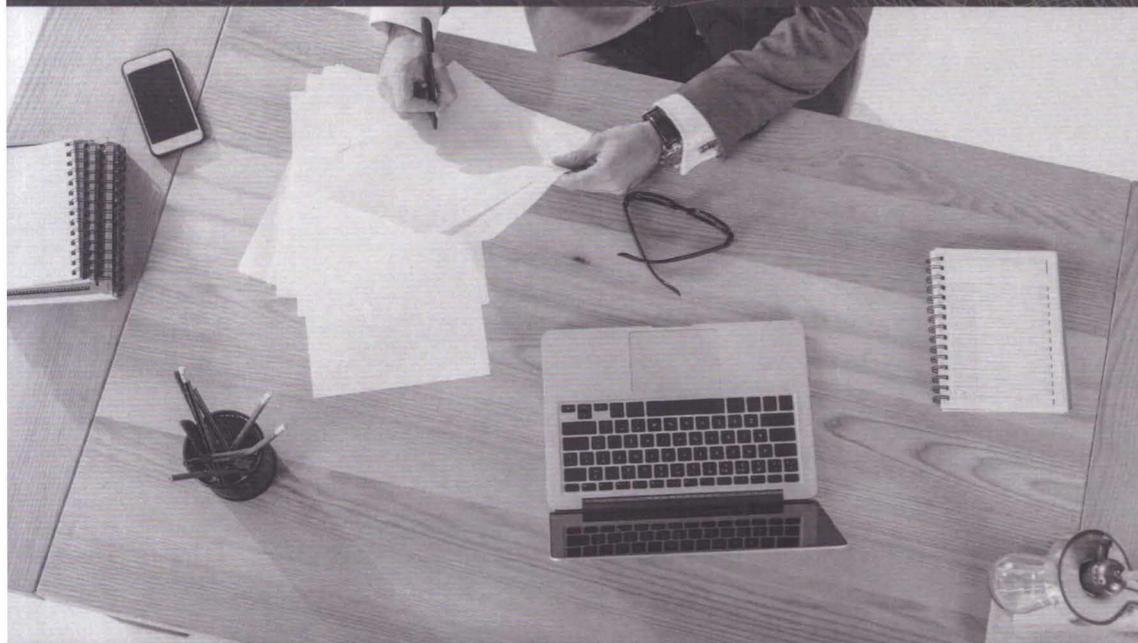


NESTA EDIÇÃO:

INTEGRIDADE PÚBLICA NA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DO ESTADO



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 26

ANO 7 • n. 26 • Jul.-Set. • 2023

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 7 • ISSUE 26 • July-Sept. • 2023

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INSTITUTO DO PRECATÓRIO – SUBSÍDIOS PARA
INTERPRETAÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N°S 113 E 114

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

LEGALIDADE, MOTIVO E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

LEGALITY, MOTIVATION AND REASON FOR THE ADMINISTRATIVE ACT

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
DOI: [<https://doi.org/10.48143/RDAI.26.mello>].

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

SUMÁRIO: I – Introdução. II – O motivo do Ato Administrativo. III – A motivação dos atos administrativos. IV – Motivação, requisito autônomo de legitimidade?

I – INTRODUÇÃO

1. O¹ Estado de Direito substância fórmula política-judiciária em que se almeja colocar os cidadãos a salvo de intemperanças dos eventuais detentores do Poder. Quer-se assegurar a todos um regime de impessoalidade que garanta aos membros do corpo social a tranquilidade de que não serão atingidos por providências oriundas de favoritismos, de perseguições ou como simples resultado de caprichos, humores pessoais ou ainda orientadas por finalidades quaisquer, alheias à realização dos interesses públicos consagrados nas leis.

Nele os governantes não são senhores do “Poder”. Gerem negócios de terceiros, bens alheios, assuntos, interesses, que pertencem a toda a coletividade. A Constituição brasileira

-
1. Como citar este artigo | *How to cite this article*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 429-442, jul./set. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/RDAI.26.mello>].

Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, v. 90, p. 57-69, abr.-jun. 1989. A transcrição deste artigo foi realizada por Carlos Fernando Lampert Rocha.

— como de resto as Constituições da atualidade — sufragam o princípio de que “todo poder emana do povo” (art. 1.º, parágrafo único). Isto significa que os responsáveis pela coisa pública não a detêm como própria, como coisa sua, mas simplesmente atuam na conformidade da Constituição e das leis para darem fiel cumprimento aos *desiderata* fixados nos diplomas normativos.

2. Particularmente a atividade administrativa apresenta-se como uma função estatal preordenada a operacionalizar os comandos legais. Como bem disse Michel Stassinopoulos: “Em um Estado de Direito, a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem* mas está obrigada a agir sempre *secundum legem* (*Traité des Actes Administratifs*, Sirey, 1954, p. 69).

É que, em face do princípio da legalidade, consoante Afonso Rodrigues Queirós: “A Administração é a *longa manus* do legislador — é, em suma, a lei em acto” (*Estudos de Direito Administrativo*, Atlântida ed. Coimbra, 1968, p. 9), pois como ensina o mesmo mestre: “A atividade da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais” (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra ed. 1940, p. 19).

Com efeito, o princípio da legalidade implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas. Daí a impossibilidade seja de agirem sem lei que lhes sirva de supedâneo, seja de buscarem fins estranhos aos supostos na lei que invoquem para servir-lhes de calço.

3. A doutrina é concorde sobre o alcance do princípio da legalidade administrativa, acentuando seu caráter de estrita adscrição à lei e impostergável respeito à finalidade nela insculpida. Renato Alessi assim se expressa a respeito: “(...) tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa, é entendida antes de mais nada em *sentido negativo*: vale dizer, no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formal insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne às finalidades a cumprir quanto no que respeita os meios e as formas a serem seguidas para tal escopo; mas, é entendida, além disso e sobretudo, em *sentido positivo*: e isto não apenas no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinados meios ou formas, mas, ademais, no sentido de que, como melhor se verá na ocasião oportuna, a administração, particularmente no que concerne a atividade de caráter jurídico, *pode fazer tão somente o que a lei consente*” (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3.ª ed., A. Giuffrè ed. 1960, p. 9).

O Texto Constitucional brasileiro, ao estabelecer, no art. 5.º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e no art. 84, IV, que compete ao Presidente da República “(...) expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”, deixa explícito e com explicitude inobjetable que o princípio da legalidade administrativa é, entre nós, adotado em sua plena extensão, pois, de um lado, proíbe restrições à liberdade individual que não estejam apoiadas em lei e, de outro lado, só admite edição de atos administrativos para cumprimento de lei, já que até mesmo os decretos e regulamentos

presidenciais, que são os atos administrativos mais conspícuos, são propostos como simples instrumentos de execução de lei.

4. De outra parte, a exigência de que o ato sirva à fidedignidade o objetivo legal, sobre ser noção corrente, representa, como é óbvio, a simples afirmação de que a lei deve ser cumprida tal qual é; vale dizer, com obsequioso respeito à sua razão de existir, não se compreendendo que possa ser manipulada como simples pretexto para alcançar fins estranhos aos que visa prover, ainda quando não se trate de fins subalternos.

Como disse Cirne Lima: “O fim — e não a vontade — domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma *finalidade própria*” (*Princípios de Direito Administrativo*, 5.ª ed., ed. RT, 1962, p. 22).

Consoante já se deixou averbado, o administrador não é o dono da coisa pública; não pode decidir sobre ela a seu talante, razão por que descabe usar da lei, que lhe governa a conduta, para atender fins alheios aos que esta pretende sejam colimados.

Por isso, o mesmo Cirne Lima lavrou os seguintes lapidares comentários: “Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário — do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado” (ob. cit., loc. cit.).

“Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à *finalidade* impessoal a que essa vontade deve servir” (ob. cit., p. 20).

“Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada — não a uma vontade livremente determinada — porém a um *fim* alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita” (ob. cit., p. 21).

É bem de ver, então, que as competências do administrador público são plexos de poderes preordenados a finalidades específicas. Consistem em meios deferidos pela regra de direito ao agente para que os utilize endereçados ao alvo certo, ou seja, àquele a que corresponde dita competência. Por isso se fala em “nominalismo” do ato administrativo, significando que cada qual está armado ao propósito de atender dado fim abrigado na regra de competência que lhe deve presidir a edição. É a norma legal que elege a competência certa para alvejar esta ou aquela finalidade e o ato expressivo da competência em questão há de conformar-se por inteiro ao destino nela insculpido.

5. Caio Tácito advertiu que “a regra de competência não é um cheque em branco conferido ao administrador” (*Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 5) e com admirável precisão e lucidez ensinou:

“A destinação da competência do agente preexiste à sua investidura. A lei não concede a autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconsequente: ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo a finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.

A teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo. A administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de *especialização funcional*: a cada atribuição corresponde um fim próprio que não pode ser desnaturado” (ob. cit., p. 80-81).

Com efeito, cada Ato Administrativo é idôneo para um certo fim; é veículo hábil para atender determinado desiderato, pois exprime uma competência instituída em vista de um dado resultado. Daí que as competências não são intercambiáveis, como não o são os atos através dos quais se exercitam. No Estado de Direito, é garantia do administrado tanto o fato de ficar o Poder Público adstrito aos fins que de antemão a lei categorizou como prezáveis, *mas também aos meios adrede estabelecidos* como sendo os adequados para suprir as finalidades erigidas em bens jurídicos valiosos.

Os atos têm, portanto, sua identidade categorial própria; sua habilitação específica que não pode ser desvirtuada, pena de desvirtuar-se a própria competência, a própria lei em que se estriba e o sentido protetor que anima o Estado de Direito.

Por isso se fala em “desvio de poder” toda vez que um agente público, consciente ou inconscientemente, mal ou bem-intencionado, vale-se de uma competência para alcançar finalidade estranha à que lhe é correspondente. Disse Laubadere que: “Há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de um fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., LGDF, vol. I, 1970, p. 502, n. 894).

Os doutrinadores reconhecem a existência deste vício quer nas hipóteses em que a atuação administrativa está alheada de qualquer finalidade pública, quer naquelas em que, conquanto inócua esta mácula, a finalidade perseguida, embora de interesse geral, não é alvejável pelo ato utilizado, pois a lei o concebeu como volvido a destino diverso (cf. Marcel Waline, *Droit Administratif*, 2.^a ed., Dalloz, 1962, p. 233, n. 260).

6. Nada há de surpreendente nisto, pois a administração pública é exercício de “função”. Tem-se função em direito quando o exercício de um poder corresponde ao desempenho de um *dever*: o de implementar no interesse de outrem uma finalidade preestabelecida pela regra de direito. Donde, os chamados “poderes administrativos” residentes nas regras de competência são, antes, “deveres” administrativos de satisfazer certos escopos, *tal como previstos na regra de direito*, a fim de atender interesses de terceiros; *in casu* os da coletividade. É a ideia de finalidade que rege, no Direito Administrativo, com sobrançeria absoluta. Resulta disso que *melhor do que se falar em “poderes administrativos” ou “poderes-deveres” deve-se falar em “deveres-poderes”, já que a Administração tem, acima de tudo, deveres a cumprir segundo o estabelecido na lei. Os poderes são meros instrumentos conferidos para que possa desincumbir-se de tais encargos*, de maneira a alcançar com precisão o fim legal.

O plexo de poderes depositados em mãos da Administração, ante seu caráter serviente, instrumental, não é para ser manejado em *quaisquer circunstâncias*, para *quaisquer fins* ou por *quaisquer formas*. Pelo contrário, é previsto como utilizável perante certas circunstâncias, para alcançar determinados fins e através de especificadas formas. Daí que existe um

completo entrosamento entre os diversos aspectos denominados “elementos” ou “requisitos” ou “pressupostos” do Ato Administrativo.

Quando se trata de aplicar uma regra de direito, ela tem de ser compreendida em seu todo, como unidade que é, na qual os vários “elementos” se apresentam correlacionados, pois cada um deles se articula com os demais. Por isso a competência só é validamente exercida quando houver sido manejada para satisfazer a finalidade que a lei visou, obedecidos os requisitos procedimentais normativamente estabelecidos, presentes os motivos aptos para justificar o ato, adotada a forma instrumental prevista e através de conteúdo juridicamente idôneo.

Com efeito, a não ser deste modo a legalidade ficaria desfraudada e o comando legal restaria desatendido.

É conveniente, pois, sublinhar que para o ato manter-se coerente com o princípio da legalidade importa que seja o resultado de toda a tramitação requerida pelo Direito, de tal sorte que a manifestação final administrativa haja sido precedida de todos os atos que a lei haja suposto como itinerário demandado para a produção do ato conclusivo. Vale dizer, cumpre que todos os requisitos procedimentais hajam sido preenchidos, cumprindo-se, assim, a seqüência de atos preparatórios do ato final, sempre que a decisão administrativa é a expressão derradeira de um “procedimento administrativo”, como costumeiramente o é.

II – O MOTIVO DO ATO ADMINISTRATIVO

7. Todo e qualquer *Ato Administrativo*, provenha de onde provier – Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem requisitos para sua válida expedição. Dentre eles, de par com o estrito respeito à finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência de que a conduta administrativa esteja estribada nos pressupostos fáticos que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência.

Donde, se a regra de direito enuncia que dado ato pode (ou deve) ser produzido quando presente determinado motivo (isto é, uma dada situação de fato), resulta óbvio ser condição da lisura da providência adotada que efetivamente tenha ocorrido ou seja existente aquela situação pressuposta na norma a ser aplicada. Se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato.

Ato algum pode ser praticado senão na medida em que haja ocorrido o fato ou os fatos perante os quais irrompe a competência segundo o esquema legal. Tais fatos são os *motivos*. Motivo, como se sabe, é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato.

Com efeito, ao fixar interesses a serem cumpridos, a lei demarca as condições de fato para o agir da Administração e em tal caso, e só nele, se preenchem os requisitos necessários para que a finalidade normativa se considere satisfeita. Não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções inter-relacionadas. É que o esquema legal supõe realizado certo interesse apenas quando, ocorridas certas circunstâncias, pratica-se um ato que satisfaz um escopo pré-indicado. Ausentes as condições de fato previstas na regra, não terá ocorrido