

# ***Teoria da administração pública no Estado Democrático de Direito: a (re) construção política da atividade administrativa a partir dos direitos fundamentais***

FERNANDA SANTOS GRAVINA<sup>1</sup>  
LEONEL PIRES OHLWEILER<sup>2</sup>

## RESUMO

*A atividade administrativa até hoje é marcada pela subsunção como forma de resolver os problemas da Administração Pública. A motivação dos atos administrativos tem adotado tal modo de justificar as circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizam o exercício das competências administrativas. O fenômeno do constitucionalismo e a teoria dos direitos Fundamentais colocam em xeque os princípios epocais desta vetusta forma de construir as decisões do Poder Público. A grande complexidade inserida pela constitucionalização dos princípios da Administração Pública foi determinante para o surgimento da ponderação como modo de melhor construir os atos administrativos.*

**Palavras-chave:** atos administrativos, motivação, ponderação.

## ABSTRACT

*The administrative activity until today is marked by the subsume effect as form of solving the problems of the Administration Publishes. The motivation of the administrative actions has been adopting that way*

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito/ULBRA – Bolsista PROICT/  
ULBRA

<sup>2</sup> Professor - Orientador do Curso de Direito/ULBRA e do Pós-  
Graduação em Direito/ULBRA (leonelpires@terra.com.br)

*of justifying the circumstances facts and juridical that authorize the exercise of the administrative competences. The phenomenon of the constitution and the theory of the Fundamental rights put in check the temporary principles of this old forms of building the decisions of the Public Power. The great complexity inserted by the constitution of the principles of the Public Administration was decisive for the appearance of the balancing as a best way to build the administrative actions*

**Key words:** *administrative actions; motivation; balancing.*

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata de um tema recorrente no Direito Administrativo, qual seja a motivação dos atos administrativos. No entanto, a abordagem realizada vai constituir-se no diferencial, pois cada vez mais, agora, sob a influência do constitucionalismo, o Direito Administrativo vem sofrendo constantes questionamentos teóricos, considerando que os princípios epocais de sua construção dogmática datam do século XVIII.

Além deste ponto de vista de constitucionalização, a investigação levada a cabo adota uma perspectiva hermenêutica, o que vai importar em profundas alterações no modo de compreender o fenômeno jurídico-administrativo e, especialmente, o dever de justificação das práticas da Administração Pública. O motivo não é vislumbrado aqui tão-somente sob a perspectiva formal, mas como fundamento de sentido constitucional. De plano, desenvolver uma pesquisa crítica sobre o tema, exige revisitar a própria teoria dos atos administrativos, agora sob os auspícios do constitucionalismo moderno, indagando como tal olhar é capaz de modificar as vetustas concepções de legalidade?

Para tal mister, pretende-se demonstrar as insuficiências da dogmática tradicional para lidar com o dever de motivar os atos administrativos, investigando-se o contributo da doutrina

e da jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Também considerando o desenvolvimento da visão hermenêutica de motivação, deve-se destacar o conceito de motivação contextual.

## A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O Direito Administrativo fundou-se sobre as bases de um pensamento marcadamente racionalista, estruturado por uma visão de mundo positivista. Considerando que os princípios epocais de sua construção dogmática datam do século XVIII, até hoje a atividade administrativa é marcada pela subsunção como modo de resolver os problemas da Administração Pública. A subsunção é um modo de compreensão do Direito Administrativo como ramo do Direito voltado para questões de legalidade; assim a motivação do ato administrativo deve ser feita exclusivamente com base na lei, onde o agente público deve encontrar uma norma jurídica individual que se encaixe no caso concreto, motivando seu ato com uma mera exposição dos fatos.

Como consequência, o ato administrativo tornou-se, nas bases do Estado de Direito, a principal

figura dogmática do Direito Administrativo, fruto do postulado metafísico da legalidade, alimentado pelo horizonte da liberdade individual e da separação entre Estado e Sociedade. O ato oriundo da Administração resultava da declaração da vontade de uma lei geral e abstrata, cuja essência era transportada para a materialização levada a efeito pelo agente público, pois “à Administração Pública cabia a tarefa mecânica e hetero-condicionada de realização da vontade do Estado manifestada sob a forma de lei”.<sup>3</sup> Ao logo de sua historicidade, portanto, dois elementos marcaram o ato administrativo: poder e vontade. Realizar a lei era manifestação do poder administrativo pertencente à Administração, o que concorreu para dotá-lo de eficácia unilateral. De outra banda, ao agente público caberia tão-somente realizar a vontade que estava presente no texto legal, o que também se apresentou paradoxal, convivendo-se com amplos espaços de liberdade do Poder Público.

O fenômeno do constitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais colocam em xeque os princípios epocais desta vetusta forma de construir as decisões do Poder Público. Nesta esteira é que o Direito Administrativo há de ser pensado, não mais como ramo do Direito voltado para questões de legalidade, que também são importantes, mas antes de tudo para a dimensão de constitucionalidade da função administrativa<sup>4</sup>. São vários os fatores que devem ser levados em conta sobre o fenômeno do constitucionalismo. De plano, o reconhecimento da

força normativa da Constituição Federal que deixa de ser tratada como mero documento de ordem política, responsável apenas por fixar as regras do jogo para ser um texto constitucional dotado de normatividade, assumindo crucial condição de defesa das garantias dos cidadãos. A expansão da jurisdição constitucional, fazendo surgir uma nova gama de princípios, regras e direitos constitucionais que deixam clara a onipresença da Constituição, oferecendo um vasto conteúdo material para também regular a atuação do Poder Público. O aparecimento de novas metodologias para melhor interpretação e uma maior aplicação do texto constitucional, que surge como consequência da grande complexidade inserida pela constitucionalização dos princípios da Administração Pública, sobretudo a partir do século XVIII, foi determinante para a construção da ponderação como modo de melhor construir os atos administrativos.

A doutrina tradicional, no entanto, ainda labora com a motivação dos atos administrativos como requisito meramente formal de explicitar as razões que levaram a Administração à prática de determinados atos. A perspectiva crítica do princípio da motivação, fundada no horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, exige que os agentes públicos laborem com uma concepção de motivação contextual.

## A MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER DE PONDERAÇÃO

É inexorável que a partir do crescente processo de constitucionalização do Direito Administrativo, alguns elementos dogmáticos do re-

<sup>3</sup> Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>4</sup> Aliás, é digno de nota o trabalho desenvolvido por administrativistas que adotam o paradigma do constitucionalismo, como Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997 e Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

gime da Administração Pública devam ser repensados e abertos para este novo modo de ser. Neste contexto, vale ressaltar a importância da ponderação das questões de fato e de direito, que obrigatoriamente deverá integrar o ato administrativo, funcionando a Constituição Federal como importante campo de justificação das decisões dos agentes públicos.

A ponderação é importante para a solução dos conflitos normativos que envolvem valores em tensão, sendo que esses valores muitas vezes possuem dados de conteúdo bastante vago, fazendo com que o conflito não seja superável pelas formas convencionais como a subsunção. A ponderação, sob a perspectiva dogmática, divide-se em três fases principais.

Na primeira fase o administrador vai fazer uma análise do caso concreto para identificar os princípios, bens, interesses e valores que estão em conflito, ainda assim aqui poderão ser analisados interesses, bens, valores ou qualquer outra espécie de argumento contanto que possuam suporte jurídico.

Na segunda fase o interprete deverá atribuir peso ou importância a cada um dos enunciados normativos em conflito que foram identificados fase anterior. Essa atribuição de peso deverá ser feita considerando todas as possibilidades construídas a partir dos princípios, bens, interesses e valores, como forma de solucionar o conflito, levando em consideração se há realmente disposições de lei que autorizam essa conclusão.

A terceira fase é a fase da decisão. Considerando a atribuição de peso feita na segunda fase, o interprete deverá decidir qual enunciado normativo deverá prevalecer, sendo que vai ponderar aquele que possui um peso maior do

que os outros em relação ao caso concreto. Tal enunciado, com efeito, será capaz de trazer maior equilíbrio para a tomada da decisão administrativa e ao mesmo tempo a menor quantidade de restrições aos outros elementos normativos em discussão. É claro, as fases acima retratadas não ocorrem de maneira estanque, mas sim numa circularidade hermenêutica, um constante ir e vir, sendo impossível pensar a ponderação, a partir das bases teóricas desta pesquisa, como processo individualizado e capaz de ser dividido formalmente em etapas.

É neste panorama que se desvela a insuficiência da construção teórica dos atos administrativos, exigindo atualmente uma profunda modificação para fazer acontecer o modo de ser constitucional das funções da Administração Pública, ultrapassando a vetusta compreensão liberal-individualista. Faz-se mister destacar, o ato administrativo do Estado Liberal é visto como manifestação autoritária do poder estatal em relação a um particular. São elucidativas as referências de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva quando cita a concepção de Administração agressiva dos direitos dos particulares, cuja atividade estava fulcrada no ato administrativo, atividade esta ainda marcadamente concentrada e centralizada<sup>5</sup>. É interessante a expressão utilizada pelo autor, ao dizer que o ato administrativo no período fazia "jogo duplo", servindo simultaneamente de garantia da própria Administração e dos cidadãos.

O ato administrativo há de ser o resultado de inúmeras diretrizes voltadas para os poderes

---

<sup>5</sup> Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 40.

públicos. Destarte, na medida em que tais indicações são muitas vezes contraditórias, devido à complexidade das funções modernas da Administração Pública, o ato administrativo será sempre o resultado de ponderações, em maior ou menor grau de dificuldade<sup>6</sup>. Neste contexto, o ato administrativo está vinculado não somente às normas jurídicas resultantes de textos de lei, mas, construídas do Direito como um todo. Fala-se, assim, no *princípio da juridicidade*, ou seja, uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se estão na disponibilidade deste mesmo poder.

A multilateralidade dos atos da Administração Pública exige uma motivação capaz de abarcar uma gama considerável de aspectos, pois as decisões administrativas já não dizem respeito a uma relação entre cidadão e Administração Pública, mas, por vezes, produzem efeitos capazes de afetar um número considerável de sujeitos<sup>7</sup>. A motivação, portanto, há de ser examinada sob a perspectiva do constitucionalismo, na qual a Constituição apresenta forte conteúdo material, resultado da gama de indicações políticas impostas ao Poder Público. Os atos administrativos, desta forma, não refletem escolhas e opções dos agentes públicos, mas materialização de pré-compreensões constitucionais.

Assim, o dever de motivar é um dever de explicitação hermenêutica das pré-compreensões

---

<sup>6</sup> Sobre o tema ver OHLWEILER, Leonel. *A Ponderação no Regime Administrativo Brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica*, In: Revista da AJURIS, Ano XXXIII, n. 103, setembro de 2006, p. 171-195.

<sup>7</sup> Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 130.

dos agentes públicos, justificação esta que acontece como conseqüência da ponderação. Fica claro que não é a motivação do ato administrativo responsável pela compreensão, constituindo-se mais em um processo de esclarecimento da dimensão ontológica do ato administrativo. Ponderar, é possível dizer, faz parte do modo de ser dos atos praticados pela Administração Pública, constituindo-se em autêntico existencial do Estado Constitucional de Direito<sup>8</sup>. Em outra oportunidade<sup>9</sup> já se ressaltou que ponderar não depende de métodos, de técnicas divididas em etapas, o que representaria continuar vendo a questão sob o enfoque meramente epistemológico.

A motivação como garantia possui uma dimensão bifronte, isto é, funciona para o cidadão como garantia de que o ato administrativo será realmente resultante das indicações constitucionais e, por outro lado, elemento que lhe possibilitará recorrer da decisão da Administração Pública. Tal maneira de motivar os atos administrativos contribui para aumentar o nível de legitimidade da decisão, pois considerando o ato administra-

---

<sup>8</sup> Talvez cause certa estranheza falar da ponderação, que na verdade é aplicação, quando se trata do tema referente aos motivos e à motivação dos atos administrativos. Via de regra, no campo do Direito Administrativo, tem-se dado pouca atenção para a questão da aplicação do sentido à situação concreta, certamente influencia do senso comum que vislumbra em tal assunto uma quebra da objetividade. Daí a importância da hermenêutica filosófica resgatar esta dimensão da interpretação, trazendo, também, resultados interessantes para o presente tema.

<sup>9</sup> Ver OHLWEILER, Leonel. *A Ponderação no Regime Administrativo Brasileiro: contributo da fenomenologia hermenêutica*, Tese apresentada junto à UNISINOS para a obtenção do título de Doutor em Direito, São Leopoldo, 2003 e *A ponderação no Regime Administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica*, In: Revista da AJURIS, Ano XXXIII, n. 103, setembro de 2006, p. 171.

tivo como “ato de autêntica ponderação”, motivar, nos termos aqui propostos, permite aferir melhor este modo de ser da Administração Pública. Por outro lado, exerce importante papel para averiguar se todos os interesses em jogo foram considerados, bem como as opções político-constitucionais e o melhor modo de sua concretização no caso. Inegavelmente, a motivação ingressa no regime do ato administrativo como importante mecanismo de transparência, proporcionando, por exemplo, o alargamento das dimensões informativa e participativa no plano das relações com os cidadãos<sup>10</sup>.

A contextualidade do ato Administrativo vai ocorrer quando a explicitação dos motivos seja capaz de indicar o motivo da decisão no contexto das questões de fato e de direito relevantes para a prática do ato. É claro que tal visão do dever de motivar é corolário da concepção do ato administrativo não como instrumento autoritário da Administração Pública, mas ato no qual serão ponderadas as circunstâncias do caso, equilibrando-se os interesses dos cidadãos com os da comunidade.

## METODOLOGIA

Pesquisa doutrinária e jurisprudencial com

análise fundada em uma visão hermenêutica dos direitos fundamentais.

## RESULTADOS

O administrador público, via de regra, não utiliza para motivar os atos administrativos a explicitação dos elementos fáticos e jurídicos, devidamente contextualizados. Operadores do direito que atuam no controle jurisdicional, tradicionalmente, apenas têm exigido como critério de motivação das decisões da Administração, aspectos de cunho formal, não ingressando no problema da justificação do contexto. Mas está claro que a explicitação dos motivos deve ser feita pelo administrador público de tal maneira que seja capaz de indicar o motivo da decisão no contexto das questões de fato e de direito relevantes para a prática do ato.

Com efeito, o dever de motivar é um dever de explicitação hermenêutica das pré-compreensões dos agentes públicos, justificação que acontece como resultado da ponderação. Na medida em que todo ato da Administração Pública é um ato constitucional, o agente público possui o dever hermenêutico de confrontar suas expectativas de sentido com a tradição do constitucionalismo moderno, explicitada pelos indícios formais dos princípios, regras, direitos

---

<sup>10</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 79. No mesmo sentido, MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa. Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. O autor destaca que a motivação seria fruto da transparência, eis que “a motivação tem múltipla finalidade: garantia de bom funcionamento(moralização, eficiência) e de respeito aos direitos dos administrados, otimização do

*controle judiciário e viabilização dos demais modos de controle, convencimento do interessado ou da coletividade sobre a legalidade e a conveniência e oportunidade, requisito do ato administrativo e elemento de sua validade, transparência administrativa, melhora das relações entre Administração Pública e administrados pela explicitação das razões e legitimidade do exercício do poder”*(p. 236).

fundamentais, etc.<sup>11</sup> Como os textos só acontecem na medida do seu sentido constitucional, o agente público deve assumir a postura de deixar-se dizer algo pelo texto constitucionalizado. Logo, não há que se falar no motivo como consequência da subjetividade do agente público, mas determinado pelo conjunto de vozes da tradição constitucional.

## CONCLUSÕES

A partir do desenvolvimento do presente estudo é possível afirmar que na motivação dos atos administrativos ainda não está incorporado o dever de ponderação das questões de fato e de direito. Os órgãos de controle, geralmente, apenas exigem a declaração do resultado das avaliações realizadas pelos agentes públicos, não havendo preocupação com o processo de construção das decisões e a explicitação do contexto em que foram tomadas. No entanto, já é possível concluir que o princípio da motivação é fundamental para a democratização da Administração Pública, e quando a motivação for realizada de maneira contextualizada contribuirá muito mais para o aperfeiçoamento da transparência do ato praticado pela Administração Pública. Tal decisão deverá ser autêntico ato constitucional materializado a partir de uma relação circular na qual aparecem regras, princípios constitucionais e questões de fato.

Efetivamente, repensar determinados institutos e certos paradigmas construídos em momentos do passado, por vezes, inadequados para explicar aquilo que acontece no presente, é condição indispensável para melhor compreender o dever de motivar os atos administrativos. Este foi o desiderato da presente pesquisa. Destacar o modo de ser tradicional do dever de motivação dos atos administrativos, salientando a importância de compreendê-lo sob as luzes do constitucionalismo moderno.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Sr. Gaetano Kruehl Gravina e Sra. Loeli Duarte Santos, pessoas que sempre foram exemplos de coragem, amor, determinação, retidão e perseverança.

Ao Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler, meu orientador, mais que um professor, um amigo com quem interagi durante toda a pesquisa que me trouxe mais experiência e amadurecimento e, sem dúvida, um professor no sentido profundo da palavra.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos ad-**

---

<sup>11</sup> O material lingüístico construído a partir do constitucionalismo moderno funciona como elemento para proporcionar o que Gadamer chamou de *“Choque com o Texto”*. Melhor explicando, o horizonte de sentido da constituição é responsável por colocar para o intérprete a possibilidade de uma diferença no uso acostumado da linguagem do senso comum teórico, marcado pelo positivismo jurídico no qual a força normativa da

Constituição não interage como deveria. Ao falar-se em choque com o texto pretende-se apontar para o intérprete uma saída do círculo das próprias posições pré-concebidas. Vislumbrar o motivo a partir destas premissas, importará em também dar outra perspectiva para a motivação dos atos administrativos. Uma motivação que acontece no âmbito de uma vinculação hermenêutico-constitucional.

**ministrativos.** Coimbra: Almedina, 1992.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo.** 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GADAMER, Hans-Gerog. **Verdad y método.** Fundamentos de una hermenêutica filosófica. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993. v.1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa.** Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

OHLWEILER, Leonel. A Ponderação no Regime Administrativo Brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica. **Revista da AJURIS**, ano 33, n.103. set. 2006.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 1996.