



Seção: Artigos Científicos

Motivação e devido procedimento administrativo no tribunal constitucional do peru e questões correlatas

Motivation and due administrative procedure in the constitutional court of Peru and related issues.

Hidemberg Alves da Frota

Resumo: O presente artigo jurídico examina precedentes do Tribunal Constitucional do Peru relativos aos princípios da motivação e do devido procedimento administrativo, a fim de extrair o entendimento do TC sobre o conteúdo essencial de tais normas principiológicas. Como principal paradigma, figura o caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC). Pretende-se, ainda, (1) atinar com a vertente simbólica do Direito Administrativo Sancionador, (2) estabelecer diálogo entre as motivações *inexistente* e *aparente*, construções esposadas pelo Tribunal Constitucional do Peru, e a *falta de motivação* e a *falsa motivação*, constructos abraçados pelo Conselho de Estado da Colômbia, e (3) rememorar, a propósito, a clássica doutrina francesa acerca do controle dos motivos do ato administrativo.

Palavras-chave: motivação; devido procedimento administrativo; função simbólica; motivação aparente; falsa motivação; motivos inexistentes; motivos mal apreciados.

Abstract: This paper examines legal precedents of the Constitutional Court of Peru on the principles of motivation and due administrative procedure in order to extract the Peruvian Constitutional Court's understanding on the essential content of such norms. The Hinostroza case (File n. 03891-2011-PA/TC) stands out as the main paradigm. The aim is also (1) to attain insight into the symbolic dimension of Punitive Administrative Law, (2) to establish dialogue between non-existent and apparent motivations, constructions espoused by the Peruvian Constitutional Court, and the lack of motivation and false motivation, constructs embraced by the Council of State of Colombia, and (3) to recall, by the way, the classic French doctrine on the control of the reasons of the administrative act.

Keywords: motivation; due administrative procedure; symbolic function; apparent motivation; false motivation; nonexistent reasons, poorly appreciated reasons.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p290-332>

Artigo submetido em: fevereiro de 2014

Aprovado em: março de 2014

MOTIVAÇÃO E DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU E QUESTÕES CORRELATAS

Hidemberg Alves da FROTA *

Sumário: 1 Introdução. 2 Devido processo legal: conceito e campo de incidência. 2.1 Expediente n. 03891-2011-PA/TC. 2.2 Expediente n. 0090-2004-AA/TC e Expediente n. 2732-2007-PA/TC. 2.3 Expediente n. 00156-2012-PHC/TC. 2.4 Expediente n. 3741-2004-AA/TC. 2.5 Considerações. 3 Motivação: natureza jurídica, abrangência e finalidade. 3.1 Expediente n. 03891-2011-PA/TC. 3.2 Expediente n. 0090-2004-AA/TC. 3.3 Expediente n. 01412-2007-PA/TC. 3.4 Considerações. 4. A dimensão simbólica da potestade estatal. 4.1 O caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC). 4.2 Aportes teóricos das Ciências Penais. 4.3 O potencial populista do Direito Administrativo Sancionador. 4.4 A motivação aparente. 4.5 A falsa motivação. 4.6 A inexistência material ou legal dos motivos. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Neste artigo jurídico, almeja-se examinar precedentes do Tribunal Constitucional do Peru relativos aos princípios da motivação e do devido procedimento administrativo, tendo como principal paradigma o caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC), com o propósito de identificar o conteúdo essencial de tais normas principiológicas, na óptica daquela Corte Constitucional andina.

À vista do caso Hinostroza e de julgados correlatos do TC, pretende-se, com amparo em reflexões colhidas da dogmática penal, realçar a importância de que haja maior atenção, por parte da comunidade jurídica e da literatura especializada, à vertente simbólica do Direito Administrativo Sancionador, assim como ao fenômeno da instrumentalização dos órgãos e entidades de controle que atuam nessa seara do Direito Público, fomentado pelos meios de comunicação de massa, pela opinião pública e pelos grupos de pressão.

* *Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Assessor de Procurador de Justiça. Pós-Graduado (Especialista) em Direito Público: Direito Constitucional e Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Pesquisador em Direito. Produção jurídica veiculada em periódicos científicos brasileiros e no exterior (México, Costa Rica, Venezuela, Uruguai, Portugal e Espanha), com ênfase em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Comparado e Teoria Geral do Direito Público, além de pesquisas em Direito Penal, Direito Processual Penal, Direitos da Personalidade e Direito Internacional. Em 2009, publicou pela GZ Editora (Rio de Janeiro) a obra "O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira". No mesmo ano, participou da obra colegiada "Derecho Municipal Comparado" (publicada na Venezuela).*

Ao mesmo tempo, intenciona-se estabelecer diálogo entre as motivações *inexistente e aparente*, esposadas pelo Tribunal Constitucional do Peru, e a *falta de motivação* e a *falsa motivação*, abraçadas pelo Conselho de Estado da Colômbia.

Por último, a propósito dessas construções pretorianas, recorda-se a clássica doutrina francesa acerca do controle dos motivos do ato administrativo.

2 Devido processo legal: conceito e campo de incidência

No seio da Constituição peruana de 1993 (*Constitución Política del Perú – CPP*), positivou-se a cláusula do *devido proceso legal*, de forma *expressa*, como *principio* e, ao mesmo tempo, como *derecho* a nortear o exercício, pelo *Poder Judiciário* da República do Peru, da *função jurisdiccional*, nos termos do art. 139º¹, n. 3, inserto no Capítulo VIII (“Poder Judiciário”) do Título IV (“Da estrutura do Estado”) daquela Lei Fundamental:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

[...]

TÍTULO IV

DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

[...]

CAPÍTULO VIII

PODER JUDICIAL

[...]

Artículo 139º.- Son *principios y derechos* de la *función jurisdiccional*:

[...]

3. La observancia del *debido proceso* y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.²[...] (PERU, 2013a, grifo nosso)

¹ Manteve-se o estilo de numeração dos dispositivos normativos adotado pela linguagem técnico-legislativa peruana.

² Nesse aspecto, a Constituição Federal brasileira de 1988 é mais explícita, porque, além de proibir juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII), encerra cláusula geral do devido processo legal e estende à seara administrativa, de forma manifesta, as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV).

Conquanto, no Direito Constitucional Positivo do Peru, haja *manifesta* previsão constitucional *tão só* do devido processo legal concernente à *função jurisdiccional*, a legislação infraconstitucional peruana confere ao *due process* *flaw explícita* incidência na seara administrativista, tendo em mira que a Lei n. 27.444, de 21 de março de 2001, a autointitulada Lei do Procedimento Administrativo Geral (*Ley del Procedimiento Administrativo General*), encarta, na qualidade de princípio *geral* do Direito Administrativo, o princípio do *devido procedimiento*, encastrado no Título Preliminar, art. IV, n. 1.2, do supracitado ato legislativo, dispositivo legal segundo o qual os *administrados* gozam de *todos* os *derechos* e *garantias* inerentes ao *devido procedimiento administrativo* (este, aos olhos dessa norma legal, compreende os direitos (a) de expor *argumentos*, (b) de *ofrecer* e *producir* provas e (c) de obter decisão *motivada* e fundada no Direito), regido pela Principiologia do Direito Administrativo, *secundada* do plexo normativo do Direito Processual Civil, no que for *compatível* com o regime jurídico-administrativo:

Ley del Procedimiento Administrativo General

LEY Nº 27444

TÍTULO PRELIMINAR

[...]

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.2. *Principio del debido procedimiento.*- Los administrados gozan de *todos* los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a *exponer sus argumentos*, a *ofrecer* y *producir pruebas* y a *obtener una decisión motivada y fundada en derecho*. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable *sólo en cuanto sea compatible* con el régimen administrativo. (PERU, 2012b, grifo nosso)

Conforme se infere dos Arestos (*Sentencias*) dos autos dos Expedientes ns.03891-2011-PA/TC, 0090-2004-AA/TC, 2732-2007-PA/TC, 00156-2012-PHC/TC e 3741-2004-AA/TC, a seguir glosados, o Tribunal Constitucional do Peru colhe, do art. 139º da Constituição peruana de 1993, institutos jurídico-processuais do devido processo legal a orientarem o conjunto de atos e procedimentos, *públicos e privados*, passível de afetar a *esfera jurídica alheia*, de sorte que essa interpretação *sistemática* da Carta Magna peruana propicia *respaldo constitucional* à concepção de devido procedimento administrativo, esculpida no acima reproduzido art. IV, n. 1.2, da Lei n. 27444/2001.

2.1. Expediente n. 03891-2011-PA/TC

No Expediente n. 03891-2011-PA/TC, de 16 de janeiro de 2012, o Pleno Jurisdiccional do TC, em autos de agravo constitucional, partiu da premissa de que o direito ao devido processo legal e os direitos que lhe são inerentes formam padrão mínimo aplicável não apenas ao processo judicial, como também ao procedimento administrativo, uma vez que *tanto* a jurisdição *quanto* a administração vinculam-se à ordem constitucional, de maneira que existe o devido processo ou procedimento administrativo, a submeter a Administração (*Pública ou Privada*) ao *mesmo* plexo de princípios e direitos do devido processo judicial atinente quer à jurisdição comum, quer à jurisdição especializada, previsto no art. 139 da Constituição peruana de 1993 (Fundamentos ns. 13 e 14):

13. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, *sino también en el ámbito del procedimiento administrativo*. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto – *por parte de la administración pública o privada – de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada*, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

14. El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que *tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna*, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (PERU, 2013d, grifo nosso)

2.2. Expediente n. 0090-2004-AA/TC e Expediente n. 2732-2007-PA/TC

No Expediente n. 0090-2004-AA/TC, de 5 de julho de 2004, em autos de recurso extraordinário, o Pleno Jurisdiccional do TC pontuou que o devido processo volta-se ao cumprimento de *todas* as garantias, os requisitos e as normas de *orden pública* cogentes nas *instâncias processuais* e de *todos* os procedimentos, inclusive os administrativos, com o propósito de que as pessoas tenham condições de *defender* seus direitos, de modo *adequado*, ante qualquer ato estatal que lhes possa *afetar*, seja a conduta estatal *omissiva* ou *comissiva* (Fundamento n. 24):

24. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de *orden público* que deben observarse en las *instancias procesales* de *todos* los procedimientos, incluidos los *administrativos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender *adecuadamente* sus derechos ante *cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*. Vale decir que *cualquier actuación u omisión de los órganos estatales* dentro de un proceso, sea éste *administrativo* –como en

el caso de autos—, o jurisdiccional, debe respetar el *debido proceso legal*. (PERU, 2013j, grifo nosso)

Mesmo entendimento seria, poucos anos depois, igualmente sufragado pelo mesmo Pleno Jurisdiccional daquela Corte Constitucional, no Expediente n. 2732-2007-PA/TC, de 5 de novembro de 2007 (Fundamentos ns. 30 e 31):

30. El Tribunal Constitucional estima oportuno precisar, conforme a lo expuesto en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el *cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender *adecuadamente* sus derechos ante *cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*. Vale decir, que cualquier *actuación u omisión de los órganos estatales* dentro de un proceso, *sea éste administrativo* — como en el caso de autos — o jurisdiccional, *debe respetar el debido proceso legal*.

31. En efecto, el derecho al debido proceso y los derechos que este tiene como contenido son invocables y, por tanto, garantizados, no sólo en el seno de un proceso judicial, *sino también en el ámbito del procedimiento administrativo*. Así, "el Debido Proceso Administrativo" supone, en toda circunstancia, el respeto — por parte de la administración pública o privada — de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.). (PERU, 2013o, grifo nosso)

Salientou-se, a propósito, que o direito de defesa reflète o direito de *não permanecer em estado de indefesa, em qualquer etapa* do processo judicial ou do procedimento administrativo sancionador (Expediente n. 0090-2004-AA/TC, Fundamento n. 27):

27. Como se ha sostenido en diversas causas, *el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio*. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover. (PERU, 2013j, grifo nosso)

2.3. Expediente n. 00156-2012-PHC/TC

No Expediente n. 00156-2012-PHC/TC, de 8 de agosto de 2012, em recurso de agravo constitucional, o Pleno Jurisdiccional do TC frisou que qualquer *ação* ou *omissão* de órgãos *estatais* ou *privados*, no bojo de determinado processo ou procedimento, de feitiço jurisdiccional, *administrativo, sancionador*, corporativo ou parlamentar, curva-se ao direito ao (e às garantias mínimas do) *devido processo* (Fundamento n. 2):

2. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana).

Sobre este aspecto es necesario volver a destacar que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, *sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria*. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que “[s]i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” precisando que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”. (PERU, 2013f, grifo nosso)

Em tal julgamento, o TC peruano teve em vista o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*, de 21 de janeiro de 2001, em que a CortelDH salientou que as *garantías* elencadas no art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto de San José da Costa Rica, embora tenham sido denominadas, no texto daquele tratado, *garantías judiciales*, consubstanciam, em verdade, *garantías mínimas do devido processo legal* incidentes sobre as *instâncias processuais em geral*, com o propósito de que as pessoas possam se defender, *adecuadamente*, em face de *todos* os atos *estatais* que tenham o condão de *afetar seus direitos*, incluindo-se os atos do Estado atinentes às searas *civil, trabalhista, tributária ou de qualquer outra espécie* (Fundamentos ns. 68 a 70):

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú

Sentencia de 31 de enero de 2001

(Fondo, Reparaciones y Costas)

[...]

68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, *ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole*

los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” *a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.*

70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a *la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal (OEA, 2013).

Deveras, o art. 8º, ns. 1 a 5, da CADH, encerra catálogo de normas *compatíveis* com a Teoria Geral do Processo e o devido procedimento administrativo, notadamente quanto aos direitos e garantias relacionados à *ampla defesa* e à *isenção* do órgão incumbido de presidir o *procedimento sancionador* e de *julgar* o acusado:

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA)

PARTE I Deveres dos Estados e Direitos Protegidos

CAPÍTULO I Enumeração de Deveres

[...]

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2013)

2.4. Expediente n. 3741-2004-AA/TC

No Expediente n. 3741-2004-AA/TC, de 14 de novembro de 2005, em autos de recurso extraordinário, o Pleno Jurisdicional do TC assentou que o devido procedimento administrativo consubstancia garantia genérica (= geral) a resguardar os direitos do administrado nos contextos em que há o exercício do *poder sancionador*, pela Administração, vinculada a *regras previamente* estabelecidas (princípio da legalidade), que *não* devem obstar a defesa do administrado (Fundamento n. 21):

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una *garantía genérica que resguarda los derechos del administrado* durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a *reglas previamente establecidas*, las cuales *no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica*. (PERU, 2013n, grifo nosso)

2.5. Considerações

Ante o exposto, verifica-se, mediante a análise conjunta dos Acórdãos (*Sentencias*) do Tribunal Constitucional do Peru lavrados nos Expedientes ns. 03891-2011-PA/TC, 0090-2004-AA/TC, 2732-2007-PA/TC, 00156-2012-PHC/TC e 3741-2004-AA/TC, que o devido processo legal *adensa* o conjunto de normas, garantias e requisitos de ordem pública que devem ser observados, pelas instâncias processuais, de *todos* os procedimentos, judiciais e extrajudiciais, incluindo-se os *administrativos*, a título de respeito a *padrão mínimo* de garantias, a fim de que as pessoas afetadas estejam em condições de defender, de modo adequado, seus direitos — evitando-se, em qualquer etapa de processo (*exempli gratia*, processo judicial) ou procedimento (*verbi gratia*, procedimento administrativo sancionador), o *estado de indefesa* —, no tocante a atos omissivos ou comissivos, *estatais ou privados*, a alcançarem a *esfera jurídica alheia*, de sorte que seu campo de incidência abarca os procedimentos *estatais e não estatais passíveis* de atingir a *situação jurídica* de determinada pessoa, motivo por que abrange as *diversas temáticas* afetas à seara dos atos decisórios da Administração Pública e Privada, bem como dos órgãos jurisdicionais (entre elas, matérias de cunho administrativo, trabalhista, tributário, militar, parlamentar e corporativo e a seara do Direito Punitivo ou Sancionador em geral, em que se inserem o Direito Penal, o Direito Penal Militar, o Direito Sancionador Administrativo, o Direito Disciplinar Administrativo e o Direito Disciplinar Militar).

3 Motivação: natureza jurídica, abrangência e finalidade

À semelhança da exegese *ampliativa* — mencionada na seção anterior — adotada pelo Tribunal Constitucional do Peru a respeito da cláusula do *devido processo legal* entalhada no art. 139³, n. 3, da Constituição peruana de 1993, o TC também espousa interpretação *ampliadora* do espectro do princípio da *motivação* irradiado pelo mesmo art. 139^o, em seu n. 5, da CPP.

Significar afirmar: a Corte Constitucional peruana divisa a *motivação* como *norma constitucional* a alcançar as *decisões administrativas*, embora a CPP preceitue, de modo manifesto, *somente* a exigibilidade da motivação escrita das *decisões judiciais* (“La motivación escrita de las *resoluciones judiciales* en todas las instancias”) — *salvo* em caso de *atos judiciais ordinatórios* (“excepto los decretos de *mero trámite*”) —, por meio da explicitação da *lei aplicável ao caso* e dos *fundamentos fáticos* em que se embasam (“conmención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”)⁴:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

³ Manteve-se o estilo de numeração dos dispositivos normativos adotado pela linguagem técnico-legislativa peruana.

⁴ Grifos nossos.

[...]

TÍTULO IV

DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

[...]

CAPÍTULO VIII

PODER JUDICIAL

[...]

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la *función jurisdiccional*:

[...]

5. La *motivación* escrita de las *resoluciones judiciales* en todas las instancias, *excepto* los decretos de *mero trámite*, con mención *expresa* de la *ley aplicable* y de los *fundamentos de hecho* en que se sustentan.⁵[...] (PERU, 2013a, grifo nosso)

Para aquela Corte Constitucional andina, o instituto da motivação, ainda que previsto pela CPP, de maneira *explícita*, *apenas* no que concerne à *função jurisdiccional*, transcende, a exemplo do *due processo flaw*, os lindes do processo judicial, a título de *direito fundamental* indissociável da tutela processual *em geral*, compleição *ampla* em que se agasalha a sua expressão *administrativista*.

No Título I (“Do regime jurídico dos atos administrativos”) da citada Lei n. 27444, radica o seu art. 6º (“Motivação dos atos administrativos”), situado no Capítulo I (“Dos atos administrativos”).

Conforme estatui o art. 6º da apontada Lei n. 27444, a motivação do ato administrativo implica o preenchimento destes requisitos:

(1) Restarem *explicitadas* a *relação concreta e direta* do ato administrativo com os *feitos comprovados* relevantes no caso específico e as *razões jurídico-normativas* que, com remissão *direta* à circunstância *fática*, justificam o ato adotado (art. 6º, n. 6.1):

Ley del Procedimiento Administrativo General

LEY Nº 27.444

[...]

TÍTULO I

⁵ Na atual redação da Constituição Federal brasileira de 1988, a explícita exigência de motivação também se adstringe à atuação do Poder Judiciário nas esferas jurisdiccional e administrativa (art. 93, incisos IX e X, da CF/88, segundo a redação esculpida pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a Emenda da Reforma do Poder Judiciário).

Del régimen jurídico de los actos administrativos

CAPÍTULO I

De los actos administrativos

[...]

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser *expresa*, mediante una *relación concreta y directa* de los *hechos probados relevantes* del caso específico, y la *exposición de las razones jurídicas y normativas* que con *referencia directa* a los anteriores justifican el acto adoptado. (PERU, 2013b, grifo nosso)

(2) *Motivação* do ato administrativo efetuada mediante a *declaração de conformidade* com os *fundamentos e conclusões* contidos em atos *pretéritos*, constantes dos autos (“obrantes em el expediente”), consistentes em *pareceres* (“dictámenes”), *decisões* (“decisiones”) ou *relatórios* (“informes”) precedentes (art. 6º, n. 6.2):

[...] 6.2 Puede motivarse mediante la *declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes* obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (PERU, 2013b, grifo nosso)

(3) *Ausência*, no tocante ao caso concreto, quer de *fórmulas genéricas* ou *vazias*, quer de *fórmulas obscuras, vagas, contraditórias ou insuficientes*, ou seja, *desprovidas de esclarecimento específico* para a *motivação* do respectivo ato administrativo (art. 6º, n. 6.3)⁶:

[...] 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de *fórmulas generales o vacías de fundamentación* para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su *oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia* no resulten *específicamente esclarecedoras* para la motivación del acto. (PERU, 2013b, grifo nosso)

Dispensa-se a *motivação* (art. 6º, n. 6.4), (a) quando o ato administrativo disser respeito a ato *meramente ordinatório* (“decisiones de *mero trámite* que impulsan el procedimiento”), é dizer, *tão só* de impulso oficial (art. 6º, n. 6.4.1); (b) se a autoridade considerar *procedente* o pedido do administrado e, de outra banda, o deferimento do pleito *não* prejudicar direitos de *terceiros* (art. 6º, n. 6.4.2); e (c) *caso* a autoridade

⁶ Na literatura jurídica brasileira de Direito Administrativo, confira-se, em igual sentido, o magistério de Carvalho (2008, p. 374), a rechaçar os atos administrativos incongruentes, inexactos, incoerentes, insuficientes, obscuros e vagos. Na doutrina administrativista uruguaia da segunda metade do século XX, apregoava-se a *congruência* do ato administrativo (“os motivos, normas e razões invocados devem aparecer como *premissas* de que se extraíam *logicamente* a conclusão, que é a *decisão*”) e, ao mesmo tempo, a sua *exatidão* (“[a]s *razões de direito* devem *corresponder* aos textos invocados, os fatos devem ser *verdadeiros*”). (RAMÓN REAL, 1982, p. 15, tradução livre nossa, grifo nosso).

administrativa produza *grande quantidade* de atos administrativos *substancialmente iguais*, hipóteses em que bastará a *motivação unificada* (art. 6º, n. 6.4.3⁷):

[...] 6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de *mero trámite* que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo *no perjudica derechos de terceros*.

6.4.3 Cuando la autoridad *produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales*, bastando la motivación única. (PERU, 2012b, grifo nosso)

Isso posto, consoante se verifica mediante o cotejo entre os Arestos do Tribunal Constitucional do Peru proferidos nos Expedientes ns. 03891-2011-PA/TC, 0090-2004-AA/TC e 01412-2007-PA/TC (adiante comentados), o TC, ao delinear a moldura constitucional do *devido processo administrativo*, inspira-se, em realidade, nas balizas hauridas do indigitado art. 6º da Lei n. 27.444, das quais defluem, sobretudo, a explicitação, no bojo da decisão administrativa, de proporcional liame entre os fatos trazidos à baila e as razões fático-jurídicas assinaladas.

3.1 Expediente n. 03891-2011-PA/TC

No mencionado Expediente n. 03891-2011-PA/TC, consignou-se que, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a devida motivação das decisões das entidades públicas (conforme inteligência da Lei 27444/2001, Título Preliminar, art. I, trata-se de expressão correspondente, no Direito Administrativo brasileiro, tanto aos órgãos públicos — Administração Direta —, quanto às entidades estatais — Administração Indireta⁸), de caráter jurisdicional ou não, consiste em direito fundamental a compor o conteúdo *basilar* do *direito à tutela processual efetiva*, na qualidade de *garantia fundamental* em relação aos pressupostos em que se embasa a decisão a afetar, de forma *negativa*, a *esfera jurídica* das pessoas (Fundamento n. 16).

⁷ O art. 6º da Lei n. 27444 corresponde, no ordenamento jurídico peruano, ao que dispõem, no Direito Federal brasileiro, os arts. 48 e 50 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, em especial o § 1º do art. 50.

⁸ Art. I da Lei 27444/2001, *in litteris*: “Ley del Procedimiento Administrativo General LEY Nº 27444 [...] TÍTULO PRELIMINAR Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por ‘entidad’ o ‘entidades’ de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.” (PERU, 2013b)

Para a Corte Constitucional peruana, consistirá em decisão *arbitraria* e, em consequência, será *inconstitucional* toda decisão que *carecer* de motivação *adequada, suficiente e congruente* (Fundamento n. 16):

La garantía constitucional de la motivación

16. En todo *Estado constitucional y democrático de Derecho*, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas – sean o no de carácter jurisdiccional – es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, *toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional*. (PERU, 2013e, grifo nosso)

Daí se nota que o *déficit de motivação*, vedado pelo teor do supracitado art. 6.3 da Lei n. 27.444/2001, consubstancia afronta à ordem constitucional, na medida em que contraria o *dereito fundamental à tutela processual efetiva*.

Conquanto o TC reconheça, à vista da Constituição peruana de 1993, que a motivação não possui supedâneo constitucional direto, pondera, ao interpretar os arts. 3º e 43 daquela Carta Magna, que se trata de princípio *implícito* à organização do *Estado Democrático*, como expressão seja do repúdio deste ao poder *absoluto* ou *arbitrário*, seja da sujeição do aparelho estatal às balizas do Direito (Fundamento n. 17).

Relativamente a tais dispositivos constitucionais, a que se reporta o Tribunal Constitucional do Peru no Expediente n. 03891-2011-PA/TC (Fundamento n. 17) — arts. 3º e 43 —, insta registrar que o art. 3.º da CPP clarifica o caráter meramente exemplificativo (*numerus clausus*, e não *numerus apertus*) do Capítulo I do Título I daquela Constituição, ao não excluir da órbita constitucional direitos sem manifesta previsão naquele elenco de direitos fundamentais, a exemplo de direitos (1) de natureza análoga, (2) fundados na dignidade do homem (leia-se: ser humano) ou (3) em princípios ínsitos ao Estado Democrático de Direito, ao passo que o art. 43 da CPP, ao demarcar os caracteres centrais da República Peruana, reporta-se, entre outros aspectos, à sua natureza *democrática*:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

[...]

TÍTULO I

DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 3°.- *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

[...]

TÍTULO II

DEL ESTADO Y LA NACIÓN

CAPÍTULO I

DEL ESTADO, LA NACIÓN Y EL TERRITORIO

Artículo 43°.- La República del Perú es *democrática*, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes. (PERU, 2013a, grifo nosso)

De acordo com o pensamento daquela Corte Constitucional andina, para que a atuação da Administração Pública seja em conformidade com o ordenamento jurídico e escoimada da pecha de arbitrariedade, suas decisões devem se revestir de *adequada motivação* quanto aos *feitos* em que se estriba e à *interpretação e o raciocínio jurídicos* esposados (Fundamento n. 17):

17. La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional *implícito* en la organización del *Estado Democrático* que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder *absoluto o arbitrario*. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de *arbitrariedad*. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una *adecuada motivación*, tanto de los *hechos* como de la *interpretación de las normas o el razonamiento* realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso. (PERU, 2013d)

O TC proporciona *estatura constitucional* aos requisitos da motivação do ato administrativo entalhados no art. 6º da Lei n. 27.444, na qualidade de *pressupostos do devido procedimento administrativo*, ao compartilhar, aquele Pretório Constitucional, da linha de pensamento de que a motivação:

(a) Significa a exteriorização *obrigatória* das razões em que se *sustenta* uma decisão administrativa (Fundamento n. 18);

(b) Viabiliza o *controle da legitimidade* do ato decisório administrativo (Fundamento n. 18);

(c) Limita o *risco de arbitrariedade* no exercício da função administrativa (Fundamento n. 18);

(d) Permite à Administração evidenciar que sua atuação não é arbitrária, e sim o resultado da *aplicação racional e razoável* do Direito e de seu sistema de fontes (Fundamento n. 18);

18. En el mismo sentido, a nivel de doctrina se considera que la motivación supone la *exteriorización obligatoria de las razones* que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. La motivación permite pues a la Administración *poner en evidencia que su actuación no es arbitraria*, sino que está sustentada en la *aplicación racional y razonable* del derecho y su sistema de fuentes. (PERU, 2013d, grifo nosso)

(e) Implica a exposição das razões ou justificativas *objetivas* em que se ancora a decisão administrativa, alicerçadas, necessariamente, não apenas em parcela do ordenamento jurídico vigente aplicável ao caso, como também nos fatos cuja veracidade se depreenda dos respectivos autos (Fundamento n. 19);

19. El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las *razones o justificaciones objetivas* que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir *no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso*, sino de *los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso*. (PERU, 2013d, grifo nosso)

(f) Pode vir à tona de maneira *prévia*, reportando-se à manifestação anterior de instâncias consultivas, ou *concomitante*, no bojo dos considerandos do ato decisório (Fundamento n. 20);

20. De otro lado, la motivación *puede generarse previamente a la decisión* – mediante los informes o dictámenes correspondientes– o concurrentemente con la resolución, esto es, *puede elaborarse simultáneamente con la decisión*. En cualquier caso, siempre deberá quedar consignada en la resolución. La Administración puede cumplir la exigencia de la motivación a través de la incorporación expresa, de modo escueto o extenso, de sus propias razones en los considerandos de la resolución, como también a través de la aceptación íntegra y exclusiva de lo establecido en los dictámenes o informes previos emitidos por sus instancias consultivas, en cuyo caso los hará suyos con mención expresa en el texto de la resolución, identificándolos adecuadamente por número, fecha y órgano emisor. (PERU, 2013d, grifo nosso)

(e) Revela-se *arbitrário* quando o exercício de potestade discricionária traduz *tão só* a apreciação *individual* da autoridade administrativa, *desprovida* da explicitação sucinta

(porém, *suficiente*) dos elementos fáticos e dos fundamentos jurídicos em que se fundeia (Fundamento n. 21);

21. Es por ello que este Tribunal reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando *solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa*, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, *no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión*; de modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, *exponer en forma sucinta – pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada*. (PERU, 2013d, grifo nosso)

(f) Deve ser *proporcional ao conteúdo* dos autos, harmônica com o ordenamento jurídico e, *depurada* de fórmulas *gerais, vazias, vagas, contraditórias ou insuficientes*, denotar-se, de fato, *esclarecedora* (Fundamento n. 22);

22. En esta misma dirección y ya en el plano legal, el artículo 6º, inciso 3º de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que: “(...) no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”. De otro lado, el numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la citada Ley establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con el numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley. (PERU, 2013d, grifo nosso)

(g) Consubstancia salvaguarda de *razoabilidade* e de *não arbitrariedade*, de molde que o déficit de *suficiente fundamento racional* de dada atuação administrativa, *por si só, contrariaria* as garantias inerentes ao *devido procedimento administrativo* (Fundamento n. 23):

23. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una *garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa*. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en tanto constituye una condición impuesta por la Ley N.º 27444. Así, la *falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo*. (PERU, 2013d, grifo nosso)

3.2 Expediente n. 0090-2004-AA/TC

No atrás indicado Expediente n. 0090-2004-AA/TC, o Tribunal Constitucional do Peru, inspirado no art. 6º da Lei n. 27444/2001, ressaltou que cumpre à motivação propiciar *segurança jurídica* ao administrado e permitir à *instância revisora* apreciar a *certeza jurídica* com que se houve a autoridade incumbida de decidir (Fundamento n. 31).

Enfatizou-se, ainda, que o administrador público, ao decidir e a fim de evitar a mera referência a *conceitos legais abertos*, deve especificar o liame, no caso concreto, entre o *eixo argumentativo ou analítico* adotado e a *moldura jurídica* correspondente (Fundamento n. 31):

31. Al respecto, la Defensoría del Policía, en el citado Informe N.º 002-2003-IN/DOR-ODPDH-04, precisa que con la motivación los afectados por un acto administrativo pueden saber con que sustento se emitió éste, información indispensable y a la que el administrado tiene derecho en virtud al apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, que indica que: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”.

Asimismo, la motivación debe *otorgar seguridad jurídica* al administrado y permitir al *revisor* apreciar la *certeza jurídica* de la autoridad que decide el procedimiento; para ello *no se debe utilizar las citas legales abiertas*, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin *concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad*, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.

En el referido informe se cita a Eduardo García de Enterría y a Ramón Fernández, los cuales sostienen que “(...) La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (...) motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (...) la ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan”. (PERU, 2013j, grifo nosso)

3.3 Expediente n. 01412-2007-PA/TC

No apontado Expediente n. 01412-2007-PA/TC, assentou-se que o direito à motivação das decisões administrativas, em que pese não contar com esboço constitucional direto, filia-se à parcela dos *derechos fundamentales innominados* vinculados à *construcción constitucional* do Estado, constructo que, por sua vez, *afasta* o aparelho estatal do viés *absolutista ou autoritário* (Fundamento n. 11).

11.- En consecuencia debemos afirmar que el derecho a la motivación de las decisiones administrativas si bien no tiene un sustento constitucional directo, no es menos cierto que forma parte de aquella parcela de los *derechos fundamentales innominados* que integra la *construcción constitucional* del Estado que permite *apartarse de toda aquella visión absoluta o autoritaria*. (PERU, 2013e, grifo nosso)

À semelhança do assentado nos Acórdãos relativos aos Expedientes ns. 0090-2004-AA/TC e 03891-2011-PA/TC, obtemperou-se:

(a) Para que se alcance a finalidade de que a Administração Pública proceda em consonância com o Direito e, desse modo, seja depurada de qualquer eiva de arbitrariedade, as decisões administrativas devem conter *adequada motivación*, no tocante tanto (1) aos *hechos* quanto (2) à *interpretación e ao raciocínio jurídicos* desenvolvidos, quer por agente público (“funcionario”), quer por órgão colegiado (“colegiado”) revestidos da potestade decisória (Fundamento n. 12).

(b) A adequada motivação ocasiona consequências *positivas* ao Estado de Direito, ao fortalecer um dos seus principais pilares, atinente à *protección dos derechos fundamentales* (Fundamento n. 12):

12.- Hablar de un Estado Constitucional significa hablar de un modelo estatal en el que sus acciones están regidas por el Derecho, lo que trae como correlato que la actuación de la administración deberá dar cuenta de esta sujeción para alejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la administración deberán contener una *adecuada motivación*, tanto de los hechos como de *la interpretación de las normas o el razonamiento* realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso. (PERU, 2013e, grifo nosso)

(c) A decisão administrativa devidamente motivada homenageia a *segurança jurídica* dos administrados e, lado outro, serve de elemento de *certeza jurídica* à autoridade administrativa incumbida de decidir o procedimento (Fundamento n. 13):

13.- Cuando en el considerando precedente se ha hecho referencia al término *adecuada motivación*, esta debe ser entendida como aquella que genera consecuencias positivas en un Estado de Derecho en el que la protección de los derechos fundamentales se rige como uno de sus principales pilares. Así, por un lado tenemos que una resolución debidamente motivada brinda *seguridad jurídica a los administrados*, y por otro, sirve como *elemento de certeza a la autoridad administrativa* que decide el procedimiento. (PERU, 2013e, grifo nosso)

(d) Viceja a “dupla eficácia do direito à motivação”, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que, tendo a sanção administrativa o condão de atingir direitos alheios, a motivação não só constitui *obrigação legal* (nessa tessitura, locução sinônima de *dever legal*) imposta à Administração, como também *direito do administrado*, condição essencial para que este possa exercer os *meios legais de impugnação* da decisão administrativa que lhe afetou, *questionando* e *redarguindo* as imputações, as quais devem constar, com *clareza* e *precisão*, do ato administrativo sancionador (Fundamento n. 14):

14.- Al respecto el Tribunal Constitucional ha sido claro al señalar la doble eficacia del derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, así en la STC 2192-2004-PA/TC ha previsto que “... En la medida en que la sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la administración, sino también el derecho del administrado, a efectos de que este pueda hacer valer los recursos de impugnación que la ley le prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador...”. (PERU, 2013e, grifo nosso)

3.4 Considerações

Isso posto, consoante se percebe mediante o exame conjugado dos Arestos do Tribunal Constitucional do Peru proferidos nos Expedientes ns. 03891-2011-PA/TC, 0090-2004-AA/TC e 01412-2007-PA/TC, na óptica do TC, o *direito à devida motivação do ato decisório administrativo* exprime desdobramento do devido processo legal e encerra múltiplas facetas, isto é, consubstancia: (a) o *direito fundamental* *inominado* imanente ao conteúdo essencial do *direito à tutela processual efetiva*, (b) a garantia fundamental de *razoabilidade* e de *não arbitrariedade* nas circunstâncias em que a decisão emitida afeta, de maneira *negativa*, a situação jurídica de determinadas pessoas, (c) o princípio constitucional *implícito* à Constituição peruana de 1993, (d) e inerente à *organização* de todos os *Estados Democráticos*, a traduzir (e) *dever estatal*, cujo cumprimento, na ambiência do Estado-Administração, (f) proporciona *segurança jurídica* aos administrados e *elemento de certeza jurídica* seja à autoridade administrativa encarregada de *decidir*, seja à autoridade administrativa a atuar como *instância revisora* daquela.

Sucinta ou *extensa*, a motivação *anterior* ou *contemporânea* ao ato decisório deve ser *coerente* com as peculiaridades do caso concreto, condizente com os *fatos apurados* nos respectivos autos (proporcional ao conteúdo dos autos) e consentânea com o *ordenamento jurídico*, *purificada* de fórmulas *genéricas*, *vazias*, *obscuras*, *vagas*, *contraditórias* ou *insuficientes*.

4. A dimensão simbólica da potestade estatal

4.1 O caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC)

No referido Expediente n. 03891-2011-PA/TC, o Pleno Jurisdicional do Tribunal Constitucional do Peru, em sessão de 16 de janeiro de 2012, à unanimidade, com voto em separado do Magistrado Vergara Gotelli, declarou *nula* a decisão colegiada (Acórdão n.º 0176-2011) do Conselho Nacional da Magistratura de *não* nomear *Fiscal Supremo* o Magistrado César José Hinostroza Pariachi, membro (*Juez Superior Titular*) da Corte Superior de Justiça do Distrito Judicial de Callao (*Corte Superior de Justicia del Callao*).

O TC considerou violados os direitos de Hinostroza Pariachi ao *devido processo legal* e à *devida motivação das resoluções administrativas*, bem como ao *acesso à função pública*, ao inferir que a *motivação* da decisão administrativa do Conselho Nacional da Magistratura teria sido tão só *aparente* (Fundamentos n. 44 a 57), já que pautada *apenas* no conceito *negativo* nutrido pela *opinião pública* peruana em relação àquele candidato (PERU, 2013d).

Em tal julgamento, o TC levou em conta que tal candidato, além de haver sido aprovado em todas as etapas do certame, inclusive na avaliação psiquiátrica de *idoneidade moral e ética* (Fundamento n. 28), obtivera a maior pontuação naquele concurso público do Ministério Público do Peru (*Ministerio Público del Perú* (MPFN) — *Fiscalía de la Nación*) para o cargo de provimento efetivo de *Fiscal Supremo*, cargo público equivalente ao de Subprocurador-Geral da República, no contexto do Ministério Público Federal brasileiro, guardadas as devidas proporções.

De acordo com o posicionamento do Tribunal Constitucional do Peru exposto no julgamento pelo Pleno Jurisdicional, em autos de agravo constitucional, do indicado Expediente n. 03891-2011-PA/TC (PERU, 2013d), caberia ao TC aferir, naquela tessitura, se a maioria dos membros do Conselho Nacional da Magistratura (*Consejo Nacional de la Magistratura del Perú*— *CNM*), ao proferir o Acórdão n.º 176-2011 (por meio do qual decidira o CNM não nomear Hinostroza Pariachi um dos Fiscais Supremo, mesmo tendo, repisa-se, logrado o 1º lugar na classificação final do certame), procedera ou não de modo arbitrário, isto é, contrário ou não ao direito da parte recorrente ao devido processo legal e, mormente, ao direito à motivação das resoluções, tendo em perspectiva (1) os fundamentos explicitados no Aresto impugnado e (2) os elementos probatórios contidos nos autos originais, ou seja, constantes do caderno processual em que se lavrou o Acórdão recorrido (Fundamento n. 24).

Debateu-se se o recorrido contemplara o requisito da “trajetória pessoal eticamente irrepreensível” (art. IV, alínea “a”, do Regulamento dos concursos da magistratura e do MPFN), tendo-se em mente 2 (duas) questões controversas (PERU, 2013d):

(1) O possível enriquecimento ilícito do recorrente, em virtude da aquisição de imóvel nos Estados Unidos da América;

(2) O patrocínio, como advogado liberal, da defesa de chinês acusado de tráfico ilícito de drogas (Fundamento n. 26).

Constatou o TC (PERU, 2013d) ofensa ao direito à devida motivação quanto ao alegado enriquecimento ilícito, levando em conta que Hinostroza Pariachi adquirira o imóvel nos EUA quando se encontrava fora da carreira judicial, mediante empréstimo hipotecário de 30 (trinta) anos, e mantivera o Fisco e, após ingressar na magistratura, a Administração do Poder Judiciário informados de que possuía a titularidade de tal bem imóvel, sem que o Conselho Nacional da Magistratura, ao longo da vida funcional daquele como Magistrado, houvesse refutado a licitude dessa aquisição imobiliária (Fundamentos ns. 32 a 35).

No tocante à defesa de suposto narcotraficante chinês, aquela Corte Constitucional (PERU, 2013d) (1) acentuou que tal atividade advocatícia seria consectária da liberdade profissional, durante o interregno em que, antes de reintegrar a Corte Superior de Justiça do Departamento de Callo, voltara ao exercício da advocacia liberal, e, por outro lado, assentou que, conforme o conjunto probatório a que o CNM tivera acesso, o recorrente se absteria, como membro daquela Corte Superior, de participar do julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo seu outrora constituinte (Fundamento n. 37).

4.2 Aportes teóricos das Ciências Penais

O caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC) consiste em circunstância ilustrativa dos efeitos deletérios oriundos da *primazia*, em dada situação concreta, da dimensão *simbólica* do Direito Público, fenômeno cujo estudo, pela dogmática jurídica, conquanto, em regra, circunscrito aos lindes das Ciências Penais, merece ser extrapolado para o Direito Punitivo ou Sancionador *em geral*, inclusive o Direito Administrativo Sancionador.

De fato, ressentem-se a literatura jurídica de problematizações, no seio do Direito Administrativo, a respeito da dimensão simbólica do Estado, notadamente no tocante ao Direito Administrativo Sancionador, o qual compartilha com o Direito Penal a característica de integrar o Direito Estatal Punitivo (OSÓRIO, 2005, p. 153).

De outra banda, a nominada “função simbólica do Direito Penal” e, em especial, das leis penais e da sanção penal tem sido objeto de multifacetadas leituras doutrinárias.

A concepção *simbólica* do Direito Penal reverbera com eloquência no Direito Positivo contemporâneo.

Sintomática dessa sua ampla repercussão nas ordens jurídicas atuais é a classificação das leis penais simbólicas elencada por Winfried Hassemer (2008, p. 213-214), ao quadripartilá-las em:

(1) *Declarações de princípios legislativas*. Menciona-se o exemplo do aborto, objeto de tensão dialética entre “a pretensão moral da mulher de determinar o fruto de seu ventre [...] e a afirmação da proibição do homicídio” (HASSEMER, 2008, p. 213).

(2) *Leis com caráter de apelo (moral)*. A título ilustrativo, reporta-se ao Direito Penal Ambiental, voltado a “educar a sensibilidade ecológica das pessoas”, ao proporcionar destaque, na legislação penal, a “proibições enfáticas”, com vistas à proteção do ambiente (HASSEMER, 2008, p. 213).

(3) *Leis-álibi, leis de crise ou reações compensatórias do legislador*. Exemplificam-se, por meio das leis antiterrorismo, destinadas a, ao menos, “acalmar o medo e a indignação do público” (HASSEMER, 2008, p. 214).

(4) E as *leis de compromisso*. *Exempli gratia*, refere-se a normas penais de conteúdo genérico, as quais, “embora *nada resolvam*, [...] dão testemunho de uma sólida coalizão do legislador em torno do objetivo de *satisfazer uma necessidade de agir*” (HASSEMER, 2008, p. 214, grifo nosso).

A larga presença no Direito Legislado do Direito Penal Simbólico também se extrai do magistério de José Luis Díez Ripollés, ao adotar esta classificação *tripartite* das leis penais simbólicas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 42-47):

(1) Leis em função do *objeto satisfeito*, subdivididas em leis: *reativas* (“nas quais predomina o objetivo de demonstrar a rapidez de reflexões de ação do legislador diante do aparecimento de problemas novos”), *identificativas* (“com as quais, sobretudo, se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos”), *declarativas* (“com as quais esclarecem contundentemente quais sejam os valores corretos a respeito de uma determinada realidade social”), *principalistas* (“manifestam primordialmente a validade de certos princípios de convivência”) e *de compromisso* (“cujo papel mais significativo é o de mostrar às forças políticas que as estimularam o respeito dos acordos alcançados”) (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 43-44).

(2) Leis em função das *pessoas principalmente afetadas*, subdivididas em leis: *aparentes* (“formulações tecnicamente defeituosas as fazem inacessíveis às condições operativas do processo penal”), *gratuitas* (“aprovadas sem os recursos pessoais ou materiais necessários para sua efetiva aplicação no caso de infração”) e *imperfeitas* (“não preveem sanções ou sua aplicação é, tecnicamente, impossível”⁹). (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 44-45).

(3) E leis em função do *conteúdo dos efeitos sociais produzidos*, subdivididas em leis: *ativistas* (“com as quais se cria na sociedade a confiança de que se está fazendo algo

⁹ Citação adaptada à Reforma Ortográfica brasileira de 2009.

ante os problemas não resolvidos”), *apaziguadoras* (“que substancialmente produzem o efeito de acalmar as reações emocionais que certos eventos produzem entre a cidadania”), *promotoras* (“cujo efeito deve ser a modificação de determinadas atitudes sociais, diante de certos problemas sociais”) e *autoritárias* (“que produzem o efeito de demonstrar a capacidade coercitiva em geral dos poderes públicos”) (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 45-47).

Conforme se depreende das supracitadas classificações das normas penais simbólicas registradas por Hassemer (2008, p. 213-214) e Díez Ripollés (2004, p. 42-47), a dimensão *simbólica* do Direito Penal lhe é *imanente* e se exprime em *amplo leque* de leis penais. Em verdade, a feição simbólica do Direito Penal o acompanha ao longo do seu *percurso histórico*, “em menor ou maior grau, para se fixar no âmbito social” (ANJOS, 2007, p. 2).

Em que pese o aspecto simbólico do Direito Penal lhe ser indissociável e *secundá-lo* em sua caminhada multimilenar, as leis penais, no Estado Democrático de Direito e em uma sociedade democrática, *não* devem se *resumir* ao papel simbólico *nem* ter neste a sua função *preponderante*, à vista do risco de se adstringir o Direito Penal (mormente a sanção penal e o aparato estatal relacionado ao Sistema de Segurança Pública e à Justiça Criminal) a um *simulacro de efetividade*, à medida que se *limita* a transmitir ao corpo social “a *aparência* de efetividade e proteção social” (HASSEMER, 2005, p. 115, grifo nosso), uma enganosa demonstração “à opinião pública que o legislador satisfaz uma ‘*necessidade de ação*’ rápida e eficaz” (HASSEMER, 2005, p. 115, grifo nosso).

O Direito Penal no qual *predomina* ou *somente existe* a sua dimensão *simbólica* “aproveita-se do terrorismo da opinião pública pela mídia e produz *símbolos*, produz notícias, produz mais intimidação, mas *não* soluções” (SEMER, 2007, p. 112, grifo nosso).

Ao se disseminar a sua vertente simbólica, *expande-se* a fronteira do Direito Penal, convolvendo-se tal ramo do Direito Punitivo, em vez de *extrema* ou *ultima ratio*, em *prima ratio* e panaceia universal (CALLEGARI, 2008, p. 219): os problemas sociais passam a ser respondidos, pelo aparelho estatal, por intermédio do “permanente recurso à legislação penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23), ao se deslocar “ao *plano simbólico* (isto é, ao da declaração de princípios, que *tranquiliza* a opinião pública) o que deveria resolver-se *no nível da instrumentalidade* (da proteção *efetiva*)”¹⁰ (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23, grifo nosso).

Consiste em conduta do Poder Público *desleal* para com a sociedade, uma vez que esta é *iludida* “com uma *falsa imagem* de austeridade, de força e de poder, enquanto a criminalidade *continua a crescer*” (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004, p. 48, grifo nosso).

¹⁰ Citação adaptada à Reforma Ortográfica brasileira de 2009.

Cita-se, como caso emblemático, a vigência da legislação de crimes hediondos haver surtido *efeito contrário*, já que a prática de tais infrações penais no Brasil cresceu, em vez de diminuir, fenômeno contrário à crença de que leis mais severas, por si só, inibem os criminosos (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004, p. 47-48).

A função simbólica do Direito Penal contribui para a sua *desformalização*, à proporção que se *flexibilizam* princípios e garantias processuais basilares, tais quais “os do *contraditório*, da *ampla defesa*, da *presunção de inocência*, da *motivação* dos atos do processo, do *direito de recorrer*” (FRANCO, 1997, p. 2, grifo nosso), fenômeno materializado, por vezes, em atos judiciais concessivos de medidas cautelares imbuídas de motivações *genéricas* (ROBERTO, 2008, p. 17), em nome da “necessidade de ação” a que se reporta Hassemer (2005, p. 115), no afã de o Poder Público evidenciar, perante a opinião pública, haver adotado postura enérgica, impregnada de maior *eficiência, eficácia e efetividade* — o chamado “eficientismo penal” (CALLEGARI, 2008, p. 219), a encarnar o idealizado *saneamento moral da sociedade*.

Como adverte Díez Ripollés, o Direito Penal simbólico infiltra-se não apenas na *elaboração* das leis penais, como também, e cada vez mais, na *aplicação* da legislação penal, bem como na *execução* das penas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 47).

A *culpabilidade* do agente, que deve constituir aspecto *fulcral* do Direito Penal, ofusca-se pela tônica no *fomento à aparência*, perante a mídia e a opinião pública, do incremento da eficiência, eficácia e efetividade do sistema penal, mediante o *discurso de endurecimento* na formulação, aplicação e execução das leis penais.

O Direito Penal de tonalidades majoritariamente simbólicas se *desnatura*, ao se *desviar do propósito* de (res)socializar apenados e de inibir criminosos em atividade ou em potência, para se concentrar no *mero apaziguamento* da sociedade e da opinião pública (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 104), forte na parceria, com ênfase no populismo de cunho punitivo e moralista, entre os meios de comunicação de massa e agentes públicos (determinado contingente de agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo, bem assim parcela de autoridades do Poder Judiciário e do Ministério Público).

Diante da influência dos meios de comunicação de massa para (des)legitimar o Estado aos olhos da opinião pública e da população em geral, nota-se o imbricamento entre a *latente* (CANCIO MELIÁ, 2005, p. 59) função simbólica do Direito Penal e o *populismo punitivo midiático* (GOMES; ALMEIDA, 2013, *passim*; GLOECKNER, 2012, p. 735-727¹¹), por intermédio de *mecanismos de retroalimentação*: autoridades estatais priorizam o aspecto *simbólico* do múnus público que desempenham, enquanto órgãos e entidades de comunicação social conferem espaço privilegiado a matérias jornalísticas *sensacionalistas*, em apologia de um perfil de agente público alçado à estatura de

¹¹ Páginas numeradas de modo decrescente.

justiceiro, incumbido, tacitamente, da tarefa de contemplar o anseio de parcela da sociedade por *vingança pública*, a título de contraponto à corrupção administrativa, aos atos de improbidade administrativa e aos mais diversos matizes de crimes e contravenções, assim como ao aumento da violência e da criminalidade e à crença de que os criminosos e os donos do poder perpetuam-se na impunidade.

A população vê sua demanda por atuação estatal mais dura retroalimentada pela ressonância, no ordenamento jurídico, do discurso populista de viés punitivo e midiático, sem recordar que o próprio corpo social que tanto clama por medidas draconianas será o destinatário de tais ações do Poder Público (CALLEGARI, 2008, p. 218).

4.3 O potencial populista do Direito Administrativo Sancionador

Em realidade, a faceta *simbólica* do Estado *desborda* da arena penal, espalhando-se por outros cenários da atuação estatal, de âmbito *administrativo*, *normativo* e *jurisdicional*, mormente nas searas do setor público mais vulneráveis à constante *pressão da opinião pública* e dos *meios de comunicação de massa*, para que o Poder Público se valha de postura *severa* na defesa da moralidade pública e em uma espécie de *depuração* das mazelas morais da sociedade e da ambiência pública.

A crescente *dimensão simbólica* do Direito Público, espargida, com gradações, pelas funções estatais *normativa*, *jurisdicional* e *administrativa*, embora mais sobressalente no Direito Penal, também se manifesta no Direito Administrativo, máxime no Direito Administrativo Sancionador — inclusive no Direito Administrativo Disciplinar (OSÓRIO, 2005, p. 164) — e no exercício das potestades da Administração Pública.

O ato da Administração Pública e do Poder Judiciário de julgar condutas, à luz do regime jurídico-administrativo, implica, por vezes, enfrentar pressões ocultas ou manifestas dos meios de comunicação de massa, da opinião pública e dos grupos de pressão, à semelhança dos julgamentos levados a cabo pela Justiça no campo do Direito Penal¹².

Transmigrando ao campo do processo e do procedimento administrativos a reflexão do constitucionalista dominicano Eduardo Jorge Prats endereçada à Justiça Criminal¹³, pode-se afirmar que, se nenhum aplicador do Direito Administrativo Sancionador deve ser punido por sancionar um culpado, com mais razão não deve sê-lo por absolver um acusado, em virtude da insuficiência de provas ou de violação ao devido processo legal.

¹² Na literatura jurídica brasileira de Direito Administrativo, mostra-se digna de nota a crítica de Sérgio Ferraz e de Adilson Abreu Dallari à instrumentalização do processo administrativo para atender o clamor popular, por vezes fabricado por meios de comunicação de massa (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 255-256).

¹³ “Se entiende que ningún juez es removido de su puesto por condenar a un acusado sino más bien por liberarlo por insuficiencia de pruebas o violación del debido proceso.” (PRATS, 2013, p. 5)

Nessa mesma toada, inspirando-se no alerta do renomado teórico do garantismo Luigi Ferrajoli acerca risco do populismo judicial e, mais ainda, do populismo penal comprometerem a imparcialidade do Poder Judiciário¹⁴, insta acentuar, parafraseando-se as palavras do jusfilósofo florentino direcionadas ao processo judicial e as adaptando às peculiaridades do processo administrativo: o populismo, quando ressoa na esfera do Direito Administrativo Sancionador, ainda que alicerçado no eventual consenso de parcela da opinião pública, ofusca o respeito ao princípio da impessoalidade e desperta a desconfiança e o medo daqueles situados no polo passivo do litígio administrativo.

Seguindo-se, ainda, os passos do Ferrajoli, acentua-se que a legitimidade dos processos judiciais e administrativos, na tessitura do Direito Administrativo Sancionador (como braço do Direito Punitivo do Estado), não radica no consenso ou no beneplácito da opinião pública, e sim na confiança dos cidadãos (principalmente daqueles que são partes do litígio administrativo ou judicial) na atuação isenta do órgão julgador, na via administrativa ou judicial.

4.4 A motivação aparente

Embora a categoria jurídica da motivação *aparente* tenha servido de baliza, no Aresto do multicitado Expediente n. 03891-2011-PA/TC (PERU, 2013d), ao controle da motivação da decisão *administrativa*, sua origem, no seio da jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru, reside na seara do controle, pelo TC, da motivação da decisão *judicial* (PERU, 2013h, 2013i, 2013j, 2013l 2013m, 2014), conforme se constata, perscrutando-se *tanto* o Voto conjunto e em separado (Fundamento n. 11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini, no Expediente n. 1744-2005-PA/TC, *quanto* os Acórdãos dos Expedientes 00037-2012-PA/TC (Fundamento n. 34), 04295-2007-PHC/TC (Fundamento n. 4), 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7) e 01939-2011-PA/TC (Fundamento n. 24).

Ao se compulsar os Arestos do TC a respeito dos Expedientes ns. 00037-2012-PA/TC (Fundamento n. 34), 04295-2007-PHC/TC (Fundamento n. 4), 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7) e 01939-2011-PA/TC (Fundamento n. 26), vê-se que a Resolução Judicial do Expediente n. 3943-2006-PA/TC (Fundamento n. 4) consubstancia a pioneira *decisão colegiada* do Tribunal Constitucional do Peru a aludir à motivação *aparente*, precedida, consoante lembra o Aresto do supracitado Expediente 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7), pelo Voto conjunto e *em separado* (Fundamento n.

¹⁴ “Mucho más grave e intolerable es el populismo judicial y mucho más el populismo penal. Compromete la imparcialidad del juez y produce inevitablemente, más allá del consenso de una parte más o menos amplia de la opinión pública, la desconfianza y el miedo de los ciudadanos que son partes en el juicio. [...] En suma, la legitimidad de la jurisdicción, precisamente porque se basa en la verdad procesal, inevitablemente relativa, y en la garantía de los derechos, inevitablemente imperfecta, es siempre tendencial, aproximativa y a su vez relativa e imperfecta. Depende, como se ha dicho, no del consenso sino de la confianza de los ciudadanos.” (FERRAJOLI, 2013, p. 183)

11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini, proferido no Expediente n. 1744-2005-PA/TC (PERU, 2013h, 2013i, 2013j, 2013l, 2013m, 2014).

Os Arestos dos Expedientes ns. 00037-2012-PA/TC (Fundamento n. 34), 3943-2006-PA/TC (Fundamento n. 4) e 04295-2007-PHC/TC (Fundamento n. 4) elencam 5 (cinco) espécies de “violação ao conteúdo constitucionalmente protegido do direito à motivação das resoluções judiciais” (PERU, 2013l, 2013m, tradução nossa), a título de *tipologia* das hipóteses de menoscabo dessa exigência constitucional (PERU, 2013j): (1) a *inexistência* de motivação ou motivação *aparente*, (2) a *falta* de motivação *interna* do raciocínio jurídico esposado (“falta de motivación interna del razonamiento”), (3) a *deficiência* da motivação *externa*, (4) a motivação *insuficiente* e (5) a motivação *substancialmente incongruente* (PERU, 2013j, 2013l, 2013m).

Tais decisões colegiadas do TC definem cada uma dessas hipóteses de motivação judicial indevida, *salvo*, justamente, a *primeira* hipótese, a de motivação *inexistente* ou *aparente*, cujo teor, porém, é desnudado por outros precedentes atrás enumerados: os Acórdãos dos Expedientes ns. 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7) e 01939-2011-PA/TC (Fundamento n. 26), bem assim pelo Voto conjunto e em separado (Fundamento n. 11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini pronunciado no Expediente n. 1744-2005-PA/TC (PERU, 2013i, 2013l, 2014).

De acordo com o Aresto do Expediente n. 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7) e o Voto conjunto e em separado (Fundamento n. 11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini alinhavado no Expediente n. 1744-2005-PA/TC, a motivação *inexistente* ocorre (1) caso se *ausente* do teor do *decisum* a indicação “das razões *mínimas* que embasam a decisão” (grifo nosso), ou (2) quando o ato decisório *não* se posiciona acerca “das alegações das partes do processo, ao passo que a motivação *aparente* concerne à motivação que “somente *intenciona* dar um cumprimento *formal* do mandato [de motivação], amparando-se em frases *sem nenhuma sustentação fática ou jurídica*” (PERU, 2013i, 2013l, 2014, grifo nosso).

Já no Expediente n. 01939-2011-PA/TC (Fundamento n. 26), remarcou-se que a motivação *aparente* se apresenta nas circunstâncias nas quais, conquanto o ato decisório esteja impregnado de argumentos ou razões fáticas ou jurídicas destinadas a justificá-lo, detecta-se que a linha argumentativa invocada ou os motivos de ordem fática ou jurídica declinados são, em verdade, *falsos*, *simulados* ou *inapropriados*, ou seja, em realidade, denotam-se *inidôneos* para servir de supedâneo à decisão adotada (PERU, 2013l).

A leitura dos Arestos dos Expedientes ns. 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7) e 01939-2011-PA/TC (Fundamento n. 26), assim como do Voto conjunto e em separado (Fundamento n. 11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini articulado no Expediente n. 1744-2005-PA/TC (PERU, 2013i, 2013l, 2014), conduz à ilação de que, na

óptica do TC, a motivação *inexistente* relaciona-se com uma conduta *omissiva*, na medida em que se *ausentam* os motivos fático-jurídicos em que se apoia a decisão estatal, ou a autoridade ou o órgão colegiado incumbido da potestade decisória se *abstém* de se posicionar, de forma fundamentada, acerca das *alegações* aduzidas pelas partes ou interessados, enquanto que a motivação *aparente* diz respeito a uma conduta *comissiva*, materializada por uma motivação adequada sob o vértice jurídico apenas no plano *formal* e *aparente*, fruto da tentativa de se induzir a erro o intérprete, valendo-se de subsídios jurídicos e fáticos que, consignados no corpo do ato decisório, conferem-lhe o semblante de veracidade, legalidade, juridicidade e legitimidade, quando, em seu substrato, contêm argumentos *falsos*, *simulados* ou *inadequados* àquela circunstância (PERU, 2013i, 2013l, 2014).

4.5 A falsa motivação

Os contornos das motivações *inexistente* e *aparente* delineados pelo Tribunal Constitucional do Peru aproximam-se das molduras da *falta de motivação* e da *falsa motivação* descritas pelo Conselho de Estado da Colômbia, *sem que* comunguem tais construções pretorianas peruana e colombiana de *plena* coincidência de conteúdo COLÔMBIA, 2014d, 2014e, 2014f, 2014g, 2014h; PERU, 2013i, 2013l, 2014).

De acordo com o Acórdão de 23 de junho de 2011 da Quarta Seção da Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado colombiano, nos autos do Processo n. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), enquanto a *falta de motivação* corresponderia à violação de pressuposto ou causa de nulidade por expedição irregular do ato administrativo, com relação direta com o princípio da legalidade e com o controle dos fatos determinantes da decisão administrativa, a *falsa motivação* surgiria quando os fatos invocados pelo ato decisório não fossem *devidamente comprovados* pela Administração Pública, ou quando esta se omitiu de levar em conta fatos comprovados que, se houvessem sido considerados, o Estado-Administração teria aviado uma decisão *substancialmente diversa* (COLÔMBIA, 2014f)¹⁵.

Essas duas hipóteses de *falsa motivação* são corroboradas por aquela Seção da SCA/CCE, tanto no Acórdão de 15 de março de 2012, nos autos do Processo n. 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757), quanto no Acórdão de 16 de setembro de 2010, nos autos do Processo n. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660) (COLÔMBIA, 2014h, 2014g).

Conquanto, no precitado Aresto de 23 de junho de 2011, nos autos do Processo 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), o Conselho de Estado da Colômbia mencione os efeitos deletérios da *falta de motivação* na seara do *princípio da legalidade* e do

¹⁵ Na doutrina administrativista brasileira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 228) espousa entendimento diverso, assim exemplificado: “[...] se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente, se ele praticou infração diversa, o motivo é falso”.

controle dos fatos determinantes, sem esclarecer em que consistiria, a seu juízo, o teor da *falta de motivação*, a sua formulação da categoria jurídica da *motivação falsa* — planteada em precedentes acima referenciados, seja em tal Acórdão dos autos do Processo n. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), seja nos Arestos dos autos do Processos ns. 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757) e 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660) — abrange o que, aos olhos do Acórdão do Tribunal Constitucional do Peru expendido no Expediente n. 00728-2008-PHC/TC (Fundamento n. 7), assim como do Voto conjunto e em separado (Fundamento n. 11) dos Magistrados Gonzales Ojeda e Alva Orlandini exposto no Expediente n. 1744-2005-PA/TC, corresponderia não só a uma das espécies de *motivação aparente* (atinente à hipótese da decisão estatal encerrar juízos de valor *sem alicerce fático* nos autos), como também uma a das duas modalidades de *motivação inexistente* (aquela derivada da *omissão* do ato decisório, ao *não* se posicionar acerca de *alegações* suscitadas por parte(s) do processo) (COLÔMBIA, 2014f; 2014g; 2014h; PERU, 2013i; 2014).

Ainda nos indicados Arestos de 23 de junho de 2011, nos autos do Processo n. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), e de 15 de março de 2012, nos autos do Processo 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660), o Conselho de Estado da Colômbia enxergou na *motivação falsa* a circunstância em que a Administração Pública, ao motivar seu ato decisório, incorreu em *disparidade* com o cenário *fático* do caso concreto, ao se estribar em elementos *fáticos inexistentes* ou *mal apreciados* (erroneamente interpretados) (COLÔMBIA, 2014e, 2014f).

Em complemento a tais lineamentos da Quarta Seção da Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado da Colômbia, a Segunda Seção da SCA/CEC, no Acórdão de 27 de janeiro de 2011, nos autos do Processo n. 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08), vislumbrou a *falsa motivação* como *erro fático ou jurídico* que, em determinado momento, pode afetar a *legalidade* do ato administrativo e a distinguiu do *desvio de poder*, que seria a intenção da autoridade administrativa de perseguir fim *distinto* do previsto pelo legislador (COLÔMBIA, 2014d).

Esse entendimento da Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado colombiano de que uma das manifestações da *motivação falsa* seria a remissão, pelo ato decisório, a fatos *ausentes* daquele caso concreto ou *mal apreciados* recorda, por sua vez, a doutrina administrativista francesa, quanto ao *controle dos motivos* do ato administrativo e sua correlação com o *desvio de poder*.

4.6 A inexistência material ou legal dos motivos

Segundo Roger Bonnard, em *Précis de Droit Administratif* (que se pode traduzir como “Breves Lições de Direito Administrativo” ou “Resumo de Direito Administrativo”), de 1935, a inexistência *material* dos motivos (*inexistence matérielle des motifs*) concerne à *ausência*, no plano *fático*, das razões invocadas ou dos fatos ou das situações

apresentadas como condicionantes e determinantes do ato administrativo: “c’est-à-dire que l’acte est illégal ou bien parce que les *faits ou situations qui sont présentés comme le conditionnant et le déterminant*, soits es motifs, sont *matériellement inexistants*: c’est l’inexistence *matérielle* des motifs” (BONNARD, 1935, p. 223).

Já a *inexistência legal* dos motivos (*inexistence légale des motifs*) diz respeito à *falta de correlação entre os fatos e o embasamento legal*, na medida em que os fatos ou as situações alegadas *não* possuem os caracteres almejados pela lei: “[...] soit parcé que ces faits ou situations n’ont pas le caractères voulus par la loi, pour pouvoir servir de motifs à l’acte en cause: c’est l’inexistence *légale* des motifs” (BONNARD, 1935, p. 223).

Entre os exemplos mencionados por Bonnard, figura a hipótese em que os motivos da sanção disciplinar se relacionam a faltas disciplinares que, em verdade, não foram praticadas: “[...] lorsque les actes qui constituer aient la faute disciplinaire n’ont pas été en réalité accomplis” (BONNARD, 1935, p. 223).

Em tal circunstância, haveria a *inexistência legal dos motivos*, porque o ato funcional levado a cabo, sendo lícito, não constituiria falta disciplinar, de sorte que existiria uma incongruência entre os fatos narrados e a tipificação disciplinar a eles cogitada: “[...] le motif a une inexistence légale quand les actes qualifiés de fautes disciplinaires sont en fait des actes licites qui ne peuvent pas constituer une faute” (BONNARD, 1935, p. 223).

Ao sintetizar o pensamento de Bonnard, traduz, em palavras mais sucintas, José Cretella Júnior:

O ato é ilegal seja porque os fatos ou situações que se apresentam como devendo condicioná-lo ou determiná-lo são materialmente inexistentes (inexistência material de motivos), seja porque tais fatos ou situações não reúnem os característicos fixados em lei para que possam servir de fundamento ao ato em causa (inexistência legal de motivos) (Roger Bonnard, *Précis*, 1935, ps. 222-223) (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 186).

No artigo intitulado “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir” (“O poder discricionário das autoridades administrativas e o recurso por excesso de poder”), encartado, em 1923, na *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, Bonnard preconiza a adoção de controle dos motivos da sanção disciplinar estribado em 3 (três) etapas:

- (1) Primeiro, cumpre aferir se o ato funcional realmente foi praticado e se sua autoria de fato repousa naquele funcionário público;
- (2) Depois, impende perquirir se o ato funcional é suscetível de constituir uma falta disciplinar, isto é, averigua-se se o seu autor não agiu autorizado por lei;

(3) Por fim, deve-se verificar se o ato funcional acoimado de ilícito realmente reúne características próprias de uma falta disciplinar e, em caso afirmativo, cabe aquilatar a gravidade dessa infração disciplinar:

Ainsi pour la faute disciplinaire, il faudra apprécier : 1^o si *le fait reproché au fonctionnaire existe matériellement, si le fonctionnaire a réellement fait l'acte que l'on prétend* ; 2^o si ce fait est susceptible légalement de constituer une faute, s'il ne s'agit d'un acte autorisé autorisé par la loi ; 3^o enfin, si le fait est réellement une faute, s'il possède les caractères qui constituent la faute disciplinaire et quel est degré de gravité de cette faute. [...] (BONNARD, 2014b).

Consoante entende Bonnard, o ato jurídico cuja alvorada decorre de determinados motivos deve ser adequado a esses motivos: [...] “l'acte juridique étant provoqué par certains motifs *devra être adéquat à ces motifs*. La décision doit être telle qu'elle *s'adapte aux éléments d'où elle procède*” (BONNARD, 2014b, grifo nosso).

Conforme ensina o administrativista francês, a conduta comissiva ou omissiva é apropriada se os motivos nos quais se alicerça a Administração Pública para assim proceder receberam uma apreciação exata: “Une décision ou une abstention sont opportunes lors que, *les motifs ayant été exactement appréciés*, elles cadrent avec ces motifs.” (BONNARD, 2014b, grifo nosso).

A relevância de uma apreciação *adequada* da tessitura fática também se colhe do magistério de Maurice Hauriou, ao ressaír a frequência com decisões executórias, de âmbito administrativo, respaldam-se (1) em fatos *materialmente inexatos*, (2) em erros sobre os *elementos fáticos* e (3) em *falsas alegações de fatos*:

Il arrive assez fréquemment que des décisions exécutoires sont émises sur la base de *faits matériellement inexacts*, soit qu'il y ait eu, de la part de l'autorité administrative, *erreur sur les faits*, soit qu'il y ait eu, ce qui est plus grave, *fausse allégation de faits* (HAURIOU, 1933, p. 450-451, grifo do autor).

Roger Vidal alerta para a importância do “controle da inexistência material”, ao obtemperar que, “mesmo nas melhores Administrações, sucede que as autoridades costumam dar aos fatos materialmente existentes uma péssima qualificação jurídica” (VIDAL, 1952, p. 54).

Jèze Gaston acentua que uma das utilidades da teoria geral dos motivos determinantes (*théorie générale des motifs déterminants*)¹⁶ seria conhecer a verdadeira natureza jurídica de dado ato regido pelo Direito Público, a despeito das aparências, das

¹⁶ De acordo com a *teoria dos motivos determinantes*, “quando a Administração [Pública] indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros” (DI PIETRO, 2008, p. 207). Para Diogenes Gasparini (2006, p. 66), a teoria dos motivos determinantes surgiu em razão da obrigatoriedade de que existam no mundo real os motivos alegados que determinam a prática dos atos administrativos.

dissimulações, dos termos jurídicos impróprios, a fim de se saber se a competência foi exercida nos limites da correspondente moldura jurídica¹⁷:

Telle est la théorie générale des motifs déterminants en droit public. Elle est capitale.

[...] Une de ses utilités, sur laquelle il faut insister, est de permettre de dégager la *nature juridique véritable d'un acte, malgré les apparences, les dissimulations*, malgré les *termes impropres* dont il a été qualifié, de découvrir si la compétence a bien été exercée dans les cas et conditions où la loi l'a accordée. (JÈZE, 2014, p. 440, grifo do autor)

Diante do exposto, pode-se, com segurança, aderir à súmula de Caio Tácito, no seu clássico artigo “Controle jurisdicional da motivação dos atos administrativos”, ao asserir que o controle francês dos motivos (nessa formulação da primeira metade do século XX) “compreende três formas próprias”, é dizer, “[1] os motivos materialmente inexistentes, [2] os motivos inexatos ou mal apreciados na matéria de fato e [3] os motivos inexatos ou mal apreciados em matéria de direito” (TÁCITO, 1955, p. 27)¹⁸.

Inspirado no Direito Administrativo francês, Tácito pontifica que será nulo o ato administrativo, por violar o princípio da legalidade, se (1) inexistente o motivo ou (2) se deste foram extraídas “consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado” (TÁCITO, 1997, p. 301).

5 Conclusão

À luz da jurisprudência iterativa do Tribunal Constitucional do Peru, nota-se que o devido processo legal adensa o conjunto de *normas, garantias e requisitos de ordem pública* a ser observado em todos os *procedimentos e processos* regidos pelo Direito Administrativo a *afetarem a esfera jurídica alheia*.

¹⁷ Ao discorrer sobre o vício quanto ao motivo do ato administrativo, Vladimir da Rocha França remete-se ao art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei da Ação Popular, que caracteriza a *inexistência dos motivos* quando a *matéria de fato* ou *de direito* na qual se fundamenta o ato é *materialmente inexistente* ou *juridicamente inadequada para o resultado obtido*. Inspirado em Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 53), França entende que tal regra legal constitui desdobramento do *princípio da realidade* (FRANÇA, 2007, p. 160).

¹⁸ Na literatura administrativista brasileira contemporânea, Florivaldo Dutra de Araújo acolhe o posicionamento de que a motivação *formal* evidenciaria à sociedade em geral que o ato administrativo restou motivado sob o aspecto *material* ou *substantivo*: “[...] a *motivação formal* constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da *motivação substancial*. Vale dizer: segundo os motivos *reais* aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal” (ARAÚJO, 2006, p. 120, grifo nosso). No México, posicionamento similar apresenta Rubén Sánchez Gil, ao corroborar a classificação em motivação *formal* e *material* e compartilhar a linha de raciocínio da jurisprudência mexicana de que a *motivação material* concerneria ao exame do “fundo do ato de autoridade”, a fim de se aferir se são devidamente aplicados os preceitos invocados, se as razões mencionadas, de fato, conduzem às consequências jurídicas explicitadas, é dizer, se o conteúdo do ato estatal em análise é correto, se se encontra imbuído de racionalidade (SÁNCHEZ GIL, 2014).

Nessa perspectiva delineada pelo TC, a motivação da decisão administrativa consiste (a) em *direito fundamental inominado* imanente ao conteúdo essencial do *direito à tutela processual efetiva*, (b) em garantia fundamental de *razoabilidade* e de *não arbitrariedade* nas circunstâncias em que a decisão emitida repercute, de maneira *negativa*, na situação jurídica de determinadas pessoas, (c) em princípio constitucional *implícito* à Constituição peruana de 1993, (d) e inerente à *organização* de todos os *Estados Democráticos*, a traduzir (e) *dever estatal*, cujo cumprimento, na ambiência do Estado-Administração, (f) proporciona *segurança jurídica* aos administrados e *elemento de certeza jurídica* seja à autoridade administrativa encarregada de *decidir*, seja à autoridade administrativa a atuar como *instância revisora* daquela.

Ainda segundo a jurisprudência do TC, a motivação *anterior* ou *contemporânea* ao ato decisório, quer *sucinta*, quer *extensa*, deve ser *coerente* com as peculiaridades do caso concreto, condizente com os *fatos apurados* nos respectivos autos (proporcional ao conteúdo dos autos) e consentânea com o *ordenamento jurídico*, *purificada* de fórmulas *genéricas*, *vazias*, *obscuras*, *vagas*, *contraditórias* ou *insuficientes*.

O caso Hinostroza (Expediente n. 03891-2011-PA/TC) demonstra os efeitos deletérios oriundos da *primazia*, em dada situação concreta, da dimensão *simbólica* do Direito Público, fenômeno cujo estudo, pela dogmática jurídica, merece ser aprofundado no Direito Administrativo Sancionador (inclusive no Direito Administrativo Disciplinar), já que o ato da Administração Pública e do Poder Judiciário de julgar condutas à luz do regime jurídico-administrativo, implica, por vezes, enfrentar pressões ocultas ou manifestas dos meios de comunicação de massa, da opinião pública e dos grupos de pressão, à semelhança dos julgamentos levados a cabo pela Justiça no campo do Direito Penal.

Na jurisprudência do TC, a motivação *inexistente* relaciona-se com uma conduta *omissiva*: (a) a *ausência* dos motivos fático-jurídicos em que se apoia a decisão estatal ou (b) a *omissão* do órgão decisório de se posicionar, de forma fundamentada, acerca das *alegações* aduzidas pelas partes ou interessados. Já a motivação *aparente* diz respeito a uma conduta *comissiva*: uma motivação juridicamente adequada apenas no plano *formal* e *aparente* — subjacentes ao semblante de veracidade, de legalidade, de juridicidade e de legitimidade, vicejam argumentos *falsos*, *simulados* ou *inadequados* àquela circunstância.

As motivações *inexistente* e *aparente* delineadas pelo Tribunal Constitucional do Peru aproximam-se da *falta de motivação* e da *falsa motivação* descritas pelo Conselho de Estado da Colômbia, *apesar* de *não* comungarem de *plena* coincidência de conteúdo.

De acordo com a Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado colombiano, a *falta de motivação* corresponde à violação de pressuposto ou causa de nulidade por expedição irregular do ato administrativo, com relação direta com o

princípio da legalidade e o controle dos fatos determinantes da decisão administrativa, ao passo que a *falsa motivação* surge quando os fatos invocados pelo ato decisório *não* são *devidamente comprovados* pela Administração Pública, ou quando esta se *omitiu* de levar em conta fatos comprovados que, se houvessem sido considerados, teria adotado uma decisão *substancialmente diversa*.

A *motivação falsa*, na jurisprudência do Conselho de Estado da Colômbia, guarda correlação, na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru, com uma das espécies de *motivação aparente* (aquela atinente à hipótese da decisão estatal encerrar juízos de valor *sem alicerce fático* nos autos) e com a *motivação inexistente* (quando derivada da *omissão* do ato decisório, ao *não* se posicionar acerca de *alegações* suscitadas por parte(s) do processo).

A *motivação falsa*, na óptica do Conselho de Estado da Colômbia, engloba a circunstância em que a Administração Pública, ao motivar seu ato decisório, incorre em *disparidade* com o cenário *fático* do caso concreto, ao se estribar em elementos *fáticos inexistentes* ou *mal apreciados* (erroneamente interpretados).

O entendimento da Sala do Contencioso Administrativo do Conselho de Estado colombiano de que *uma* das manifestações da *motivação falsa* seria a remissão, pelo ato decisório, a fatos *ausentes* daquele caso concreto ou *mal apreciados* recorda, por sua vez, a doutrina administrativista francesa, sobretudo da primeira metade do século XX, quanto ao *controle dos motivos* do ato administrativo.

Segundo Roger Bonnard, a inexistência *material* dos motivos concerne à *ausência*, no plano *fático*, das razões invocadas ou dos fatos ou das situações apresentadas como condicionantes e determinantes do ato administrativo, ao passo que a *inexistência legal* dos motivos diz respeito à *falta de correlação entre os fatos e o embasamento legal*, na medida em que os fatos ou as situações alegadas *não* possuem os caracteres almejados pela lei. Entre os exemplos mencionados por Bonnard, figura a hipótese em que os motivos da sanção disciplinar se relacionam a faltas disciplinares que, em verdade, não foram praticadas. Em tal circunstância, haveria a *inexistência legal dos motivos*, porque o ato funcional levado a cabo, sendo lícito, não constituiria falta disciplinar, de sorte que existiria uma incongruência entre os fatos narrados e a tipificação disciplinar divisada pela autoridade administrativa.

Bonnard preconiza a adoção do *controle dos motivos* da sanção disciplinar estribado em 3 (três) etapas: (1) primeiro, cumpre aferir se o ato funcional *realmente* foi praticado e se sua *autoria* de fato repousa naquele funcionário público; (2) depois, impende perquirir se o ato funcional é suscetível de constituir uma *falta disciplinar*, é dizer, averigua-se se o seu autor não agiu autorizado por lei; (3) por fim, deve-se verificar se o ato funcional acoimado de ilícito realmente reúne *características próprias*

de uma falta disciplinar e, em caso afirmativo, cabe aquilatar a *gravidade* dessa infração disciplinar.

Para Bonnard, o ato jurídico deve ser *adequado* aos motivos de que decorre e refletir uma *apreciação exata*. Maurice Hauriou resplende a frequência com que decisões administrativas executórias encerram (1) fatos *materialmente inexatos*, (2) erros sobre os *elementos fáticos* e (3) *falsas* alegações de fatos. Roger Vidal frisa que, mesmo nas melhores Administrações, ocorre a *péssima qualificação jurídica* de fatos materialmente existentes. Jèze Gaston vislumbra a *teoria geral dos motivos determinantes* como meio para o controle da competência administrativa, a despeito das *aparências*, das *dissimulações* e dos *termos jurídicos impróprios*.

Esses ensinamentos da doutrina francesa da primeira metade do século XX podem ser sumarizados no controle dos motivos do ato administrativo, considerando, arremata Caio Tácito, (1) os motivos *materialmente inexistentes*, (2) os motivos inexatos ou mal apreciados na *matéria fática* e (3) os motivos inexatos ou mal apreciados na *matéria jurídica*.

6 Referências

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal simbólico e finalidade da pena. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 171, p. 2-3, fev. 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

BONNARD, Roger. *Precis de droit administratif : partie generale*. 2. éd. Paris : Sirey, 1935. 598 p.

_____. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, v. 30, t. 40, p. 363-392, jan.-déc. 1923. Disponible dans : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb343491628/date.r=.langPT>>. Accès : 10 jan. 2014.

BRASIL. Anexo do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário 2007, n. 4, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-221.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Dereito Penal” do inimigo? In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dereito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Cap. II, p. 51-81.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008. 1.174 p.

COLÔMBIA. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo). Sentencia de 30 de julio de 1959. Consejero Ponente: Andrés Augusto Fernández M. Disponible en: <<http://190.24.134.67/sentencias/SALA%20DE%20LO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO/1959/CE-SCA-1959-07-30.DOC>>. Consultado el: 1 ene. 2014a.

_____. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A). Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincon. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10). Bogotá, D.C., 7 de febrero de 2013. Disponible en: <http://www.bame.com.co/boletin/index.php?option=com_k2&Itemid=206&id=593_eb10fb0f0d2dd74a41c4e58a4f90b2ec&lang=es&task=download&view=item>. Consultado el: 1 ene. 2014b.

_____. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera). Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Radicación número: 5051. Bogotá, D.C., 8 de octubre de 1998. Disponible en: <http://www.cartagena.gov.co/secplaneacion/Documentos/pages/pot/files/normograma/Licencia_construccion_Falsa_motivacion.pdf>. Consultado el: 1 ene. 2014c.

_____. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08). Bogotá, D.C., 27 de enero de 2011. Disponible en: <[http://190.24.134.67/sentencias/SECCION%20SEGUNDA/2011/85001-23-31-000-2004-01989-02\(0730-08\).doc](http://190.24.134.67/sentencias/SECCION%20SEGUNDA/2011/85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08).doc)>. Consultado el: 1 ene. 2014d.

_____. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). Bogotá, D.C., 15 de marzo de 2012. Disponible en: <[http://www.contribuyente.org/wp-content/uploads/2012/06/25000-23-27-000-2004-92271-02\(16660\).pdf](http://www.contribuyente.org/wp-content/uploads/2012/06/25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).pdf)>. Consultado el: 1 ene. 2014e.

_____. Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090). Bogotá, D.C., 23 de junio de 2011. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44090>>. Consultado el: 1 ene. 2014f.

_____._____. Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00279-01(16772). Bogotá, D.C., 16 de septiembre de 2010. Disponible en:

<<http://www.almaviva.com.co/pls/portal/docs/PAGE/ALMAVIVA/CONTENIDO/DOCUMENTOS/BOLETIN2010109.PDF>>. Consultado el: 1 ene. 2014g.

_____._____. Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación número: 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757). Bogotá, D.C., 15 de marzo de 2012. Disponible en:

<[http://www.eldiarioelectronico.net/ckfinder/userfiles/files/Diarios%202012/3663/47001-23-31-000-2010-00031-01\(18757\).doc](http://www.eldiarioelectronico.net/ckfinder/userfiles/files/Diarios%202012/3663/47001-23-31-000-2010-00031-01(18757).doc)>. Consultado el: 1 ene. 2014h.

_____. Corte Constitucional (Sala Sexta). Sentencia T-251/09. Bogotá, D.C., 2 de abril de 2009. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-251-09.htm>>. Consultado el: 1 ene. 2014i.

_____. Ley 1437 de 2011 (Enero 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>. Consultado el: 1 ene. 2014j.

_____. Ley 1437 de 2011 (enero 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>. Consultado el: 1 ene. 2014l.

_____. Ley 1437 de 2011 (enero 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>. Consultado el: 1 ene. 2014m.

_____. Ley 167 de 1941 (diciembre 24). Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0167_1941.htm>. Consultado el: 1 ene. 2014n.

_____. Tribunal Administrativo de Cauca. Expediente 19001233300220100019900. Popayán, 21 de junio de 2012. Disponible en: <http://colombiaaldia.co/estados/boletines/boletin_7_2012/Nulidad/19001233300220100019900.pdf>. Consultado el: 1 ene. 2014o.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*: teoria do ato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2. 389 p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O Direito Penal simbólico e os efeitos da pena. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 24-49, jan.-jun. 2004. Tradução de Luciana Caetano da Silva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 824 p.

FERRAJOLI, Luigi. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Traducción de Miguel Carbonell. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, México, D.F., v. 8, n. 15-16, p. 3-18, ene.-dic. 2010. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=refjud&n=15>>. Consultado el: 15 dic. 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 536 p.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 159 p.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. 208 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 18)

FRANCO, Alberto Silva. Novas tendências do Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 56, p. 2, jul. 1997.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.022 p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do populismo punitivo. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, v. 3, n. 19, p. 734-727 [paginação decrescente], 2. quin. out. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013. 509 p. (Coleção Saberes Monográficos)

_____. *O Direito Penal na Era da Globalização: hipertrofia irracional (caos normativo); instrumentalização distorcionante; excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); descodificação; desformalização e funcionalização do Direito Criminal (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); prisionização (explosão carcerária); enfoque crítico do Direito Penal e da legislação criminal brasileira pós-1988*. São Paulo: RT, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 10)

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman

Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe RheniusNitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odin Brandão Ferreira. Porto Alegre: safE, 2008. 336 p.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução (da 2. edição alemã revista e ampliada) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: safE, 2005. 456 p.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. éd. Édition revue et mise à jour par André Hauriou. Paris: Dalloz, 2002. 1.150 p.

JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, v. 29, t. 39, jan.-déc. 1922, p. 377-444. Disponible dans : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb343491628/date.r=.langPT>>. Accès : 10 jan. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da constitucionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 104 p.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. 560 p.

OEA (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n. 71. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_esp.pdf>. Consultado el: 15 nov. 2013.

PERU. Constitución Política del Perú (1993). Disponible en: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Consultado el: 10 oct. 2013a.

_____. Ley n. 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Disponible en: Consultado el: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27444.pdf>>. 14 nov. 2013b.

_____. Poder Judicial del Perú. Corte Superior de Justicia de Callao. Conformación de: segunda sala penal (para reos en cárcel). Disponible en: <<http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Archivos/Libros/diagramacion%20populismo%20penal%20v3.pdf>>. Consultado el: 15 dic. 2013c.

_____. Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 03891-2011-PA/TC. Lima, 16 de enero de 2012. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013d.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 01412-2007-PA/TC. Lima, 11 de febrero de 2009. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013e.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 00156-2012-PHC/TC. Lima, 8 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013f.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 00037-2012-PA/TC. Lima, 25 de enero de 2012. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00037-2012-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013g.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 00728-2008-PHC/TC. Lima, 13 de octubre de 2008. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013i.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 0090-2004-AA/TC. Arequipa, 5 de julio de 2004. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013j.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 01939-2011-PA/TC. Lima, 8 de noviembre de 2011. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01939-2011-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013l.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 3741-2004-AA/TC. Lima, 14 de noviembre de 2005. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013n.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 2732-2007-PA/TC. Lima, 5 de noviembre de 2007. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02732-2007-AA.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013o.

_____. _____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 1744-2005-PA/TC. Lima, 11 de mayo de 2005. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01744-2005-AA.html>>. Consultado el: 09 ene. 2014.

_____. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n. 04295-2007-PHC/TC. Lima, 22 de setiembre de 2008. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04295-2007-HC.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013m.

_____. Tribunal Constitucional. Resolución del Tribunal Constitucional. Exp. n. 3943-2006-PA/TC. Lima, 11 de diciembre de 2006. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>>. Consultado el: 10 oct. 2013h.

PRATS, Eduardo Jorge. *Los peligros del populismo penal*. Santo Domingo de Guzmán: FINJUS, 2008. 74 p. Disponible en: <<http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Archivos/Libros/diagramacion%20populismo%20penal%20v3.pdf>>. Consultado el: 15 dic. 2013.

RAMÓN REAL, Alberto. Fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 15, n.º 62, p. 5-20, abr.-jun. 1982.

ROBERTO, Welton. O devido processo legal, sua fundamentação teórica e posição jurídica no sistema processual penal: a crise da aplicação normativa ante um processo penal meramente simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 182, p. 17-18, jan. 2008.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México, D.F.: UNAM, 2007. 124 p. (Serie Estado de Derecho – Función Judicial) Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2422>>. Consultado el: 1 ene. 2014.

SEMER, Marcelo. Direito Penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 95-128, nov.-dez. 2007.

TÁCITO, Caio. Controle jurisdicional da motivação dos atos administrativos. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 55, p. 25-28, set. 1955.

_____. O desvio de poder em matéria administrativa. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1. p. 71-159.

VIDAL, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 30, p. 34-64, out.-dez. 1952.