

RAZOABILIDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Rommel Moreira Conrado

Juiz de Direito

Sumário: 1. Introdução; 2. Ato Administrativo Vinculado, Discricionário e Mérito; 3. Princípios Constitucionais da Administração Pública e Controle Jurisdicional 4. Controle Jurisdicional e Separação dos Poderes; 5. Princípio da Razoabilidade; 6. Extensão do Controle Jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se tecer algumas considerações acerca da possibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, especialmente à luz do princípio da razoabilidade.

Procurar-se-á, através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, demonstrar quais as balizas aceitáveis para o exercício deste controle.

2 ATO ADMINISTRATIVO: VINCULAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

Dentre as diversas classificações do Ato Administrativo, uma, de relevante interesse prático, consiste na distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário.

Como sabido, diferentemente do particular que pode fazer tudo o que a lei não proíbe (art. 5º, II, CF), a

Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite, encontrando-se, destarte, com um campo de atuação bem mais limitado, tendo em vista o princípio da legalidade estrita (art. 37, CF). Sendo assim, toda e qualquer conduta do administrador público, em qualquer nível, para ser aceitável, deve estar sobre alicerces legais.

Por óbvio, o legislador não tem como prever todas as situações que podem surgir no seio social e, desta forma, discipliná-las. Por isso, não raras vezes, a lei confere ao administrador uma certa “margem de liberdade” para atuar, no caso concreto, da forma que melhor atenda ao interesse público, última razão da lei e do próprio Estado.

Havendo tal “liberdade” para o administrador, encontramos-nos frente ao ato administrativo discricionário. Quando, ao revés, a lei disciplinou todos os elementos do ato administrativo: conteúdo, finalidade, forma etc., não sobrando espaço para movimentação do administrador, tem-se o ato administrativo vinculado. Pode-se citar como ato administrativo discricionário, por exemplo, a escolha, pelo Presidente da República, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, na qual se observará o “notável saber jurídico e reputação ilibada” do escolhido. Como exemplo de ato administrativo vinculado, pode-se mencionar a aposentadoria compulsória do servidor público aos 70 anos de idade: atingida tal idade, não se há de indagar acerca da conveniência em se manter ou não, tal servidor em atividade.

A “liberdade” conferida ao administrador - somente existente no ato administrativo discricionário - é, justamente, o chamado mérito do ato administrativo. Em outras palavras, o mérito é a possibilidade de escolha, por parte do administrador, segundo seus critérios de

conveniência e oportunidade, dentre mais de uma opção igualmente aceitáveis, a que melhor lhe pareça atingir o interesse público.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e CONTROLE JURISDICIONAL

São expressamente previstos na Constituição Federal como princípios a serem obedecidos pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (art. 37)

Além desses princípios, são reconhecidos outros, explícitos ou implícitos, ao longo do texto constitucional, de observância igualmente obrigatória: razoabilidade, proporcionalidade, supremacia do interesse público etc.

Para Hely Lopes Meirelles ¹ :

(....) Por esses padrões é que se não de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais (....)

Célebre é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello ² de que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles reforçada.

Tais princípios, além de servirem de rumo para a conduta da Administração, servem, por outro lado, como forma de controlá-la.

Com base neles, o Poder Judiciário pode exercer o controle dos atos administrativos, observando-os além do prisma da legalidade estrita, sem medo de ferir o tão intocável “mérito”.

De fato, o mérito, como visto anteriormente, é a possibilidade de escolha, por parte do administrador, de mais de uma opção aceitável. E o que seria uma opção aceitável? Ora, em verdade, nem sempre se afigura possível distinguir dentre duas opções qual a mais correta, todavia, muitas vezes, qualquer pessoa de mediano bom senso pode perceber que uma terceira conduta possível, em hipótese alguma, seria aceitável. Traz-se um exemplo que suponho elucidativo: o chefe do Executivo de determinado município,

dispondo de verba para construir um hospital *ou* uma escola, ambos igualmente necessários na cidade, opta por este ou aquele e o faz com o seu juízo de mérito. Contudo, se optar por construir – como, aliás, lamentavelmente já referido em noticiários nacionais – um “aeroporto para disco-voador” não se tem dúvidas de que houve uma explosão dos limites do mérito.

Para Germana de Oliveira Moraes³:

Os princípios constitucionais explícitos da Administração Pública, da impessoalidade, sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade; da moralidade, sob as dimensões da boa-fé, da probidade e da razoabilidade, da eficiência e os princípios gerais do Direito, implícitos na ordem jurídica – da razoabilidade e da proporcionalidade, forneceram os critérios materiais que possibilitaram a extensão do controle jurisdicional para além dos domínios circunscritos à legalidade administrativa.

4 CONTROLE JURISDICIONAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal, em seu art. 2º, prevê que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Tal divisão e intercontrole dos Poderes – ou, como se chama hodiernamente, das funções estatais, eis que o Poder é uno – visa, sabidamente, a preservação dos direitos e garantias

individuais e evitar a hipertrofia e conseqüente tendência ao abuso, por parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Todos os poderes encontram sua “força” na Constituição e, em vista disso, nenhum deles se encontra acima dela. Ora, ao Judiciário incumbe a tarefa de zelar pela Constituição e, por conta disso, além do princípio da inafastabilidade da Jurisdição, prevendo que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), não se pode excluir da apreciação judicial a possibilidade de controle do ato administrativo, quer vinculado, quer discricionário.

Neste sentido, é lapidar a seguinte – decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal em voto do Min. Celso de Mello, proferido no MS (MC) 24.458-DF, encontrada no Informativo STF n.º298 de 17/02/03:

(....) Na realidade, impõe-se, a todos os Poderes da República, o respeito incondicional aos valores que informam a declaração de direitos e aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado.(...) Isso significa, portanto - considerada a fórmula política do regime democrático - que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo - é imune à força da Constituição e ao império das leis.

Uma decisão judicial - que restaure a

integridade da ordem jurídica e que torne efetivos os direitos assegurados pelas leis - não pode ser considerada um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo, consoante já proclamou, em unânime decisão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja a natureza do órgão legislativo cujas deliberações venham a ser questionadas em sede jurisdicional, especialmente quando houver, como no caso, alegação de desrespeito aos postulados que estruturam o sistema constitucional (...)

5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, dentre outros direitos fundamentais, que:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Alexandre de Moraes⁴, comentando tais dispositivos da Carta Magna, trata da relação entre o Devido Processo Legal e o Princípio da Razoabilidade:

O princípio do devido processo legal possui,

em seu aspecto material, estreita ligação com a noção de razoabilidade, pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional.

....

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas – e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello ⁵ traz esclarecimentos pertinentes ao princípio da razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - , as condutas

desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o 'mérito' do ato administrativo, isto é, o campo de 'liberdade' conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita 'liberdade' é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Na jurisprudência, igualmente, é fácil encontrar-se menção ao princípio da razoabilidade no cotejo com o princípio do devido processo legal. Neste sentido, *v.g.* confira-se:

Transgride o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) – analisado este na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*) – a regra

estatal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade. (...) Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF-Suspensão de segurança n.º 1.320-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, DJ, Seção I, 14 de abril de 1999, p. 24)

Desta forma, como anteriormente mencionado, o controle da Administração Pública passa pela análise dos princípios, explícita ou implicitamente, previstos no texto constitucional, especialmente pelo princípio da razoabilidade e, sendo assim, indubitavelmente o controle do ato administrativo por parte do Judiciário não mais se encontra limitado exclusivamente ao aspecto de sua estrita legalidade.

A Juíza Federal Germana de Oliveira Moraes ⁷ bem sintetiza esta questão quando esclarece que:

O controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais espalhado pelo critério necessário, porém insuficiente do *controle de legalidade*, transmutado que foi em *controle da juridicidade*, o qual se concretiza através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente da Constituição ou dedutíveis de seu espírito.

6 EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

Finalmente pergunta-se, qual a extensão dos efeitos do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo? O Poder Judiciário decide qual seria a escolha aceitável ou simplesmente anula o ato administrativo cujos limites do mérito foram ultrapassados?

Compreendo que o Poder Judiciário pode – e deve – se o caso, reconhecer que no exercício das atividades administrativas foram feridos princípios constitucionais como o da razoabilidade e o do devido processo legal e anular o ato correspondente. Todavia, sob pena de, agora sim, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, não pode substituir o “mérito” do administrador pelo seu próprio.

Desta forma, o ato administrativo pode ser anulado pelo Judiciário, todavia, nova escolha do mérito deve ser feita mais uma vez pela Administração, sem embargo de, se o caso, outra vez olvidados princípios constitucionais, nova apreciação judicial.

BIBLIOGRAFIA

- 1- MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito Administrativo Brasileiro***. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 81
- 2- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. 13ª Edição, Malheiros: São Paulo, 2001. p.772
- 3- MORAES, Germana de Oliveira. ***Controle Jurisdicional da Administração Pública***. São Paulo: Dialética, 1999. p. 107
- 4- MORAES, Alexandre de. ***Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional***. São Paulo: Atlas, 2002. p.367/368
- 5- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit. p. 79
- 6- MORAES, Germana de Oliveira. Ob. cit. p. 131