

O mito do mérito administrativo

Belizário Antônio de Lacerda*

Sumário: 1 Ato administrativo. 1.2 Conceito. 1.3 Requisitos tradicionais. 1.4 Requisitos modernos. 1.5 Ato de império. 1.6 Ato de gestão. 2 Controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 2.1 Limitação tradicional deste controle. 3 Princípio da razoabilidade do ato administrativo. 4 Princípio da proporcionalidade do ato administrativo. 5 Limitação moderna do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 6 Mérito do ato administrativo. 7 Evolução do conceito meritório do ato administrativo. 8 O mérito do ato administrativo e seu controle jurisdicional judicial. 9 Tendência atual do controle jurisdicional judicial do ato administrativo no direito brasileiro. 10 Conclusão.

Nenhum ato administrativo que não pautar-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pode escapar ao exame jurisdicional judicial, já que tais princípios dispensam parâmetro legal para contraste do ato, deles não se pondo a cavaleiro nem mesmo a escolha política do cometimento do ato administrativo que se acoime de não razoável ou não proporcional, pois, diante de escolha atentatória contra referidos princípios, o administrador público já estaria adrede lesando ou ameaçando direito individual garantido constitucionalmente pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição judicial.

A tradicional dogmática e jurisprudência segundo as quais o ato administrativo discricionário, porque hermético no tocante à escolha da oportunidade e conveniência de seu cometimento, seria infenso ao exame jurisdicional judicial, modernamente se presta apenas ao estudo evolutivo do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário no direito brasileiro.

1 Ato administrativo

A administração pública centralizada e descentralizada, entidade que dá ânimo ao Estado, ao interagir com seus servidores e com os administrados em geral, o faz por meio de atos administrativos, contratos administrativos e atos da administração.

1.2 Conceito

Apesar da pouca discrepância na terminologia conceitual utilizada pelos autores nacionais, na

essência, todos focam o ato administrativo como sendo a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, criar direito ou impor obrigação tanto para o administrado como para o próprio Estado.

A doutrina estrangeira de um modo geral vincula o conceito do ato administrativo ao do ato jurídico conforme dão conta em especial os autores franceses Hauriou, Duguit, Waline e Laubadère, e entre os italianos Lentini, Zanobini e Cino Vitta.

1.3 Requisitos tradicionais

A dogmática do ato administrativo sempre apontou cinco requisitos para a sua conformação válida, quais sejam competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Com esses requisitos foi conhecido o ato administrativo por várias gerações de acadêmicos, inclusive autor deste estudo. Não só os acadêmicos de direito, mas também estudiosos do direito administrativo nacional e estrangeiros sempre doutrinaram o ato administrativo como a manifestação unilateral de vontade do Estado, revestida dos pressupostos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

No Brasil em especial esta concepção do ato administrativo estendeu-se até o final do século XIX, mais especificamente até por volta de 1990.

1.4 Requisitos modernos

A inquietação com os pressupostos tradicionais do ato começou a entrar em ebulição com a Constituição Republicana de 1988, a qual proclamou enfaticamente os princípios da administração pública direta e indireta. Segundo tais princípios, a administração deve governar-se pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A publicidade, antes mesmo da Constituição de 1988, se não constituía um princípio de direito administrativo, já era vista e cuidada por muitos administrativistas como um consectário do ato administrativo, ao fundamento de que é da essência de todo ato formal de governo a sua ampla divulgação para conhecimento *intra et extra* administração.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mestre e doutor em direito administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1982 e 1998, respectivamente. Foi professor das Faculdades de Direito da UFMG, Fundação Monsenhor Messias de Sete Lagoas, Fundação Mineira de Educação e Cultura - Fumec, Cândido Mendes e autor dos livros com edições já esgotadas: *Do direito e da ação de preferência* (Ed. Saraiva), *Da retrocessão* (Ed. Forense), *Natureza jurídica da reavaliação do bem expropriado* (Ed. Del Rey), *Direito adquirido* (Ed. Del Rey) e *Comentários à lei de arbitragem* (Ed. Del Rey).

A moralidade com a atual Carta Política ganhou foro de princípio, conquanto anteriormente já fosse cuidada pelos docentes como requisito do ato administrativo.

Resumindo, a atual Constituição Republicana erigiu em princípios do ato administrativo a legalidade, moralidade e publicidade, e ainda criou mais dois, quais sejam impessoalidade e eficiência.

1.5 Ato de império

O direito, como um dos ramos do saber científico, deve obediência ao rigorismo terminológico da ciência como um todo. Assim, a frieza e ao mesmo tempo a exatidão dos termos científicos não traz nenhuma novidade ao pesquisador. Mas, quando o rigor da ciência se une ao significado etimológico do termo, aí o cientista queda em contemplação. É exatamente o que ocorre com a categorização do ato de império. Se não, veja-se.

O termo império remete a soberano, que, a seu turno, pressupõe voluntariedade e intangibilidade. E é exatamente isso que quer dizer o ato de império.

Ato de império nada mais é do que a manifestação de vontade voluntária e intangível da Administração no exercício de sua soberania, onde total desigualdade jurídica reina na relação entre Administração e administrado, a exemplo do que ocorre com a desapropriação por necessidade pública e utilidade pública, ou interesse social, de que dá conta a Constituição da República em seu art. 5º, item LIV.

1.6 Ato de gestão

Ao contrário do ato de império, o ato de gestão é todo aquele cometido pela pública administração sem qualquer prerrogativa de direito público, onde esta, despojada de qualquer soberania, iguala-se ao particular quando com este estabelece qualquer espécie de relação jurídica. É o que acontece quando a entidade política ou administrativa celebra com o particular um contrato de locação. Ao discutir com o locador as condições contratuais, a Administração o faz como se particular fosse, abdicando de toda sua soberania. A relação jurídica travada aqui entre Administração e particular é de direito privado, tendo a lei do inquilinato como sua lei de regência. E tanto isso é verdade que o ato de mera gestão não desafia mandado de segurança, exatamente por não ser ato de soberania do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou em recente julgamento que a imposição de multa decorrente de contrato, ainda que de cunho administrativo, não é ato de autoridade, visto cuidar-se de inegável ato de gestão contratual. Precedentes jurisprudenciais: AGRG REsp 1107565, REsp 420.914, REsp 577.396. Os atos de gestão não possuem o requisito da supremacia, por isso são meros atos da Administração e não atos administrativos, sendo que a Administração e o particular se encontram em igualdade de condições, em que o ato

praticado não se submete aos princípios da atividade administrativa e, tampouco, cometido no exercício de função pública, não se igualando por isso mesmo a ato de autoridade. Sob este enfoque preconiza a doutrina que atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados conforme magistério de Hely Lopes Meirelles em *Direito administrativo brasileiro*, 31. ed., p. 166. A novel Lei do Mandado de Segurança, nº 12.026/2009, sedimentou o entendimento jurisprudencial do descabimento do mandado de segurança contra ato de gestão, em seu art. 1º, § 2º, *in verbis*:

Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público.

Consectariamente, a Caixa Econômica Federal mesmo com natureza jurídica de empresa pública que, integrante da administração indireta do Estado, ao fixar multa em contrato administrativo pratica ato de gestão não passível de impugnação via mandado de segurança, mercê de não se caracterizar ato de autoridade.

2 Controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário

Ainda em dias modernos doutrinariamente não se discorre sobre a ingerência jurisdicional judicial nos atos típicos de administração pública sem recorrer ao clássico compêndio titulado *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, de Miguel Seabra Fagundes.

Essa obra teve influência relevante na formação de algumas gerações não só de acadêmicos como também de pesquisadores de direito administrativo no Brasil.

Vale recordar que a vida republicana brasileira sempre se revezou entre democracia e ditadura. Nesta última, os atos administrativos sempre se postaram a cavaleiro de qualquer apreciação pelo Poder Judiciário, e pode ser considerada uma fase em que a dogmática do direito administrativo brasileiro permaneceu estagnada.

2.1 Limitação tradicional deste controle

O direito como ciência subserviente à vida deve evoluir com esta, sob pena de desservi-la enquanto instrumento de garantia individual e defesa social. Assim é que o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário do século passado não se comprazia com a ingerência deste Poder nos atos dos Poderes Executivo e Legislativo com a visão estrábica focada na teoria tripartite de Montesquieu, ontem calcada na independência absoluta entre Poderes, onde nenhum Poder podia examinar atos da competência estrita ou

residual do outro, e hoje focada nos ditames segundo os quais são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e, finalmente promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3 Princípio da razoabilidade do ato administrativo

Baldado o fato de não ser tal princípio contemplado pela Constituição da República como aqueles eloquentemente citados no *caput* do art. 37 daquela Carta Política, a razoabilidade já vinha merecendo trato por parte de doutrinadores do direito administrativo capitaneado especialmente pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que, desafiando o perigo de toda definição, conceituou aquele princípio como sendo a atuação discricionária da Administração obediente a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoa equilibrada e respeitosa da finalidade que presidiu a outorga da competência exercida.

Esse princípio foi decididamente um marco na doutrina do exame do mérito do ato administrativo ou da discricção da Administração ao cometer o ato administrativo discricionário. Sem qualquer exagero, o controle judicial do ato administrativo discricionário só apresentou nitidez evolutiva com a sistematização científica do princípio da razoabilidade no final da década de 1990. A Constituição do Estado de Minas Gerais foi a primeira a conferir ao princípio foro constitucional.

4 Princípio da proporcionalidade do ato administrativo

Segundo este princípio, a competência do administrador público somente pode ser exercida validamente na extensão e intensidade proporcionais ao que demandar a finalidade de interesse público a que estão jungidas. Na realidade, a proporcionalidade veio apenas quantificar a razoabilidade.

5 Limitação moderna do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário

Se é verdade inconteste que milita em favor de todo ato administrativo uma presunção *iuris tantum* de legitimidade, não é menos verdade que aquele ato somente se legitima na medida em que não lesa ou ameaça direito. Nenhuma discricção administrativa se justifica sob o ponto de vista jurídico quando padeça daqueles vícios. Vale dizer que a liberdade do administrador público ao cometer ato discricionário tem por limite a lesão ou ameaça a direito de outrem. A tradicional oportunidade e conveniência de praticar ou cometer ato administrativo discricionário,

antes reservada exclusivamente à Administração Pública, modernamente, se, a pretexto de referida conveniência e oportunidade, lesar ou ameaçar direito de terceiro, está sujeita a exame do Poder Judiciário consoante se infere de expressa disposição constitucional.

6 Mérito do ato administrativo

A doutrina tradicional do direito administrativo sempre elencou cinco requisitos de validade do ato administrativo, quais sejam competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Desses requisitos, três sempre foram tidos como requisitos vinculados, isto é, aqueles que o administrador não podia escolher, tais como a competência, a finalidade e a forma, já que esses requisitos vêm adrede estabelecidos em lei. Já o motivo e o objeto, estes sim, ficavam à livre escolha do administrador, justo por não terem parâmetro legal prévio.

7 Evolução do conceito meritório do ato administrativo

Modernamente já não pode ser o mérito do ato administrativo concebido como antes. Nesse diapasão é que não constitui nenhum exagero afirmar que não há mais livre escolha pelo administrador público no tocante ao motivo e objeto do ato administrativo, e, valendo de uma afirmação mais arrojada sob o ponto de vista científico, não constitui nenhum exagero afirmar que não há mais mérito do ato administrativo, como se este na realidade pudesse também abrigar preliminares antes mesmo que seus pré-requisitos!

8 O mérito do ato administrativo e seu controle jurisdicional judicial

Se evolui o direito como ciência que serve à vida social, com mais forte razão evolui a jurisprudência, que, além de vivificar a lei, atualiza todo o direito positivo. E, por falar em vida do direito assegurada pela jurisprudência, vale lembrar o grande motivo, senão o único, que faz a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte manter-se inalterada por mais de dois séculos. Para garantir toda esta longevidade aparecem sobranceiras e com força de lei as decisões da Suprema Corte daquele país sempre prontas para atualizar aquela Carta Política.

9 Tendência atual do controle jurisdicional judicial do ato administrativo no direito brasileiro

Com a mudança de enfoque doutrinário do mérito do ato administrativo, este hoje já não se mostra mais infenso ao exame do Poder Judiciário como ocorria até pouco tempo atrás. Já pontuou o eg. Superior Tribunal de Justiça que não pode prosperar juridicamente o argumento de que, na análise do processo administrativo que culminou com a demissão do impetrante de mandado de segurança, não foi devidamente apreciada a tese levantada pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado de

Defesa, pois importa, além de revisão do mérito do ato administrativo, insindicável pelo Poder Judiciário, ingressar na seara fático-probatória dos autos, exame vedado em sede de mandado de segurança.

O que se observa da própria jurisprudência superior é uma nítida tendência de arrefecimento da teoria tradicional de que o mérito do ato administrativo não é suscetível de exame pelo Poder Judiciário.

Embora, em regra, não seja cabível exame, pelo Poder Judiciário, do mérito do ato administrativo discricionário, classificação na qual se enquadra o ato que interrompe a licença concedida a servidor para tratar de interesse particular, não se exclui do magistrado a análise dos motivos e da finalidade do ato sempre que verificado abuso por parte do Administrador. Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa.

Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos. Essa tese está em harmonia com a jurisprudência do STJ, sendo indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, sob pena de correição judicial daquele, haja vista que a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, esta a seu turno obedecendo ao Princípio da Razoabilidade.

Nesse mesmo sentido, já pontificou o STJ que, nos termos da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, a Corte de origem, ao anular a suspensão imposta ao impetrante, por entender não haver a necessária proporcionalidade entre o fato apurado e a pena aplicada, agiu dentro dos limites permitidos, pelo princípio da proporcionalidade, de controle judicial do ato administrativo.

Em outra oportunidade, também já decidiu o STJ que o cidadão tem direito a receber um tratamento adequado por parte do Ministério das Comunicações, que deve responder às postulações feitas. Não o tendo feito no prazo

da lei que rege os procedimentos administrativos, está a desrespeitar o devido processo legal e a razoabilidade, concluindo que “o Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado”, sob pena de violação dos princípios da eficiência e da razoabilidade.

Em julgamento recente, o STJ frisou que atualmente sobressai, no âmbito de atuação da Administração Pública, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando da análise do ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, o que de modo algum, pode ser considerada como manifestação expressa acerca do Poder Judiciário aplicar os referidos princípios para revisar ato administrativo oriundo de julgamento feito por Corte Estadual de Contas.

O STF também tem prestigiado a tese da possibilidade de exame do ato administrativo pelo Poder Judiciário quando este se apresenta razoável no mundo jurídico ao decidir que a deficiência visual ensejadora da desclassificação de candidato a concurso público não se afigura como incapacitante para o exercício da função, imperfeição perfeitamente curável, haja vista que a regra editalícia fustigada fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo exigência impertinente para o desempenho da função.

Nem mesmo a escolha política do ato cometido escapa ao controle jurisdicional judicial do ato administrativo que não se pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

10 Conclusão

A doutrina e jurisprudência tradicionais do direito administrativo, segundo as quais o mérito do ato administrativo é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, modernamente passa a interessar apenas ao estudo evolutivo do controle jurisdicional judicial daquele referido ato. E, dessa primeira conclusão lógica, pode extrair por consequência uma segunda, qual seja afirmar modernamente que o mérito do ato administrativo é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, atualmente, não passa de um mito jurídico.

...