

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1985

ANO 22 • NÚMERO 85

O mérito do ato administrativo perante o Judiciário

JOSÉ JAPPUR

Advogado, jurista e escritor. Presidente do Departamento Econômico do Instituto dos Advogados do RS e Ex-Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

Histórico do mérito

Origens e limitações

Conceito de mérito

O mérito perante o Judiciário

Nova orientação

Mudança de critérios

Abertura do campo conceitual

Legalidade e legitimidade

O mérito como reservatório genérico dos pressupostos de fim, causa, motivo, legalidade e legitimidade

Conclusões

O mérito do ato administrativo era vedado ao exame do Poder Judiciário. Assim ensinava, com convicção, o Professor SEABRA FAGUNDES:

“Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos” (1).

Tal critério fez praça, durante longo tempo, na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1938, pelo voto do Ministro Laudo de Camargo, sustentou em estilo cortante:

“Existindo o processo administrativo, não se pode anular o ato demissionário” (2).

(1) SEABRA FAGUNDES. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ª ed., 1968, p. 167.

(2) *Revista Forense*, vol. 73, p. 495.

Percebe-se que havia uma suspensão de juízo diante do mérito do ato administrativo. O mérito constituía, a rigor, uma espécie de "res sacra". Era o mito consagrado da mulher de César. Não se tocava, nem se duvidava: "Noli me tangere". Tal preconceito decorreu duma falsa interpretação em torno da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que "institui a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos." Diz o art. 13, § 9º, da referida lei, revogada desde o advento do velho Código de Processo:

"Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

- a) consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões judiciais, abstando-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade."

De igual modo, preceitua o art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação:

"Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública."

A rigidez dum preconceito perde aos poucos seu reinado como resíduo abstrato em algumas mentes. A jurisprudência vem paulatinamente quebrando a cidadela da resistência através do que se conveniou denominar de "jurisdicionalização" do ato administrativo. Pacificamente, hoje já se examinam perante o Poder Judiciário os seguintes elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e fim. Nem se admite mais a oposição entre ato vinculado e ato discricionário.

O mérito do ato administrativo não é conceito equívoco como fora no passado. Define-se, atualmente, como sendo "o fundo da substância litigiosa". É o fundo de quadro da moldura administrativa. Se assim o é, não poderia jamais o Judiciário renunciar ao seu exame em quaisquer circunstâncias. Afirma-se que o ato administrativo discricionário tem base na oportunidade ou conveniência. Tal área é proibida ao Judiciário. Nada mais falso do que um preconceito que se dogmatizou ao longo

do tempo. Fora de dúvida, é insensatez deixar sem controle um ato inoportuno ou inconveniente. As hipóteses são modalidades de violação ao próprio princípio de legalidade ou de legitimidade. O controle de eficiência é mais importante do que o controle puro e simples da legalidade. Interessa ao bem comum que a ação administrativa se processe com legalidade e com moralidade. Mas interessa, também, e muito, que tal ação seja eficiente. Esbulha o povo o administrador desonesto; mas pode esbulhá-lo mais ainda o administrador indolente ou incapaz que adota medidas inoportunas ou inconvenientes. Por isso, a velha superstição cede lugar ao controle aberto. O ato administrativo, como pedra angular da administração pública, deve sujeitar-se ao controle amplo como nova modalidade de radiografia de tudo quanto se processa na área administrativa. O controle não se compadece com o mito do privilégio qual arcano eleusino. Cuida-se, hoje, da verdade do ato administrativo na sua globalidade. Pressupõe o exame da legalidade, legitimidade e oportunidade.

Não basta assegurar a ordem jurídica. Importa, também, o resguardo da moralidade administrativa. O legítimo gira em torno da moral, enquanto o legal, em torno do direito. Permite daí concluir que o legal é necessariamente legítimo, mas nem todo o legítimo é legal. Do ângulo nosológico, o ilegal é sempre o ilegítimo, mas o ilegítimo nem sempre é ilegal. Assim parece porque o conceito de legalidade move-se dentro do direito positivo, enquanto a noção de legitimidade é da órbita do direito natural. A legitimidade é mais questão de fato do que de direito. A legalidade é mais questão de direito do que de fato. Aí reside a velha disputa do direito e da moral que é o "Cabo de Horn" do moderno controle. O ideal seria que todas as normas de moral fossem transformadas em normas de direito, mas o que se verifica é que apenas algumas delas é que se transmutam em normas jurídicas, integrando o elenco de postulados do direito positivo. Os atos da administração pública são marcados mais por regras de moral do que de direito, mesmo porque o direito administrativo é mais descritivo do que prescritivo. Caminha, por certo, dentro de preceitos de lei, mas prepondera, na gama das atribuições, o sentido moralístico. É mais importante, pois, no direito administrativo, observar os problemas de origem e fisionomia interna do ato do que sua simples roupagem externa ou formal, uma vez que a esfera de aplicação do legítimo é infinitivamente maior do que o legal. A moralidade do ato administrativo enquadra-se na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes. Na moderna legislação, o exame da moralidade pode extrair-se da Lei nº 4.717, de

29 de junho de 1965, que regula a ação popular. Diz o art. 2º do referido diploma:

“São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidades.”

A lei define cada categoria no parágrafo único do mesmo artigo:

- “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

Por certo, a moralidade do ato administrativo compreende o exame da existência de motivos, finalidades adequadas e seriedade do ato. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco ⁽³⁾. É sabido que os motivos precedem ao ato, criam as condições de sua existência, servem de ponto de apoio ao processo intelectual e volitivo de que emana

(3) CAIO TACITO. *Direito Administrativo*, pp. 60-61.

a realização do objeto. A finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa.

A atividade administrativa não é obra do acaso. Possui direção finalística. O exame não pode, pois, ficar no direito só, mas no fato como núcleo básico. Só assim o controle é integrado e não parcial, valendo o famoso reproche de A. SOREL contra o juiz: "il déduit et n'observe pas". O percurso do ato administrativo que vai da vontade do seu agente até seu fim é um itinerário que merece atenção integral do analista. A natureza moral do ato diz respeito com o controle teleológico que repousa na aplicação do ato na sua verdadeira destinação. Qualquer desvio implica em distorção de finalidade, tornando ilegítimo o ato num ângulo capaz de contaminá-lo na sua globalidade. O homem, como a administração, tende a ser o legislador de si mesmo. Essa tendência mostra a necessidade de afastar-se o analista da determinação formal para o exame real das intenções ou práticas administrativas. Entre a *lex voluit* e o *modus faciendi*, há uma distância e larga margem por onde penetra a moral da crítica jurídica. A lei não é só texto, mas contexto. A livre discricção não significa liberdade sem controle. Basta ver que o ato discricionário brota duma opção de vários possíveis. Elege-se o mais conveniente ou oportuno. A conveniência ou oportunidade não é ato livre. Seu limite está na moralidade interna ou externa do ato. O interesse público serve de fiel de balança para medir o ato na sua discricção. O conceito de controle integrado alcança a área da conveniência ou oportunidade, onde imperava, até então, total imunidade de exame por razões de técnica ou falso preconceito. Os motivos e a finalidade do ato se sucedem e se completam, mas não se confundem. Toda manifestação de um agente administrativo está condicionada ao interesse público, como destinatário permanente da ação do Estado. Assim, *in genere*, qualquer ato administrativo está vinculado a um fim público, mesmo que a ele não se reporte, explicitamente, a norma legal de competência. Mas não é suficiente que o ato administrativo se enderece a uma finalidade qualquer de interesse coletivo. É necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato. Se o agente visou a realização de outro fim socialmente legítimo, mas em discrepância com o objetivo da regra legal executada, haverá, igualmente, vício substancial de nulidade (4). É assente na doutrina que os atos administrativos têm, a seu favor, uma presunção de verdade ou legitimidade. O diagnós-

(4) CAIO TÁCITO. *Direito Administrativo*, p. 61.

tico de desvio de finalidades exige cautelas extraordinárias, utilizando os instrumentos de precisão no dizer de VITOR NUNES LEAL "para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário" (5). Nem a ditadura dos juízes, nem a ditadura do Executivo, mas justa medida na dosimetria dos atos administrativos que, acima de tudo, devem ser bem avaliados através da lei e da moral.

A administração moderna necessita sempre de maleabilidade, o que não significa arbítrio. Necessita da flexibilidade, o que não significa ação arbitrária. A liberdade do ato administrativo, no fundo, sofre a pressão dum determinismo inexorável. A chamada "livre discricção" é tabu adorado e mal interpretado na administração pública. Não tem sentido qualquer afastamento da lei. A livre discricção repousa, antes de tudo, na lei, mas fica ao administrador a opção diante de duas ou várias possibilidades. No poder discricionário a ilegalidade é manifestável se o agente do ato discricionário se afasta da lei que, prevendo pluralidade de soluções, não logrou ver-se aplicada através de uma delas sequer. No poder vinculante, a ilegalidade é sindicável, se o agente se afasta da lei que, prevendo uma solução única, não logrou ser aplicada com essa nota de singularidade obrigatória. Na discricção reside a capacidade de fazer apenas o que é conveniente, mas não de fazer tudo o que se quer. A solução entre os possíveis está sempre gizada pela conveniência ou oportunidade. A administração vincula-se no tempo à conveniência ou à oportunidade, tendo sempre o limite do interesse público. Só assim a função do poder discricionário tende a assegurar a adaptação ao real da regra de direito. É ponto de conjugação do real com o fáctico. O vício, quando oculto, é de difícil averiguação prática. Os chamados motivos determinantes nem sempre se percebem claramente. Transformar o fato em direito não é tarefa fácil à compreensão da crítica jurídica. Está claro que a moralidade administrativa é algo essencialmente subjetivo, não obstante podendo assumir sentido objetivo (6). É importante a análise da ambígua expressão "livre discricção", para que à sombra da imprecisão conceitual não se aninhe a fraude ou se instale o permanente descabro. No particular, merece lembrança o apotegma de BENTHAM:

"A substância das cousas depende com freqüência das palavras".

(5) VITOR NUNES LEAL. Poder Discricionário e Ação Arbitrária. *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 14, p. 53.

(6) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. *O Controle da Moralidade Administrativa*. Saraiva, 1974, p. 195.

O fim é uma causa? Sem dúvida, o fim é uma causa e, mais do que isso, ocupa o primeiro lugar na escala das causas. A causa depende do fim, mas o fim independe da causa. Todas as causas dependem, para seu cabal exercício, do fim, enquanto este não depende de nenhuma causa. Em razão disso, o fim está no princípio de tudo e não no fim do fim. É o que determina a ação do agente. Em tal momento, torna-se a causa da causalidade. Até certo ponto, compreende-se a frase de SANTO TOMÁS DE AQUINO:

“O fim é a causa da causalidade da causa.”

Na dança das palavras, resta um fundo de verdade, pois nada se faz pelo gratuito prazer do nada. Afinal, nada na natureza se faz em vão. É certo que a escola materialista sempre combateu a idéia de fim. Dizia num simplismo impressionante:

“O que é posterior não pode ser causa de coisa alguma que é anterior.”

A finalidade, estando no fim, como pode causar desde o princípio? Paradoxalmente, falava-se até em “finalidade sem fim”. Mas a finalidade é posterior na ordem da execução, não na ordem da intenção. Esquecem os filósofos do materialismo histórico a definição de ARISTÓTELES:

“O fim é aquilo em vista do qual o agente obra.”

O fim é a causa das últimas intenções aplicadas às primeiras intenções. Assim, a causa não é inteligível sem o fim. A causa inclui uma tendência até o ser do efeito que revela a intenção. O princípio da especificação da tendência ou da ação pelo fim é rico de aplicações em especial na moral e no direito. Isso serve para afastar a idéia de que o fim justifica os meios. A ausência de formação ou informação filosófica na administração pública em geral é responsável pelo caos hesiódico em que se encontra a Nação brasileira. Tudo se faz como se não existisse no ato administrativo uma causa ou um fim, de real legitimidade. Cabe ao analista verificar, em tudo, a causa do fim e o fim da causa. Sem compreensão de tais categorias fica-se no reino mágico dos indiscerníveis, para usar a expressão genial de LEIBNITZ.

De forma conclusiva, o mérito do ato administrativo possui largo espectro no direito moderno, não se opondo ao princípio de legalidade, antes o integrando como ponto substancial. Liga-se o mérito, ainda, a todo um sistema axiológico, isto é, exterioriza juízos de valor. Em razão disso, o mérito do ato administrativo deve sempre submeter-se à apre-

ciação do Judiciário que decidirá da sua validade. O juiz não se transforma em órgão recursal diante da revisão do mérito do ato administrativo. Cumpre, acima de tudo, sua tarefa essencial de decisão com plena cognição do ato controlado. É postulado antigo, na jurisdição una, que “nada se quer senão conhecido” (*nihil volitum nisi praecognitum*). É a posição do realismo jurídico que supera o cepticismo renunciante ao conhecimento do valor ou mérito do ato administrativo. Aliás a nova tendência já se ensaiou no próprio STF, quando converteu a pena máxima de demissão em mera suspensão aplicada a servidor público (7). Felizmente, renova-se para melhor. Rompe-se, pois, a velha cidadela de antigo preconceito que não poderá desconhecer, afinal de contas, que o mérito do ato administrativo é o fundo substancial do direito. Não raras vezes, o juiz é levado a verificar a justiça da lei, fazendo um julgamento de valor e, desta maneira, julga não só a parte como o legislador. O direito desborda da norma formal que o contém, posto que vive agitado pela natureza das cousas no contexto histórico. O juiz moderno representa quase sempre a função do legislador em cada caso, não ficando na angústia expressional da lei abstrata ou hirtamente formal. O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. A frase é do mestre RUI CIRNE LIMA. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio da vontade. A relação administrativa é, portanto, a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. Nem se diga que o fim é termo equívoco, a ponto de HARTMANN designá-lo como um *corpus metaphysicum* sem alma. O fim é aquilo pelo qual algo se faz (*id propter quod fit*). O fim é primeiro na intenção e o último na execução. A vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim.

Dentro do mérito do ato administrativo estão contidos os pressupostos de fim, motivo, causa, legalidade e legitimidade. Na moderna axiologia administrativa, o ato deve ser examinado no seu mérito que compreende a legalidade e legitimidade. Não tem mais sentido falar-se em exame de legalidade e mérito, excluído o último do Judiciário. Cabe aqui o “Abre-te, Sésamo”. A metodologia ora preconizada tem a virtude de acabar com a válvula da impunidade administrativa estabelecida no tempo. Os mitos jurídicos, por necessidade do real, desaparecem em favor de visões autênticas do ato administrativo, imune à túnica de “Nessus” da indenidade asfiziante. Vale concluir. O mérito está diante da legalidade como a essência diante da existência. A essência é condição ontológica do fato, como o mérito do ato administrativo é seu fundamento último.

(7) RTJ 88/879 — RE 77.849, 2ª Turma. Rel. Min. Leitão de Abreu.