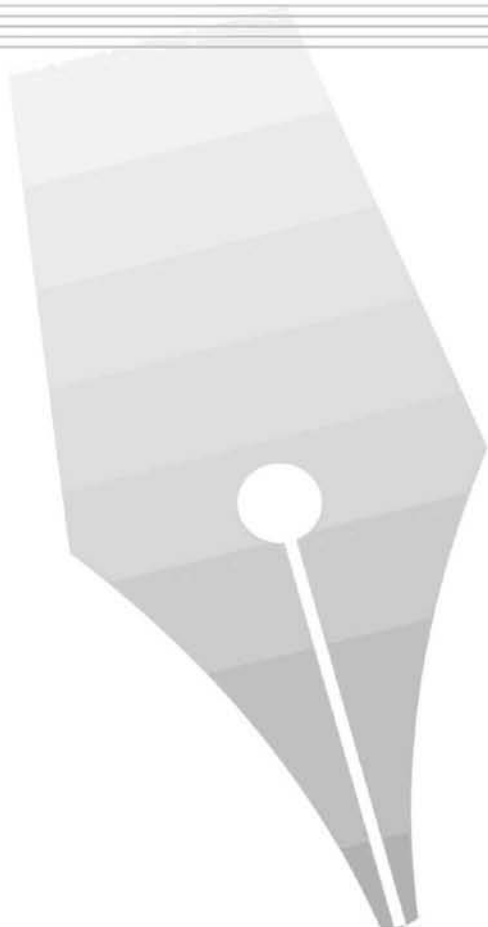


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**RATIONAL DECISION MAKING –
Parâmetro para o Controle
Judicial das Deliberações do
Poder Executivo?**

Tomás T. S. Bugarin
Fernando Meneguín

Textos para Discussão

169

Fevereiro/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguín – Consultor-Geral Adjunto

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

BUGARIN, T. T. S; MENEGUIN, F. B. **Rational Decision Making – Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 169). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 25 fev. 2015.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO.....	9
3	WEDNESBURY UNREASONABLENESS – ASSOCIATED PROVINCIAL PICTURE HOUSES LTD. V WEDNESBURY CORPORATION (1948).....	14
4	RATIONAL DECISION MAKING – COUNCIL OF CIVIL SERVICE UNIONS V MINISTER FOR THE CIVIL SERVICE – <i>GCHQ</i> CASE (1984).....	15
5	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À APRECIÇÃO JUDICIAL DA RACIONALIDADE DA DECISÃO DO PODER EXECUTIVO.....	18
6	O PANORAMA ATUAL	22
7	CONCLUSÃO	32
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

RATIONAL DECISION MAKING – Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo?*

Tomás T. S. Bugarin¹

Fernando Meneguim²

1 INTRODUÇÃO

A ponderação entre a postura ativista e a autocontenção judicial é tema que tem ocupado espaço central no debate jurídico-constitucional contemporâneo. A função do juiz, na qualidade de agente político não eleito, tem suscitado intensas discussões, principalmente quando se observam decisões judiciais com acerbada carga político-ideológica.

Vivemos tempos de relativa estabilidade institucional, em que há respeito, ao menos formal, à independência entre os Poderes da República. As instituições brasileiras, embora em processo de amadurecimento, parecem ter internalizado o ideal do Estado Democrático de Direito. Neste sistema,

Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. *Constitucionalismo*, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário. [...] (Barroso, 2014, p. 446).

* Os autores agradecem os valiosos comentários do Dr. João Trindade Cavalcante Filho, Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos e Dra. Thaís Costa Silveira.

¹ Pós-graduando e Bacharel em Direito. Advogado. Pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB. E-mail: tomas.bugarin@gmail.com

² Mestre e Doutor em Economia. Bacharel em Direito. Consultor-Geral Adjunto, Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB. E-mail: fbmeneguim@hotmail.com

Não obstante, frequentemente ocorrem entrecosques entre os referidos Poderes republicanos, e nem poderia ser diferente. Por exemplo, o Legislativo, constituído por um corpo político integralmente eleito, tende naturalmente a tomar decisões consonantes com a *vontade da maioria*, enquanto o Judiciário tem como função, poder e dever resguardar os direitos das minorias e preservar o núcleo essencial da Constituição contra maiorias ocasionais. Disso deriva o caráter contramajoritário de decisões jurisdicionais verificado em diversificadas ocasiões (e.g. declaração de inconstitucionalidade de determinada lei).

Neste artigo trataremos de outra hipótese de tensão entre os Poderes Executivo e Judiciário numa específica situação: o controle judicial da *racionalidade* do Poder Executivo no desempenho de sua função administrativa (ao exercitar sua discricionariedade corporificada por atos administrativos), bem como no desempenho de sua função governamental (editando políticas públicas a serem implementadas). Significa dizer que refletiremos sobre possível ajuste, segundo o modelo constitucional brasileiro, que pode haver decorrente da intromissão judicial na apreciação de estudos, fatos e provas que embasam o processo de tomada de decisão do Executivo.

De partida, cumpre delimitar o que se entende por *racionalidade do processo decisório* (ou *rational decision making*). Nos dizeres dos docentes Carol Harlow e Richard Rawlings,

Decisão racional consiste no processo de ‘seleção de alternativas que conduzem à realização de objetivos previamente selecionados’ ou ‘a seleção da alternativa que irá maximizar os valores daquele que decide’, sendo feita a seleção seguida de uma ampla análise das alternativas e suas consequências. Racionalidade não dita um objetivo, mas atua como um caminho até o objetivo: ‘a razão pode apenas auxiliar a realizar objetivos estabelecidos de comum acordo, na forma mais eficiente’ (2010, p. 105, tradução livre³).

³ *Rational choice is the process of ‘selecting alternatives which are conducive to the achievement of previously selected goals’ or ‘the selection of the alternative which will maximize the decision-makers values’, the selection being made following a comprehensive analysis of alternatives and their consequences. Rationality does not dictate goals but acts as a pathway to a goal: ‘all reason can do is help us reach agreed-on goals more efficiently.*

O breve relato de um caso emblemático⁴ julgado pela Suprema Corte estadunidense auxiliará a esclarecer o objeto do presente estudo; trata-se do famigerado *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*

Em 1981, órgão do governo responsável pela segurança no trânsito (*National Highway Traffic Safety Administration* – NHTSA) revogou o ato *Standard 208*, segundo o qual todos os veículos automotores produzidos a partir de setembro de 1982 deveriam estar equipados com cintos de segurança automáticos ou *airbags*. Segundo a NHTSA, estudos demonstravam que a exigência não reduziria significativamente a morte em razão da colisão de carros (inclusive porque havia evidências de que o uso do cinto não aumentaria, ainda que automatizado) e, por outro lado, imporiam um custo desnecessário aos fabricantes. Argumentou-se que, além de se tratar de uma medida desarrazoada e pouco prática, o aumento de custo aos consumidores os induziria a crer que a regulação era ineficiente. Por essas razões, entendeu conveniente e oportuno revogar o *Standard 208*. Contra essa decisão administrativa, empresas de seguro pleitearam ao Judiciário a sua revisão, a fim de determinar a restauração do referido *Standard*. Em 1983, a Suprema Corte Norte-Americana apreciou a questão e decidiu que a conclusão da administração pública não havia sido racional, pois as justificativas apontadas não justificariam a revogação do ato administrativo. Segundo aquele Tribunal, em sua análise das provas e estudos apresentados, era de se esperar um aumento do uso de cintos de segurança (após serem automatizados), assim como uma queda de mortes com a implementação de *airbags*. Assim, os benefícios justificariam os custos adicionais. Logo, no entender dos magistrados, apesar da incerteza (*substantial uncertainty*) relativamente à eficiência e conveniência da regulação apresentada pela Administração naquele caso, não havia motivos suficientes para fundamentar a revogação do *Standard 208*.

Note-se que, no caso acima, o Judiciário analisou em profundidade as provas coligidas, os estudos realizados e os fatos apurados no bojo do processo administrativo. Foi além, incursionando no debate acerca da racionalidade da decisão discricionária tomada pela administração pública. Portanto, o controle jurisdicional não se ateve a questionamentos de legalidade, expandindo-se à apreciação da coerência lógica da decisão administrativa e de seus fundamentos técnicos.

⁴ Acerca do caso, ver: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=463&invol=29>.

No panorama brasileiro, variados casos hipotéticos podem ser apresentados, ilustrando bem os dilemas que envolvem o controle judicial da racionalidade do Poder Executivo. Apontemos alguns:

- (i) O Governo Federal, durante o primeiro mandato da Presidente Dilma (2010-2014), adotou políticas econômicas que foram duramente criticadas. Dentre elas estava a desoneração segmentada e isolada de determinados bens, sob o fundamento de estimular o consumo, o que supostamente seria a melhor forma de impulsionar o crescimento econômico (e.g. redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI sobre veículos nacionais e eletrodomésticos da *linha branca*; desoneração da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE incidente sobre combustíveis; etc.). Caso instado para tanto, poderia o Poder Judiciário avaliar a racionalidade dessa política econômica e, eventualmente, entender que estudos firmes demonstravam que tal decisão era *irracional*, pouco convincente, e que não produziria os resultados esperados e desejados pelo Governo? Se não fizesse tal análise expressamente, poderia o Judiciário exercer o mesmo controle, mas sob o fundamento da aplicação do princípio da eficiência que deve pautar a atuação administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal – CF)?
- (ii) Suponhamos que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), após vários estudos, entenda que determinada substância não induz torpor suficiente para figurar na lista de entorpecentes ilícitos (e que, portanto, podem ser objeto material dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes [art. 33 da Lei 11.343/06] ou posse de entorpecente para consumo próprio [art. 28 da Lei 11.343/06], por exemplo). Poderia o Judiciário alterar tal decisão, apoiando-se em estudos que ele considera mais qualificados, robustos ou críveis, ou suscitando a inidoneidade de dúvida substancial quanto ao efeito entorpecente da droga?
- (iii) Atualmente, o tempo de espera máximo para ser atendido pelo Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de empresas é, em regra, de 1 minuto. Tal determinação foi estabelecida pelo Poder Executivo, por meio do Decreto nº 6.523/08, regulamentado pela Portaria nº 2.014/08 do Ministério da Justiça. Caso a Administração Pública entendesse demasiadamente exíguo esse prazo, que impõe custos consideráveis às empresas, e decidisse aumentá-lo, tal decisão estaria sujeita ao controle judicial, sob a perspectiva de sua racionalidade, isto é, poderia um magistrado analisar se há estudos suficientes que demonstram não compensar os custos de tal medida, à vista dos benefícios? A conclusão se alteraria caso tal análise fosse feita invocando-se o princípio da proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da CF)?

Todas essas hipóteses estão relacionadas a uma questão ainda pouco desenvolvida na academia brasileira: qual é o limite da sindicância judicial quanto à racionalidade administrativa e governamental?

Dessa maneira, o presente texto discutirá as balizas da intervenção do Judiciário na avaliação dos fatos, provas e estudos acolhidos pelo Executivo para pautar sua decisão, e o controle que aquele Poder pode exercer sobre a racionalidade desenvolvida nesse processo.

Para tanto, iniciaremos investigando o sistema tradicional de controle judicial de atos administrativos discricionários, segundo regras já estabelecidas e pacificamente aceitas pela doutrina e jurisprudência.

Passaremos à análise de dois casos paradigmáticos que, na tradição do *common law* inglês, alargaram os parâmetros da revisão judicial (*judicial review*) da atuação executiva, a saber: *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* e *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*.

Em continuação, questionaremos a adequação dos limites do controle judicial de atos administrativos discricionários estabelecidos pelas Cortes Norte-Americanas e Inglesas ao Direito pátrio, bem como os entraves e possíveis inconvenientes da aceitação da racionalidade como critério de controle judicial do Poder Executivo.

Seguidamente, desenvolveremos o debate por meio de exemplos corriqueiros no cotidiano do Poder Judiciário, ressaltando a importância da reflexão acerca do *rational decision making* no direito brasileiro.

Finalmente, apresentaremos conclusões acerca do tema, abrindo questões a serem futuramente desenvolvidas.

2 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO

Consoante se afirmou na introdução, o presente artigo tratará do controle judicial da racionalidade do Poder Executivo no exercício da função governamental e da função administrativa.

Quanto à intervenção do Judiciário na função governamental, a literatura e jurisprudência nacional ainda não firmaram regras claras. Entrementes, quanto à sindicância da função administrativa, já há desenvolvidos estudos e abundante

jurisprudência. Por essa razão, abordaremos inicialmente o controle judicial da discricionariedade administrativa no desempenho da *função administrativa*, cabendo destacar que as conclusões serão, *mutatis mutandis*, aplicáveis à sindicância da atividade governamental.

De longa data se pacificou, na doutrina brasileira e na estrangeira, o entendimento de que a discricionariedade administrativa se sujeita ao controle jurisdicional.

Interessa-nos, neste momento, investigar tal controle relativamente aos fatos apontados pela Administração como *ratio decidendi* (fundamentos definitivos para a tomada de decisão), nos casos em que remanesce discricionariedade na atuação do Poder Executivo, conquanto serão esses *pressupostos fáticos* que formarão e consubstanciarão a *racionalidade* da decisão.

Discricionariedade, como bem asseverou Lord Diplock, *envolve um direito de escolher entre mais de uma via possível, havendo espaço para que uma pessoa razoável tenha opinião divergente daquela que será escolhida*⁵ (tradução nossa⁶).

Desse modo, a lei poderá conferir ao administrador certa esfera de liberdade para, em casos legalmente delineados *in abstracto*, avaliar qual é a medida que otimize a realização do interesse público *in concreto*, preferindo uma solução legítima, em detrimento de outra(s) em tese possível(is).

Não obstante, como bem assinala Celso Antonio Bandeira de Mello, ao desvelar a nítida distinção entre *discricionariedade* e *arbitrariedade*:

Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de um esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito [...], não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima, e, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário (Mello, 2010, pp. 961 e 975).

⁵ Voto do Lord Diplock no caso *Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council*, julgado em 1977 pela Corte Inglesa.

⁶ [...] *involves a right to choose between more than one possible course of action upon which there is room for reasonable people to hold differing opinions as to which is to be preferred.*

Em complemento, ressalta o mestre administrativista que o Poder Judiciário, uma vez instado para tanto, poderá investigar os motivos, a finalidade e a causa do ato, para fins de garantia do princípio da legalidade. Nota-se que todos esses três parâmetros envolvem a análise de fatos, senão vejamos.

Em relação ao primeiro aspecto – *exame dos motivos* –, firmou-se que, acaso inexistente o motivo, ou se as consequências dele extraídas forem incompatíveis com a margem conferida por lei, poderá o ato ser nulificado, por violação ao princípio da legalidade e aplicação direta da *teoria dos motivos determinantes*. A propósito, *A análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta* (Mello, 2010, p. 979).

Quanto ao segundo parâmetro – *exame da finalidade* –, tem-se admitido que o Judiciário aprecie os fins que o administrador pretendia alcançar, para garantir a legitimidade da atuação administrativa. Tal exame visa a assegurar, igualmente, a prevalência do princípio da legalidade e da impessoalidade, afastando eventuais *desvios de poder*.

Por fim, o exame da *causa do ato* consiste na perquirição judicial da *congruência, de uma compatibilidade lógica, isto é, de uma relação de pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e o seu conteúdo, tendo em vista a finalidade do ato* (Mello, 2010, p. 983). De igual forma, tal exame pelo juiz não deve redundar na eliminação da discricionariedade do administrador, mas se pautar numa análise lógico-objetiva.

Destarte, inexistente dúvida de que o Poder Judiciário pode exercer controle sobre a discricionariedade administrativa. Afinal, *evidentemente, a autoridade administrativa, cuja existência e poderes derivam da lei, não poderá atuar validamente fora dos limites legalmente impostos* (Thompson & Gordon, 2014, p. 551, tradução nossa⁷). No entanto, tal controle externo deve restringir-se à verificação da legalidade, ao menos em regra.

Noutros termos, caberá ao juiz incursionar na avaliação de fatos, não para substituir a discricionariedade do administrador por sua própria, mas para assegurar que não houve violação dos estreitos ditames da lei no proceder da autoridade administrativa.

⁷ *It is axiomatic that a public authority which derives its existence and its powers from statute cannot validly act outside those powers.*

Nesse sentido é o escólio impecável de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível [,] **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.** Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto (Di Pietro, 2012, p. 224, negritos originais).

Embora, em teoria, a solução possa parecer simples, no plano dos fatos situam-se diversas hipóteses que se inserem numa *zona cinzenta*. Nessa área de dúvida encontram-se aqueles casos em que não há clara e frontal violação à lei (como haveria, por exemplo, no caso de manifesto *abuso de discricionariedade*, que acaba por qualificar a arbitrariedade administrativa). Ao contrário, há, nesse espaço de incerteza, uma *potencial* infração *oblíqua*, ou uma decisão que desafie a lógica, a racionalidade humana, trazendo possíveis prejuízos à realização do interesse público no maior grau possível.

Dentre esses casos cita-se, com frequência, a violação da proporcionalidade ou razoabilidade. Há, de fato, uma linha tênue, porquanto o magistrado, ao concluir que a decisão administrativa é desproporcional ou desarrazoada, declarando-a ilegal (e, portanto, nulificando o ato administrativo), acaba incursionando na própria racionalidade administrativa.

Todavia, ainda nessa hipótese entrevê-se o acautelamento da legalidade, sob o prisma do abuso da discricionariedade. É que, nos dizeres da *Administrative Procedural Act* norte-americano, *as ações, inferências e conclusões da agência [administração pública] serão ilegais se forem tidas como inconsistentes, arbitrárias ou tomadas com abuso de discricionariedade* (tradução nossa⁸).

⁸ [...] *the agency's actions, findings and conclusions would be unlawful, if it were found to be capricious, arbitrary or an abuse of discretion.*

Se o ato é desproporcional, por desatender ao critério de *adequação, necessidade* ou *proporcionalidade em sentido estrito* (trinômio que compõe o *princípio da proporcionalidade*), não há dúvida de que ele será ilegal e, portanto, passível de censura jurisdicional.

A propósito, em recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 658.312/SC pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Gilmar Mendes ponderou que *a Corte só poderia invalidar a discriminação feita pelo legislador se ela fosse arbitrária* (STF, Informativo nº 769). Embora a questão envolvesse o exercício da função normativa pelo Congresso Nacional, a terminologia adotada pelo Ministro indica a proximidade entre o raciocínio desenvolvido e os estudos doutrinários e a legislação estrangeiros, notadamente o *Administrative Procedural Act* norte-americano.

No entanto, sobreleva notar que o tema do controle da racionalidade da decisão é mais amplo, englobando, em certas ocasiões, os supracitados parâmetros (*e.g.* se um ato for manifestamente desproporcional, a decisão poderá ser irracional; da mesma forma, se os motivos não justificarem a decisão, poderá haver irracionalidade), mas podendo ir além. Quando se analisa a *racionalidade*, não se está a restringir a perquirição à violação da legalidade; este critério abrange todo o espectro analítico dos caminhos possíveis para atingir metas predeterminadas, inclusive opções que não violentem abertamente qualquer regramento legal.

Respeita, portanto, à própria formação da convicção do administrador (extensível ao governante no desempenho da função de governo), que deve guiar seu processo decisório à luz da realização do interesse público, meta última a ser colimada pelo Estado. Daí que, enquanto a perquirição da proporcionalidade, da finalidade, das causas e motivos se relacionam ao ato administrativo perfeito e acabado, a racionalidade está ligada ao mérito propriamente dito, ao nexos que deve haver entre a decisão, seu embasamento e o objetivo que se visa atingir.

É verdade que os parâmetros de controle não são facilmente distinguíveis, mormente quando a análise revolve ao redor da *razoabilidade* do ato. Todavia, pensamos que, mesmo neste caso, eles não se confundem. Isso porque a racionalidade pode ser aferida com maior objetividade e tecnicidade, enquanto a razoabilidade tem ínsito elevado grau de subjetividade.

Aliás, essa diferenciação foi o móvel determinante de *Lord Lester* e *Sir Jowell* ao propugnarem pela substituição do critério de *reasonableness* (razoabilidade) por *rationality* (racionalidade). Assim,

Jowell e Lester atacaram a amplitude semântica do *Wednesbury unreasonableness*, pois entenderam que se conferia subjetividade ou ‘forte’ discricionariedade ao judiciário, argumentando que ‘razões de honestidade intelectual exigem mais profunda explicação do motivo pelo qual o ato é irrazoável’. [...] No caso GCHQ, ocasião em que se substituiu razoabilidade por racionalidade, era especialmente importante que a revisão judicial ostentasse caráter científico, objetivo e apolítico. (Harlow & Rawlings, 2010, p. 107, tradução nossa⁹).

Para avançar e melhor fincar as diferenças, revela-se conveniente analisar, na seção seguinte, o precedente que estabeleceu, no direito inglês, o *Wednesbury unreasonableness* como paradigma de controle Judicial do Poder Executivo. Após essa discussão, a seção 4 apresenta o estudo do caso GCHQ, no qual houve a mudança da nomenclatura – e do conteúdo – conferida ao controle, passando de *razoabilidade* para *racionalidade*.

3 WEDNESBURY UNREASONABLENESS – ASSOCIATED PROVINCIAL PICTURE HOUSES LTD. V WEDNESBURY CORPORATION (1948)

Nesta seção, analisa-se caso precursor sobre o controle judicial tendo por premissa a irrazoabilidade, ou seja, a alteração ou invalidação realizada pelo Judiciário em razão do absurdo do mérito de norma ou ato administrativo. Trata-se do julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como *Wednesbury unreasonableness*, realizado em 1948 pela Corte de Apelação britânica.

Em termos fáticos, o caso se resume à apreciação de uma licença concedida pela *Wednesbury Corporation* para operar um cinema com a condição de que nenhuma criança ou adolescente com menos de quinze anos pudesse entrar no estabelecimento aos domingos.

⁹ *Jowell and Lester attacked the loose texture of Wednesbury unreasonableness for conferring subjective or ‘strong’ discretion on the judiciary, arguing that ‘intellectual honesty requires a further and better explanation as to why the act is unreasonable’. [...] In the highly charged GCHQ case where the change [from reasonableness to rationality] was made, it was especially important for judicial review to appear scientific, objective and apolitical.*

No decorrer do julgamento, ficou assentado que o Judiciário poderia intervir para alterar uma decisão administrativa ao fundamento de ser ela irrazoável, desde que cumpridas as três condições seguintes (que ficaram conhecidas como o teste de *Wednesbury*):

- (i) Na decisão, foram considerados elementos estranhos ao caso;
- (ii) Na escolha feita pela autoridade pública, não foram considerados todos os elementos relevantes; e
- (iii) A decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução.

O termo *Wednesbury unreasonableness* é usado para descrever a terceira condição: nenhuma outra autoridade pública razoável poderia decidir daquela maneira (irrazoabilidade da escolha feita).

Ao julgar o caso, os juízes da *Court of Appeal of England and Wales* estabeleceram que não bastaria a mera alegação de irrazoabilidade *subjetiva*. Seria imprescindível passar-se pelas condicionantes acima citadas, subsumindo-se a alegada violação a uma das categorias *supra* para invalidar a decisão administrativa desarrazoada. Desse modo, firmou-se um padrão que serviria para testar as situações de aparente *unreasonableness*. Naquele caso específico, entendeu-se que a limitação (proibição de menores de 15 anos frequentarem o cinema aos domingos) não violaria qualquer das condicionantes, motivo pelo qual o Judiciário não poderia invalidá-la.

4 RATIONAL DECISION MAKING – COUNCIL OF CIVIL SERVICE UNIONS V MINISTER FOR THE CIVIL SERVICE – GCHQ CASE (1984)

A análise do caso GCHQ se revela fundamental, pois nele foram estabelecidos critérios de revisão judicial das deliberações discricionárias do Poder Executivo. Iniciemos com uma síntese fática.

Em 25 de janeiro de 1984, o Secretário de Assuntos Exteriores e do Reino Unido (*Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*) anunciou à Câmara dos Comuns (*House of Commons*) que o governo havia decidido implementar restrições sindicais aos servidores da Sede de Comunicações do Governo (*Government Communications Headquarters – GCHQ*).

A partir daquela data, não mais seria assegurado aos servidores públicos da GCHQ o direito à sindicalização. Poderiam apenas se filiar a uma associação de

servidores do departamento aprovado pelo diretor do referido órgão. Até então, permitia-se a livre associação sindical desses servidores, e havia seis confederações sindicais (*national trade unions*) ali representadas.

Segundo foi demonstrado, entre fevereiro de 1979 e abril de 1981, ocorreram sete manifestações de insatisfação por parte dos servidores públicos, com o apoio dos entes de classe. A mais relevante se deu em 9 de março de 1981, quando 25% dos funcionários promoveram uma greve de um dia.

Argumentou o Secretário que a paralisação do trabalho foi extremamente nociva à administração pública e à segurança nacional. O GCHQ desempenhava diversas atividades relacionadas à segurança do Reino Unido, tais como assegurar a comunicação militar e oficial e desenvolver ações de coleta de inteligência para o Governo, de modo que greves poderiam trazer graves implicações.

Em face das manifestações apoiadas pelas confederações sindicais, o Secretário entendeu por bem vedar a associação sindical, decisão tomada sem consultar quaisquer das pessoas afetadas. Segundo alegou, a prévia consulta daria margem a novas greves, em prejuízo do interesse público.

Contra essa medida, o Conselho dos Sindicatos de Servidores Públicos Civis (*Council of Civil Service Unions – CCSU*) e os servidores prejudicados pleitearam a revisão judicial, e o caso foi levado à Câmara dos *Lords* (que, à época, desempenhava também função jurisdicional). Dentre os temas analisados, perquiriu-se acerca da possibilidade da revisão judicial de decisões governamentais e, caso positivo, sobre quais seriam essas bases.

Lord Diplock, em seu voto, admitiu a revisão judicial da atuação administrativa (mesmo os atos oriundos da Coroa) e assinalou três balizas: (i) ilegalidade; (ii) irracionalidade; e (iii) irregularidade procedimental (acrescentou como possível quarto critério, ainda a ser edificado, a proporcionalidade).

Em razão de sua importância, concentremo-nos no segundo critério. Nos dizeres do referido jurista:

Por ‘irracionalidade’, refiro-me ao que pode ser sucintamente nominado como ‘*Wednesbury unreasonableness*’ [...]. Aplica-se a uma decisão tão ultrajante à lógica ou a um padrão moral aceitável que nenhuma pessoa sensata que refletisse sobre a questão a ser decidida a

ela chegaria. Se uma decisão se encaixa nessa categoria é uma questão que juízes, por seu treinamento e experiência, deveriam estar aptos a responder, caso contrário, haveria algo seriamente errado com o nosso sistema judicial (tradução nossa¹⁰).

Note-se que foi proposta, categoricamente, a substituição do termo *irrazoabilidade* (unreasonableness) por *irracionalidade* (irrationality). De qualquer modo, em virtude da inspiração do raciocínio no *Wednesbury unreasonableness*, o *judicial review* estaria restrito àqueles casos aberrantes, em que o desvio do Executivo estivesse patente.

Em seguida, ponderou que, embora não houvesse motivo para excluir aprioristicamente a *irracionalidade* como critério de controle judicial de decisões administrativas tomadas no exercício de prerrogativas próprias do Poder Executivo, seria tarefa árdua vislumbrar uma hipótese que justificaria a sindicância em tais casos, justamente porque as deliberações ministeriais normalmente envolvem questões de política governamental. Assim, a análise deveria ser casuística¹¹.

Lord Fraser, por sua vez, citando Lord Brightman, salientou que *a questão a ser julgada não é se o mérito da instrução ministerial é conveniente, justo ou justificável. Essas matérias não devem ser decididas por Cortes. [...] a revisão judicial se preocupa não com a decisão em si, mas com o processo decisório* (tradução nossa¹²).

¹⁰ By 'irrationality' I mean what can by now be succinctly referred to as '**Wednesbury unreasonableness**' (see *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp* [1947] 2 All ER 680, [1948] 1 KB 223). It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it. Whether a decision falls within this category is a question that judges by their training and experience should be well equipped to answer, or else there would be something badly wrong with our judicial system.

¹¹ While I see no a priori reason to rule out 'irrationality' as a ground for judicial review of a ministerial decision taken in the exercise of 'prerogative' powers, I find it difficult to envisage in any of the various fields in which the prerogative remains the only source of the relevant decision-making power a decision of a kind that would be open to attack through the judicial process on this ground. Such decisions will generally involve the application of government policy. The reasons for the decision-maker taking one course rather than another do not normally involve questions to which, if disputed, the judicial process is adapted to provide the right answer, by which I mean that the kind of evidence that is admissible under judicial procedures and the way in which it has to be adduced tend to exclude from the attention of the court competing policy considerations which, if the executive discretion is to be wisely exercised, need to be weighed against one another, a balancing exercise which judges by their upbringing and experience are ill-qualified to perform. So I leave this as an open question to be dealt with on a case to case basis if, indeed, the case should ever arise.

¹² The issue here is not whether the minister's instruction was proper or fair or justifiable on its merits. These matters are not for the courts to determine. [...] As Lord Brightman said [...] 'Judicial review is concerned, not with the decision, but with the decision-making process'.

Ao final, a Câmara alta rejeitou o apelo do CCSU e dos servidores sindicalizados, mantendo a decisão administrativa. Um dos pontos comuns aos votos e que fundamentou o desprovimento está em que se tratava de questão que envolvia a segurança nacional. Assim, o governo (Poder Executivo) seria o mais apto a avaliar e tomar as providências que melhor assegurassem esse fundamental valor social.

Da sucinta análise dos dois casos acima, podemos extrair importantes conclusões:

- (i) Trilha-se, de longa data, um movimento visando a estabelecer critérios objetivos para a revisão judicial do mérito das deliberações discricionárias do Poder Executivo;
- (ii) A irracionalidade foi admitida como critério de controle judicial da discricionariedade administrativa, embora em casos excepcionais de desvios flagrantes;
- (iii) Já então se reconhecia a necessidade de avaliar qual Poder tinha condições de tomar a melhor decisão, devendo os demais Poderes serem deferentes à deliberação.

Destaque-se, entretanto, que, como se pôde perceber, propomos neste artigo um delineamento mais claro entre *racionalidade* e *razoabilidade*. O primeiro, segundo entendemos, consiste na avaliação da razão na escolha de caminhos e decisões que realizem metas predeterminadas, estabelecendo um nexó lógico-pragmático entre o meio preferido (em detrimento de outras opções legítimas) e o fim colimado. Trata-se, portanto, de uma análise objetiva da relação entre decisão e objetivo. O segundo, por sua vez, seria a investigação da sensatez, conveniência, justeza da decisão, cuja análise pode ser mais ou menos rigorosa, a depender do grau de deferência que se pretende que os Poderes Republicanos mantenham entre si.

5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À APRECIÇÃO JUDICIAL DA RACIONALIDADE DA DECISÃO DO PODER EXECUTIVO

Há, essencialmente, três argumentos relevantes que teoricamente obstaculizariam o controle jurisdicional da racionalidade do Poder Executivo ou, quando menos, evidenciariam ser ele prejudicial.

O primeiro e mais conhecido argumento é o da *separação de poderes*. De fato, quando o Poder Judiciário exerce ingerência sobre a racionalidade de determinada

decisão administrativa, acaba por haver o risco de uma sobreposição da discricionariedade própria do magistrado.

Inexistindo ilegalidade a ser afastada, mas simples discordância do senso do Executivo, qualquer controle realizado pelo Judiciário acabaria furtando àquele Poder o direito de adotar a sua opção legítima. Sendo assim, a avaliação jurisdicional do *rational decision making* acabaria por macular a independência e coexistência harmônica preconizada na Constituição Federal (art. 2º).

O argumento da tripartição dos poderes é especialmente relevante quando se trata do controle da função governamental, máxime por não serem os magistrados eleitos, de modo a não estarem investidos de legitimidade democrática direta.

Há, todavia, outros dois argumentos, de igual importância.

Como já sinalizado, o Poder Executivo possui uma máquina administrativa altamente especializada, com servidores qualificados e acesso a robustas bases de dados. O Judiciário, por sua vez, não conta com igual estrutura.

Há vários exemplos de excessos cometidos pelos membros do Poder Judiciário que, justamente por não deterem especialização em todos os setores, podem ser tidos como prejudiciais. Para ilustrar, pode-se citar uma decisão relativamente recente da primeira instância da Justiça Federal da 1ª Região. Apesar de existir em funcionamento um mercado de transporte aéreo com preços oscilando conforme as regras de oferta e demanda e de haver uma agência reguladora controlando o setor, uma magistrada condenou a empresa TAM Linhas Aéreas¹³ a: *a)* ofertar aos usuários, nos voos com destino para e/ou origem em Imperatriz-MA, no mínimo, 50% dos assentos com a tarifa denominada *básica*; *b)* nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013 e janeiro/2014, cobrar do usuário-consumidor o valor máximo de até 50% da tarifa máxima do plano *básico*. A argumentação básica é que houve elevação exagerada das tarifas na alta temporada.

Com noções de economia e conhecimento do setor aéreo, pode-se inferir que se o trecho Brasília-Imperatriz fosse extremamente lucrativo, outras empresas teriam interesse em oferecer voos entre essas cidades. Se não o fazem, é possível concluir pela inexistência de rentabilidade elevada. Além disso, se os preços praticados estivessem razoáveis numa perspectiva de equilíbrio ao longo do ano, a partir do momento que

¹³ Processo 0009029-10.2013.4.01.3701 – TRF da 1ª Região.

houve o tabelamento, a empresa talvez não tenha mais interesse em manter essa linha, uma vez que ela não é obrigada a trabalhar de forma deficitária. Outra possível consequência perversa da decisão é o aumento das tarifas dessa linha em períodos não tabelados. Como as elevadas tarifas de dezembro e janeiro possivelmente subsidiavam os meses de baixa demanda, com a intervenção, quem viajar no restante do ano possivelmente terá de pagar mais caro. (Meneguín e Bugarin, 2014).

Nota-se como uma decisão judicial tem o poder de alterar completamente o equilíbrio do mercado e prejudicar um número muito maior de consumidores do que os supostamente beneficiados.

Não sem motivo, há quem entreveja na separação dos poderes a *finalidade de especializar funções estatais*, para que se viabilize maior eficiência no seu desempenho. Nesse sentido, ensina José Afonso que

A *divisão de poderes* fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação (Silva, 2014, p. 111).

Nessa esteira, apontam os professores da *Massachusetts Institute of Technology*, Nicholas Ashford e Charles Caldart: *Alguns estudiosos defendem que magistrados não são qualificados para entender e interpretar dados altamente técnicos. Por isso, segundo argumentam, tribunais deveriam ser deferentes à qualificada expertise da agência nessas matérias, exceto nos casos em que houvesse equívocos evidentes na racionalidade* (1996, p. 79, tradução nossa¹⁴).

Deveras, em muitos casos o magistrado não é o *agente* que possui as melhores condições de avaliar a racionalidade que sustenta a decisão administrativa. Mormente em casos complexos, que envolvem diversas variáveis e ponderam grande volume de dados, o corpo técnico que possui o Poder Executivo, pelo menos a princípio, seria mais

¹⁴ *Some commentators argue that lay judges are simply not qualified to understand and interpret such [highly technical] data. Thus, their argument runs, courts should defer to an agency's specialized expertise in these matters except in cases of obvious errors in reasoning.*

indicado para avaliar as opções e decidir pela que melhor realiza o objetivo, desenvolvendo, portanto, a racionalidade decisória.

Este segundo argumento – *especialização imanente ao corpo técnico do Poder Executivo* – deve ser particularmente considerado quando se trata de decisões oriundas das agências reguladoras, indicando ser prejudicial a intervenção judicial no tocante à racionalidade no desempenho da função administrativa, por carecer de *expertise* para adequadamente exercer o controle sob este parâmetro.

Por fim, há uma terceira ponderação, de indiscutível consistência, que infirma a prudência do controle jurisdicional tanto da função administrativa, quanto da governamental: *o processo judicial não foi estruturado para avaliar a racionalidade de decisões complexas do Poder Executivo*, não sendo o meio adequado para enfrentar tal questão. Isso porque as ferramentas processuais não propiciam o debate necessário para elucidar a dimensão do problema a ser resolvido.

Cabe a um juiz forçar a internação de um paciente em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de hospital público que já se encontra lotada? Cabe a um magistrado alterar a política pública de saúde desviando recursos orçamentários para a compra de um medicamento que beneficiará um único paciente? Qual o reflexo disso no bem-estar social? Tais questões são complexas e imensamente debatidas. As respostas certamente não são simples, o que reforça a posição de ser temerário uma única pessoa, desconhecadora de todas as variáveis que contornam o tema, modificar monocraticamente a política pública planejada pelo Poder Executivo.

No Brasil há possibilidade de oitiva de peritos, admissão do *amicus curiae* e realização de audiência pública¹⁵, na qual especialistas podem oferecer esclarecimentos ao magistrado. Ainda assim, tais instrumentos processuais são de aplicabilidade limitada e se revelam débeis quando comparados ao sobranceiro aparato técnico que possui o Poder Executivo.

Este ponto foi percucientemente enfrentado por Lord Diplock, que formulou um argumento de reforço: os magistrados, por sua própria formação, não são, *a priori*, qualificados para avaliar a racionalidade da decisão administrativa. Comentando o voto do jurista e político inglês, ponderam Carol Harlow e Richard Rawlings:

¹⁵ Aliás, são frequentes as críticas ao Judiciário, notadamente ao STF, por não dar o devido peso às opiniões e exposições dos especialistas que se pronunciam nas audiências públicas. Isto revela que, não raro, tais instrumentos processuais não realizam seu desiderato.

Limites também são estabelecidos por Lord Diplock na referência a ‘decisões que geralmente envolvem a aplicação de políticas governamentais’. Nesse ponto, ele sugere que o processo judicial não está adaptado para fornecer a resposta correta, porque a decisão envolve ‘fundamentos de políticas conflitantes que, caso bem exercida a discricção executiva, precisam ser sopesados: um exercício de sopesamento que os juízes, pela sua própria formação e experiência estão pouco capacitados a realizar (2010, p. 107, tradução nossa¹⁶).

6 O PANORAMA ATUAL

Como bem acentuam Ashford e Caldart,

É importante reiterar que, independentemente das cautelas adotadas por um tribunal revisor no escrutínio dos detalhes da racionalidade da agência [administração pública], o judiciário não está autorizado a reformar uma decisão administrativa simplesmente porque discorda da política formulada pelo Executivo. (1996, p. 79, tradução nossa¹⁷).

Se é para muitos intuitivo que o Poder Judiciário deve ser deferente à discricionariedade do Executivo, desde que não haja ilicitude a ser combatida ou evidente desvio a ser corrigido (*e.g.* desvio de finalidade, abuso de poder, atuação flagrantemente desproporcional), pensamos que o prejuízo advindo da ausência de debate doutrinário acerca do controle da racionalidade da decisão administrativa, enquanto paradigma de sindicância jurisdicional, já é sentido no âmbito nacional.

De fato, sob fundamentos diversos, há variadas situações em que magistrados avaliam a racionalidade decisória do Poder Executivo, embora não o façam expressamente. Podemos destacar dois casos iterativos no cotidiano jurisdicional para exemplificar.

¹⁶ *Boundaries are also set by Lord Diplock's reference to 'decisions of a kind that generally involve the application of governmental policy'. Here, he suggests, judicial process is not adapted to provide the right answer, because the decision involve 'competing policy considerations which, if the executive discretion is to be wisely exercised, need to be weighed against one another: a balancing exercise which judges by their upbringing and experience are ill-qualified to perform'.*

¹⁷ *It is important to reiterate that, no matter how carefully a reviewing court scrutinizes the details of the agency's reasoning, the court is not empowered to overturn an administrative decision merely because it disagrees with the agency's policy determinations.*

Caso 1. Controle jurisdicional da racionalidade no desempenho de função governamental: o benefício assistencial e o critério da miserabilidade econômica

A Constituição Federal de 1988, cumprindo sua índole *cidadã*, assegurou ao idoso e ao portador de deficiência que comprovarem não possuir meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, o direito à percepção de um salário mínimo mensal, a título de benefício assistencial (art. 203, V).

Ao regulamentar o mencionado preceptivo constitucional, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), com a atual redação dada pela Lei nº 12.435/11, estabeleceu que se considera *incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo* (art. 20, § 3º).

Desta forma, segundo a LOAS, há dois requisitos que devem ser atendidos em situação de cumulativa ocorrência para que o cidadão faça jus ao benefício assistencial: (i) ser idoso ou portador de deficiência; e (ii) encontrar-se em situação de miserabilidade econômica, ocorrente quando a renda familiar *per capita* for inferior a ¼ do salário mínimo nacional.

Analisemos o segundo requisito – renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo –, que foi objeto de acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial.

Inicialmente, cumpre salientar que este padrão objetivo de aferição de miserabilidade foi estabelecido por Lei e, portanto, foi alvo de aprofundada reflexão.

Na esfera do Poder Legislativo, o tema passou pelo crivo da Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Finanças e Tributação e Comissão de Constituição e Justiça, todas da Câmara, e pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Comissão de Assuntos Econômicos e Comissão de Assuntos Sociais, do Senado, bem assim pelo Plenário de ambas as Casas Legislativas.

Ademais, a Presidência da República, que conta com assessoramento altamente qualificado, entendeu que os cofres públicos poderiam arcar com os custos gerados pelo benefício assistencial, aprovando o critério objetivo (1/4 de salário mínimo *per capita*). Esta intelecção foi simbolizada por meio da sanção presidencial da Lei nº 12.435, de 2011, que manteve o valor como paradigma.

Portanto, após ampla análise, entendeu-se que a concessão do benefício àqueles que comprovassem renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo não oneraria demasiadamente o erário, e que a instituição dessa política pública, tal como preconizado pelo constituinte, seria salutar, nos moldes desenhados pela Lei nº 8.742, de 1993.

Seguindo os ditames legais, a administração pública passou a negar a concessão do benefício assistencial ao idoso ou deficiente que integrava família com renda *per capita* superior ao limite máximo legalmente estabelecido. Muitas dessas pessoas recorreram ao Poder Judiciário, pleiteando o estabelecimento do benefício, a despeito do não preenchimento de um dos requisitos.

A orientação predominante nos Tribunais Regionais Federais firmou-se pela possibilidade da concessão do benefício assistencial, ainda que a renda familiar *per capita* superasse ¼ do salário mínimo, desde que houvesse outros elementos que indicassem a situação de miserabilidade econômica (*e.g.* necessidade de comprar remédios caros não fornecidos pelo SUS, custear tratamento médico especializado, contratar enfermeira).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se que

A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo¹⁸.

Em 1998, o STF, divergindo do entendimento jurisprudencial amplamente prevalecente, reconheceu a constitucionalidade do critério legal matemático estabelecido na LOAS, ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232/DF. Naquela oportunidade, consignou o Min. Nelson Jobim que

compete à lei dispor sobre a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da

¹⁸ REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ – 3ª Seção, DJe 20/11/2009.

lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma [1/4 do salário mínimo *per capita*]. Portanto, não há interpretação conforme possível, porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição¹⁹.

Assim, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal foi deferente à racionalidade e decisão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, em 2013, a própria Corte Suprema reviu seu posicionamento quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 567.985/MT. Os ministros reconhecerem *incidenter tantum* a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, passando a admitir que outros critérios fossem utilizados pelos magistrados para aferir a miserabilidade econômica dos postulantes ao benefício assistencial.

O fundamento da reversão jurisprudencial (*overruling*) foi, em síntese: (i) que o parâmetro objetivo legalmente estabelecido poderia acarretar a exclusão do direito assistencial a pessoas miseráveis, que realmente precisariam do auxílio estatal; e (ii) que,

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

No que pertine ao primeiro argumento, é assente, em doutrina e jurisprudência, que o art. 203, V, da CF constitui norma de eficácia limitada, dependendo de regulamentação infraconstitucional. Vale dizer que o constituinte, por meio de norma programática, outorgou ao legislador ordinário o poder-dever de dar concreção ao preceptivo constitucional, densificando o conceito jurídico indeterminado que é *miserabilidade*. Melhor dizendo, competia ao legislador infraconstitucional estabelecer o que se entendia por *não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*, na literalidade do dispositivo constitucional.

¹⁹ ADI 1.232-1/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, STF – Pleno, julgado em 27/08/1998.

Ao desconsiderar a escolha política (1/4 do salário mínimo), o Pretório Excelso acabou exercendo, obliquamente, controle do *decision making* dos órgãos políticos (Presidência da República e Casas do Congresso Nacional).

Oportuno pontuar que, relativamente ao segundo argumento, se evidencia com maior força o controle jurisdicional da racionalidade que embasou a decisão política (do Legislativo e do Executivo), principalmente ao ponderar que outras legislações estabeleçam critérios mais elásticos para a concessão de direitos assistenciais. Ao assim proceder, o STF, embora indiretamente, afirmou que a racionalidade em que se apoiaram as outras decisões políticas deveria ser aplicada também para o benefício assistencial.

Desde essa decisão paradigmática, os Tribunais, de forma amplamente majoritária, se não unânime, têm aceitado outras provas de miserabilidade, reconhecendo o direito à percepção de um salário mínimo legal mesmo para aqueles que auferem renda familiar *per capita* superior a 1/4 do salário mínimo²⁰.

O resultado, que contou com a colaboração Judicial, foi a implantação do programa social que mais onera os cofres públicos, superando inclusive o dispêndio com o bolsa família. Estima-se que em 2015 o gasto será de quase R\$ 42 bilhões e, como bem destacou Pedro Fernando Nery,

Em relação à pobreza, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) não é considerado o instrumento mais efetivo para reduzi-la. Desde a sua implantação e até recentemente, o BPC, junto com as transferências do INSS, ajudou a retirar da pobreza milhões de idosos e deficientes pobres, mas gastos adicionais com o benefício não trazem mais resultados significativos nessa direção (Nery, 2014).

Sem questionar os méritos do benefício assistencial, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 567.985/MT, alargou o espectro de potenciais beneficiários, sem elaborar qualquer estudo técnico quanto ao impacto de sua decisão. Indo além, desconsiderou o critério objetivo traçado pelos Poderes Executivo e Judiciário.

²⁰ Nesse sentido, ver TRF-1, AC 180146120134019199, DJe 16/10/2013; TRF-2, AC/RE 201402010065423, DJe 09/10/2014; TRF-3, AC 00337173720124039999, DJe 13/09/2013; TRF-4 AG 200104010887366; e TRF-5, REO 00034470620104058201.

Para agravar a situação, consagrou-se situação de insegurança jurídica que apenas sobrecarrega o próprio Judiciário. Isso porque a administração deve sempre pautar sua atuação em lei. Assim sendo, está impedida de apreciar se, no caso, apesar da renda familiar superar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o postulante está em situação de miserabilidade (uma vez que a lei não lhe confere tal discricionariedade²¹). Logo, só resta ao pretense beneficiário recorrer ao Judiciário e, em realidade, nem mesmo ele sabe se faz jus ao benefício, já que a aferição da miserabilidade passou a ser bastante flexível e subjetiva.

Possivelmente, nesse caso, o controle do *rational decision making* tenha contribuído para criar ainda mais ineficiências em nosso sistema jurídico, econômico e social.

De qualquer modo, o mesmo raciocínio está sendo estendido ao auxílio-reclusão, tendo decidido o Superior Tribunal de Justiça que

É possível a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que recebia salário de contribuição pouco superior ao limite estabelecido como critério de baixa renda pela legislação da época de seu encarceramento [...] quando o caso concreto revelar a necessidade de proteção social, permitindo ao julgador a flexibilização do critério econômico para deferimento do benefício pleiteado, ainda que o salário de contribuição do segurado supere o valor legalmente fixado como critério de baixa renda no momento de sua reclusão (Recurso Especial – REsp nº 1.479.564, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ – 1ª Turma, julgado em 06/11/2014).

Aguardemos o desfecho para avaliar as consequências da consolidação desta nova inteligência pretoriana.

²¹ É bem verdade que, atualmente, se pugna pela vinculação da administração pública não só à legalidade, mas também à legitimidade e juridicidade. Assim, em tese, a autoridade administrativa poderia adotar o posicionamento do STF e conceder o benefício assistencial àqueles cuja renda familiar se situa em patamar pouco acima do limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*. Não obstante, como se trata de aplicação direta da Constituição (e de norma de eficácia limitada *de lege ferenda*), e por envolver princípios de baixa densidade normativa (mormente a dignidade da pessoa humana), a prática revela que, na enorme maioria dos casos de renda familiar *per capita* superior ao limite legal, o benefício assistencial é denegado. Sobremais, a limitação probatória na via administrativa (não há elaboração de estudos familiares e sociais, como ocorre na via judicial) igualmente dificulta a concessão do referido benefício nessas situações limítrofes, forçando o postulante a recorrer ao Judiciário.

Caso 02. Controle jurisdicional da racionalidade no desempenho de função administrativa: decisões em processos administrativos disciplinares

É consabido que todos os servidores públicos civis da União se submetem à disciplina da Lei nº 8.112, de 1990. Segundo este regime jurídico, a pena de demissão deverá ser aplicada quando comprovado que o servidor praticou ato tipificado como crime contra a administração pública (art. 132, I, do referido diploma normativo).

Doutro lado, é certo que as esferas judicial e administrativa são independentes.

Ora, para que haja uma condenação criminal se exige prova cabal acerca da materialidade e autoria delitiva. Tal exigência decorre diretamente da possibilidade de ser aplicada pena privativa de liberdade, extraível igualmente do princípio de presunção de inocência. No mais, o juiz é livre para valorar e sopesar as provas, devendo apenas motivar o seu convencimento.

A via administrativa é menos rígida na exigência de prova exaustiva (inclusive porque a sanção mais grave a ser aplicada é a demissão), sendo certo que a administração pública, ao decidir um processo administrativo disciplinar, possui liberdade para avaliar o panorama fático-probatório, devendo igualmente motivar sua convicção.

Posto isso, é absolutamente uníssona a jurisprudência em afirmar que a absolvição criminal não vincula a Administração Pública, salvo se o decreto absolutório se fundamentar em negativa de autoria ou inexistência do fato²². Há, ainda, posição doutrinária e jurisprudencial que pugna pela repercussão quando a absolvição na esfera criminal decorrer de prova da existência de uma excludente de ilicitude (STJ, REsp 1.090.425²³).

Afora essas hipóteses de sentença absolutória (respectivamente, art. 386, incisos I, IV e VI, do CPP), a Administração Pública é livre para deliberar acerca da ocorrência, ou não, de falta funcional praticada pelo servidor público.

²² Lei 8.112/90, Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

²³ *A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito.*

Embora essa seja a tradicional posição jurisprudencial²⁴, em verdade, o Judiciário muitas vezes se imiscui na discricionariedade administrativa, notadamente na valoração das provas e formação da convicção (*decision making process*), mesmo quando inexistente ilegalidade a ser afastada. Veja-se, por exemplo, o aresto abaixo colacionado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. **FORMAÇÃO INSUFICIENTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO.** ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante orientação traçada pela Egrégia Terceira Seção do STJ, a infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida, e de resto todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão, deve ser respaldada em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

2. No caso, o acervo probatório não se mostra suficiente para comprovar, de maneira ampla e indubitável, a atuação da agente da polícia federal em cobrar propina do estrangeiro que se encontrava com visto de turista expirado no território nacional, evidenciando a desproporcionalidade da pena aplicada.

3. Não obstante a independência das esferas penal e administrativa, mister ressaltar que a impetrante foi absolvida do crime de corrupção passiva, por falta de provas, na Ação Penal Pública que tramitou perante a primeira vara federal do Rio de Janeiro.

4. Segurança concedida para anular a Portaria 47, de 18.01.2008, que demitiu o impetrante do cargo de Agente da Polícia Federal, determinando-se sua reintegração ao cargo, assegurando-lhe os efeitos da segurança à data da publicação do ato de demissão.

(MS nº 13.581/DF, Rel^a. Des^a. Convocada Jane Silva, STJ – 3ª Seção, DJe 04/02/2009) (grifos e negrito nossos).

Cabe destacar, por oportuno, que os ministros não concluíram estar provado que o servidor público *não praticou fato tipificado como crime*, ou que *não havia provas para manter a condenação administrativa*. Apenas afirmou que *as provas seriam insuficientes*.

²⁴ Nesse sentido, ver STJ, Mandado de Segurança (MS) nº 16.554/DF, DJe 16/10/2014; Agravo Regimental (AgRg) no Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 221.072/SP, DJe20/08/2014; e AgRg no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 43.078/SP, DJe 24/06/2014.

Para fundamentar a anulação do ato administrativo que impôs a pena de demissão, o STJ considerou que haveria desproporcionalidade. Contudo, não parece ser esse o caso, senão vejamos.

Concluindo-se que houve a prática de corrupção (deliberação esta que seria de competência da Administração Pública), é *adequada* a aplicação da pena de demissão, inteligência que se extrai da literalidade do art. 132, I, da Lei 8.112/90. Igualmente, a medida é *necessária* para sancionar suficientemente o infrator, não havendo sanção substitutiva que cumpra este desiderato. Por fim, atendido está o requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que, sopesando-se os valores envolvidos, constata-se, com hialina clareza, que a conduta do servidor público é grave o suficiente para ensejar a pena de demissão (no caso, a prática de corrupção passiva).

Haveria desproporcionalidade a ser afastada pelo Judiciário caso o servidor público tivesse sido demitido por haver se apropriado de pequena quantidade de grampos, algumas poucas canetas ou resmas de papel (fato formalmente tipificado no artigo 312 do Código Penal – CP).

Outrossim, seria combatível o ato administrativo que demitisse o funcionário à míngua de lastro probatório mínimo que comprovasse a grave falta funcional, não em virtude da desproporcionalidade, mas em razão de outro vício (no caso, poderia haver abuso de discricionariedade ou abuso de poder, desvio de finalidade, vício do ato administrativo na motivação [*teoria dos motivos determinantes*], a depender do caso), ou, até mesmo, ao fundamento do *Wednesbury unreasonableness*, conquanto nenhuma pessoa racional chegaria à mesma conclusão a que chegou a autoridade administrativa (*irrazoabilidade*).

A bem ver, no caso apresentado o ato administrativo em si nem sequer era discricionário. A discricionariedade residia na margem conferida à Administração para avaliar o acervo probatório do processo administrativo disciplinar como, de resto, sói ocorrer com todos os atos administrativos cognominados *discricionários*²⁵. Concluindo-se pela ocorrência de corrupção, a pena de demissão se impunha.

²⁵ Sobre o tema, obtempera Celso Antonio: “... *não é o ato que é vinculado ou discricionário*; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais ‘elementos’ dele são sempre vinculados. Donde, por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria, como bem observou Víctor Nunes Leal. Em verdade, discricionária é a *apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais* e vinculada é sua *situação* em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei, e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração” (Mello, 2010, p. 984 – grifos e negrito originais).

Com o devido respeito, não havia desproporcionalidade a ser repelida pelo Judiciário, a despeito da fundamentação do acórdão. Deveras, o que ocorreu foi a avaliação, pela Corte Superior, dos fatos e provas que embasaram a decisão administrativa, isto é, o escrutínio da racionalidade do processo decisório.

Em último plano, o que o STJ fez foi substituir a racionalidade da Administração Pública por sua própria racionalidade, indevidamente incursionando na discricionariedade administrativa sob o (incorreto) fundamento da prevalência do princípio da proporcionalidade.

Caso 03. Controle jurisdicional em face da interação conflituosa entre legalidade e eficiência

O controle judicial da racionalidade do Executivo surge muitas vezes em decorrência do dilema entre privilegiar a legalidade ou a eficiência, ambos princípios constitucionais que devem ser seguidos pela Administração Pública.

Percebem-se corriqueiramente situações em que o gestor público, ao perseguir o cumprimento estrito de todas as regras legais, imputa ao Estado uma ineficiência no aproveitamento dos recursos e na prestação dos serviços públicos. Nesse ponto, evidenciam-se hipóteses em que a escolha legislativa, sob a ótica do caso concreto, não apresenta a eficiência necessária para o êxito da atuação administrativa. Em face desses casos, qual escolha deve realizar o administrador? Qual a margem de interferência do Poder Judiciário, no âmbito de seu controle jurisdicional, em casos de conflito entre esses princípios?

Esse tema é discutido em Santos e Meneguim (2014), que trazem o seguinte caso ilustrativo.

Nos autos da apelação nº 157-90.2000.01.3400, julgada em 03.05.2013, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região) afastou a aplicação da Instrução Normativa nº 13/99, da Secretaria de Defesa Agropecuária (Ministério de Agricultura e do Abastecimento), que previa prazo de 60 dias para licenciamento de importação de alho. Entendeu-se que o estabelecimento de prazo elástico violara o princípio da eficiência, especialmente considerando o caráter perecível do produto importado, bem como os riscos de perda do produto, caso cumprida a legislação, em seu rigor. Nesse sentido, o Estado-Juiz determinou que a União afastasse a regra impugnada, para processar o pedido de licenciamento em prazo exíguo.

Na ocasião, ponderou o TRF da 1ª Região:

A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Novamente o que se percebe é uma atuação no sentido de reavaliar a racionalidade da Administração Pública, dessa vez sob o fundamento da eficiência.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou introduzir o tema do *rational decision making* como parâmetro de controle judicial da discricionariedade do Poder Executivo, a fim de viabilizar uma investigação doutrinária mais profunda.

Deveras, já se percebe, na atualidade, a realização de um controle judicial da racionalidade da decisão do Poder Executivo. É bem verdade que isto não é feito às escâncaras, mas implicitamente.

Mais importante do que rechaçar a possibilidade da sindicância do *rational decision making process*, é reconhecer a sua existência e traçar, com clareza, suas balizas. Desta forma se atenuará a tensão entre Poderes da República, evitando-se a cognominada *guerrilha institucional*.

Para tanto, cabe à doutrina fornecer subsídios aos magistrados. Contudo, o tema reclama maior aprofundamento e análise acadêmica no Brasil.

Os juízes, por sua vez, têm evitado enfrentar a questão, conquanto é mais simples suscitar um princípio constitucional e a sua prevalência normativa, do que refletir sobre os limites da atividade jurisdicional no perscrutar da racionalidade da decisão do Poder Público.

O resultado, que pode ser problemático, é não só a fundamentação pouco hígida, mas, principalmente, uma indevida postura ativista do judiciário. Não raro, sob o fundamento da força normativa constitucional, se aplica inadequadamente um princípio de baixa densidade normativa, apenas para substituir a discricionariedade da autoridade

administrativa pela racionalidade do julgador, ou seja, para fazer valer o seu *senso de justiça*.

De fato, como advertiu Pacelli, *Quando não há contrariedade expressa em relação a um dispositivo da Constituição, recorre-se aos princípios*. Assim, nada parece haver que não esteja previsto em algum princípio constitucional (2013, p. 406).

Como ponderaram, com propriedade, os catedráticos da Liverpool Law School, Brian Thompson e Michael Gordon, a lei não pode abdicar de sua generalidade e abstração, de modo que ela não deve só viabilizar a mudança da política, como também conceder abertura para modificação ou abandono da referida política. A questão recorrente é quando, onde e como devem os tribunais intervir para proteger a população de prejuízos nesse processo (2014, p. 551, tradução nossa²⁶). É dizer, qual seria o limite de intromissão jurisdicional na avaliação da decisão do Poder Executivo, quando não houver qualquer ilegalidade?

O controle da racionalidade pode ser, em bases excepcionais, um fundamento da tutela jurisdicional, mas é preciso que haja antes cuidadosa reflexão, para que não se estiole a independência e harmonia entre os Poderes da República. A regra, portanto, há de ser a deferência judiciária.

Até que se estabeleça uma disciplina clara, preponderará a situação bem descrita por John Griffith, malgrado o nosso sistema jurídico seja próprio do *civil law*:

Juízes, na tradição criativa do *common law*, frequentemente inventam ou redescobrem regras de direito que lhes permite intervir e exercer julgamentos políticos em áreas que, até então, se entendia estarem fora de sua esfera de competências. Nessas ocasiões [...] legisladores e autoridades administrativas são continuamente surpreendidos ao descobrir que, na visão dos juízes, eles não possuem os poderes que pensavam ter (*in Harlow & Rawlings*, 2010, p. 106, tradução nossa²⁷).

²⁶ [...] since it [statutory body] cannot abdicate its general remit, not only must it remain free to change policy; its undertakings are correspondingly open to modification or abandonment. The recurrent question is when and where and how the courts are to intervene to protect the public from unwarranted harm in this process.

²⁷ Judges themselves, in the common law tradition of judicial creativity, frequently invent or re-discover rules of law which enable them to intervene and to exercise political judgment in areas that hitherto had been understood to be outside their province. In the event [...] legislators and Ministers and public authorities are continuously being surprised to discover that, in the view of the judges, they do not have the powers they thought they had.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHFORD, Nicholas A.; CALDART, Charles C. *Technology, Law and the Working Environment*. Island Press: Washington D.C. – USA, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. Cambridge University Press: New York – USA, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

MENEGUIN, F. B.; BUGARIN, M. S. *Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13/01/2015.

NERY, Pedro Fernando. Qual o programa social mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família). *in* Brasil, Economia e Governo (<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-carro-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>). 2014. Acesso em 13/01/2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Ed. Atlas: São Paulo, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas: São Paulo, 2012.

SANTOS, P. F. O.; MENEGUIN, F. B. Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade? *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, pp. 7-16, jan./mar- 2014. Brasília: Senado Federal. Disponível no endereço <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502949>. Acesso em 13/01/2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

THOMPSON, Brian; GORDON, Michael. *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*. Oxford University Press: Oxford – UK, 2014.