

A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo

ANDRÉ DIAS FERNANDES

Sumário

1. Introito. 2. O mérito do ato administrativo na visão de Seabra Fagundes e Alessi. 3. Evolução do conceito de mérito do ato administrativo. 4. Razoabilidade e proporcionalidade como conceitos jurídicos indeterminados: limites imanescentes ao controle judicial com base nesses princípios. 5. Controle do mérito: juízo cognitivo e juízo decisório. 6. Conclusão.

1. Introito

Com o advento da CF/88, novos princípios foram constitucionalizados, o que veio a ampliar o controle da atividade administrativa. Mais recentemente, tem-se verificado uma ampliação ainda maior do controle judicial dos atos administrativos com base numa *releitura* daqueles mesmos princípios, acarretando uma redução tão significativa na discricionariedade administrativa que muitos doutrinadores vêm sustentando que já não subsiste mais o conceito de mérito administrativo como limite ao controle judicial dos atos administrativos.

Nessa ordem de ideias, defende-se uma postura mais ativista do Judiciário no tocante ao controle das políticas públicas, ainda quando haja necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional.

De outra parte, alguns doutrinadores advogam uma maior autocontenção (*self restraint*) do Judiciário, por variegadas razões, entre as quais a ausência de legitimidade democrática do juiz, os impactos sistêmicos nefastos na governança, a falta de capacidade institucional do Judiciário, as limitações ingênicas à dialética processual (ausência de visão global) e as limitações impostas pelo princípio da separação de Poderes.

André Dias Fernandes é Juiz Federal, doutorando em Direito do Estado pela USP, mestre em Direito pela UFC, MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio e professor da Faculdade 7 de Setembro.

Impende, pois, analisar a evolução do conceito de mérito do ato administrativo e verificar se ainda desfruta de serventia na hodiernidade.

2. O mérito do ato administrativo na visão de Seabra Fagundes e Alessi

Sob o influxo dos administrativistas italianos, Seabra Fagundes (1957, p. 167-168) desenvolveu, com profundidade, na doutrina pátria o conceito de mérito do ato administrativo¹. Eis a sua concepção a este respeito:

“O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um *juízo comparativo*. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. [...]”

Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação de vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste.”

Portanto, consoante Seabra Fagundes, o mérito não constituiria um sexto elemento dos atos administrativos – até porque não estaria presente nos atos vinculados –, mas consistiria num aspecto relacionado com o motivo e o objeto do ato discricionário. Traduzir-se-ia num juízo comparativo, de feição política, discricionária, que poderia ser sinteticamente definido como um juízo de *conveniência e oportunidade*.

Por seu turno, Renato Alessi (1949, p. 134-135) realça os aspectos positivo e negativo do conceito de mérito administrativo:

“O conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos: sob o aspecto meramente *negativo*, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito), e sob o aspecto *positivo*, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. Sob o primeiro aspecto,

¹ O conceito de mérito ou “merecimento” como limite ao controle judicial dos atos administrativos já constava na legislação pátria desde 1894. Com efeito, dispunha a Lei nº 221/1894, no seu art. 13, § 9º, 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 jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade” (BRASIL, 1984, grifo nosso). Tal Lei versava sobre a organização da Justiça Federal.

o conceito de mérito se põe em antítese com o de legitimidade em sentido estrito – adquirindo um e outro um valor meramente processual –, enquanto sob o aspecto positivo o conceito de mérito está compreendido no conceito de legalidade – ou legitimidade em sentido lato – da medida, adquirindo, ambos, valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica.”

Na concepção de Alessi e de Seabra Fagundes, o conceito de mérito do ato administrativo conexiona-se com o de discricionariedade e configura um limite à sindicabilidade judicial².

No entanto, a dificuldade maior não está na definição *in abstracto* do mérito administrativo, mas sim naquilo que *in concreto* se subsumiria ou não no referido conceito. É nessa amplitude que medram as principais controvérsias e as sucessivas tentativas de estreitamento do conceito de mérito administrativo. Em outras palavras, há um considerável consenso no sentido de que o mérito administrativo consiste num juízo de conveniência e oportunidade, mas aquilo que se considera conveniente e oportuno tem variado ao longo do tempo, em face do incremento dos parâmetros de controle.

Analisemos, portanto, os fatores que têm contribuído para a redução da discricionariedade administrativa e o conseqüente estreitamento do conceito de mérito do ato administrativo.

3. Evolução do conceito de mérito do ato administrativo

A *teoria do desvio de poder (détournement de pouvoir)*, elaborada pelo *Conseil d'État* francês, foi um dos primeiros fatores de redução da discricionariedade administrativa, pois, a partir dela, passou-se a admitir um controle sobre a *finalidade* do ato. Nesse exame, busca-se verificar se a autoridade administrativa usou legitimamente de sua competência ou se o fez com o intuito de beneficiar ou prejudicar alguém. A essa luz, a Administração não pode escudar-se na alegação de conveniência e oportunidade para praticar atos que desbordam da finalidade de atendimento ao interesse público, o que veio a subtrair tais atos do conceito de mérito administrativo.

A *teoria dos motivos determinantes* representou mais um passo relevante na redução da discricionariedade administrativa.

Consoante a clássica definição de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 193, grifo nosso)

²“O conceito de *mérito* no Direito Administrativo reveste a maior importância, de vez que permite, pela discriminação de um elemento integrante de certos atos administrativos e isento do controle jurisdicional, delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sobre a Administração Pública” (FAGUNDES, 1951, p. 1).

“a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, *para todos os efeitos jurídicos*. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.”

A essa luz, a teoria dos motivos determinantes aplica-se assim aos atos *discricionários* como aos *vinculados*, e tanto aos atos em que a *motivação é obrigatória* como aos em que a *motivação é facultativa*³.

Tal teoria, de origem francesa, tem obtido ampla aceitação na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto recente do STJ:

“6. No caso, como a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, POR FORÇA DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, deve ser anulado o ato impugnado no mandamus, NADA IMPEDINDO, TODAVIA, QUE A AUTORIDADE IMPETRADA PROMOVA NOVA EXONERAÇÃO AD NUTUM”⁴ (BRASIL, 2013).

A partir da teoria dos motivos determinantes, passou-se a exercer um controle sobre o *motivo* do ato administrativo. De feito, ao vincular a Administração aos motivos determinantes invocados, mesmo nos atos em que a motivação seria dispensável, a teoria dos motivos determinantes reduziu a margem de discricionariedade da Administração e possibilitou o controle desses motivos determinantes com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, colaborando para a retração do conceito de mérito administrativo.

De outra parte, a *teoria dos conceitos jurídicos indeterminados* também serviu para a redução da discricionariedade da Administração e

³Conquanto a doutrina pugne pela motivação de todos os atos administrativos, a jurisprudência e a legislação admitem a existência de alguns atos que dispensam motivação ou permitem que essa seja feita *a posteriori*. Nesse contexto, são dignos de nota os arts. 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos *princípios* da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...] “Art. 50. Os atos administrativos *deverão ser motivados*, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, QUANDO: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. [...]” (Brasil, 1999).

⁴Na mesma linha, já decidiu o STF (BRASIL, 1997).

consequente redução do conceito de mérito administrativo. Uma vez que os conceitos empregados pela lei sejam *jurídicos*, estarão, como tais, sujeitos à interpretação *jurídica*, a qual *pode, eventualmente*, conduzir a uma única solução admissível ou a algumas delas, o que limita a discricionariedade do agente e possibilita o controle judicial. Mesmo que a interpretação desses conceitos jurídicos indeterminados normalmente não conduza a uma única solução aceitável perante o Direito, ela tem o condão de eliminar várias soluções inadmissíveis, o que já reduz o grau de discricionariedade.

A esse propósito, existem duas concepções básicas: uma corrente, originária da Alemanha e encampada pela doutrina e jurisprudência espanhola graças, sobretudo, à adesão de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados conduzem *sempre* a uma única interpretação correta; enquanto outra advoga a possibilidade de mais de uma interpretação correta ao cabo do processo interpretativo de clarificação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A teoria da solução única, se aceita, conduziria à possibilidade de substituição da decisão administrativa pela decisão judicial proferida após o controle do ato administrativo, pois, assim como nos casos de redução da discricionariedade a zero, haveria sempre uma única decisão juridicamente correta.

Tal teoria é, no entanto, juridicamente inaceitável.

Com efeito, a teoria da solução única parte da falsa premissa de que a verdade absoluta é atingível pela razão humana e pelo Direito. Nada obstante, desde a Grécia antiga, é moeda corrente na filosofia que a verdade absoluta não é apreensível pelo homem, sendo-lhe incognoscível por natureza. Conquanto não se negue a própria existência da “verdade absoluta”, o que o ser humano pode fazer, em face de sua natureza

limitada e falível, é descortinar alguns aspectos ou facetas da verdade e aproximar-se dela até certo ponto, sem nunca conseguir apreendê-la por inteiro.

Nesse sentido, enfatiza, com propriedade, Sérgio Guerra, secundando Sánchez Morón:

“*Nem sempre é factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa, fato este que está exigindo que os juizes resolvam essa dúvida sob seus próprios valores. Assim, prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ter-se-ia que apoiar essa idéia em um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta na possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação.* [...]”

Parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de *todos* os casos concretos” (MORÓN, 1994 apud GUERRA, 2006 p. 881-884, grifo nosso).

Dessarte, é possível que, *em alguns casos específicos*, se possa chegar, *com um razoável grau de certeza*, à conclusão de que só existe uma única solução justa, mas não se pode obumbrar o fato de que em inúmeros casos remanescerá mais de uma solução justa. De qualquer sorte, ao eliminar várias soluções inadmissíveis, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados já reduz o grau de discricionariedade e restringe o mérito administrativo.

Por outro lado, a denominada *constitucionalização do direito administrativo* é o fator que mais tem contribuído para a redução da discricionariedade e do mérito administrativo.

De feito, a constitucionalização do direito administrativo, que no Brasil adquiriu força com o advento da CF/88, veio a propiciar um

considerável incremento no controle judicial dos atos discricionários por variegadas razões, assinaladamente por viabilizar o controle jurisdicional com fulcro nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou implícitos.

Na sua pioneira tese de titularidade⁵, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendeu com brilho a possibilidade de controle jurisdicional com esteio não apenas na legalidade em sentido estrito, mas também nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou implícitos, designadamente os princípios da moralidade, razoabilidade, supremacia do interesse público, além dos princípios gerais de direito.

Uma das principais consequências da constitucionalização do direito administrativo foi justamente a ampliação do conceito de legalidade, a qual passa a compreender a lei formal e esses princípios e valores constitucionais, explícitos ou implícitos, bem como atos normativos do Executivo e do Legislativo que não se subsumem ao conceito de lei formal (legalidade *lato sensu* ou “bloco de legalidade”).

O controle judicial se expande, pois já não se adstringe à mera legalidade *stricto sensu*, abrangendo todo o direito (controle de *juridicidade*, de legalidade *lato sensu*). Portanto, o “Estado *Legal*” é sucedido pelo Estado *de Direito*, revalorizando-se o conteúdo *material* da lei, ou seja, o seu aspecto *axiológico, ético, justo*, que havia sido menosprezado pelo juspositivismo mais radical. A ideia de vinculação *negativa* à lei (“a Administração pode fazer tudo o que não é proibido pela lei”), típica do liberalismo, é substituída pela noção de vinculação *positiva* à lei (“a Administração só pode fazer o que é permitido pela lei”) e a discricionariedade já não é vista como poder *político*, como no Estado de Polícia, senão como poder *jurídico*, balizado pelo Direito. O controle judicial já não é meramente *formal*, porquanto leva em consideração os aspectos *materiais* de justiça e ética positivados nos princípios constitucionais, explícitos e implícitos.

É bem de ver que o controle judicial dos atos discricionários se expande não só pela positivação de novos princípios e valores constitucionais, senão também pela *releitura* dos princípios e valores constitucionais já positivados.

Nessa linha, postula-se a *aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais* e o reconhecimento de uma *eficácia mínima às normas constitucionais assecuratórias dos direitos fundamentais*, com a consequente possibilidade de judicialização dos direitos subjetivos delas emanados. Mesmo na hipótese de normas de eficácia contida ou limitada, há que

⁵Numa época (1990) em que os princípios constitucionais plasmados na CF/88 eram frequentemente encarados como meramente normas programáticas, carecedoras de intermediação legislativa para ser aplicadas, a autora já advogava a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários com base neles.

reconhecer um mínimo de eficácia a esses princípios constitucionais. Essa *reinterpretação* acerca da efetividade dos princípios constitucionais acarreta uma sensível diminuição da discricionariedade.

Na lapidar expressão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 42),

“outro fator que contribuiu para essa redução [da discricionariedade]: a *superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído apenas por normas programáticas, dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas*. Os direitos sociais foram inseridos no Título dos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, o artigo 6º inclui a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. *Em consequência, o dever do Estado de garantir tais direitos não pode ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas. Daí o entendimento de que as normas constitucionais que garantem esses direitos têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição*. Esse é outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos.”

Nessa linha, verifica-se atualmente uma intensificação do controle judicial das omissões estatais e das políticas públicas, migrando do original *passivismo* ao *ativismo*. O Judiciário assume assim um *protagonismo* decorrente da necessidade de dar concreção aos direitos sociais, agora visualizados como derivantes de normas constitucionais cogentes, diante de omissões prolongadas e antijurídicas da Administração Pública. Nesse sentido, confira-se:

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...]”

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. *Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais*.

4. *Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamen-*

tais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

Nessa ordem de ideias, com apoio da doutrina lusa, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português aplica o denominado “princípio da vedação de retrocesso social” ou da “não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”.

Na dicção de Cristina Queiroz (2006, p. 116-117, grifo nosso):

“Uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador [e o administrador] não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social [...], a acção do Estado, que se consubstanciava num dever de legislar, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. [...] O que resulta protegido não é o direito ‘*qua tale*’, mas a ‘*situação normativa*’, isto é o direito enquanto aplicado a uma dada situação concreta de vida.”

Tal princípio vem sendo invocado em algumas decisões recentes do STF, máxime no tocante aos lindes da discricionariedade quanto às políticas públicas. Assim, vem sendo invocado pelo STF tanto em face do legislador (para restringir-lhe a liberdade de conformação), como em face do administrador público (para limitar-lhe a discricionariedade). A título ilustrativo, confira-se:

“A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

– O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. *Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. [...]* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

De outra parte, o princípio da segurança jurídica também vem sendo reinterpretado: passou a contemplar uma dimensão *objetiva* (estabilidade das relações sociais) e uma *subjetiva* (proteção da confiança legítima)⁶. Entrelaçados com ele estão a boa-fé objetiva e a proibição de

⁶“A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*. A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas

venire contra factum proprium, havida como uma decorrência daquela⁷. A redução da discricionariedade também é tributária desses princípios.

Essa releitura dos princípios constitucionais, conducente à redução da discricionariedade e consequente ampliação do controle judicial, que cobrou força após a CF/88, não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Em verdade, a principal fonte de inspiração é o direito comparado. Com efeito, a ideia de sujeição da Administração à “lei e ao direito” fora positivada na Lei Fundamental de Bonn em 1949 (art. 20, § 3º), tendo, ao depois, sido incorporada às Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978). No direito francês, também se acentua essa “*soumission au droit*”. O direito comunitário europeu também tem influído nessa releitura dos princípios, incluídamente no pertencente ao direito interno dos países da União Europeia, como tem ocorrido no direito inglês com o princípio da razoabilidade. Senão, vejamos.

À diferença do princípio da proporcionalidade, cujos elementos foram notavelmente desenvolvidos pelo *Bundesverfassungsgericht*

do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.” (SILVA, 2008, p. 540).

⁷“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO – PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DO MANDAMUS – INEXISTÊNCIA – IMPERATIVOS DE BOA-FÉ OBJETIVA – APLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – INAPLICABILIDADE AO CASO – PROPOSIÇÃO DE LEI QUE TRATA DE EXTINÇÃO DE DELEGAÇÃO – COMPETENTE O PODER LEGISLATIVO – TEORIA DA CAUSA MADURA – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO – FINALIDADE PÚBLICA DA DELEGAÇÃO – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA ENSEJA A EXTINÇÃO DA DELEGAÇÃO.

1. Não há perda de objeto em mandado de segurança quando a Administração Pública, por meio de autoridade incompetente, edita ato administrativo e, depois, a autoridade competente o ratifica. A alegação de perda de objeto, neste caso, é “*venire contra factum proprium*”, conduta vedada ao agente público em face do princípio da boa-fé objetiva na seara pública, na forma do inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/99 [...] (BRASIL, 2009b).

(Tribunal Constitucional alemão) após a 2ª Guerra Mundial, o princípio da razoabilidade floresceu e desenvolveu-se no sistema da *Common Law*.

Contudo, nesse sistema alude-se não ao princípio da razoabilidade, mas ao da *irrazoabilidade* (*unreasonableness*), embora não haja referência ao princípio da *desproporcionalidade*, mas apenas ao da proporcionalidade (*proportionality*).

Tal fato já diz algo sobre o papel desempenhado pelo princípio da irrazoabilidade no sistema da *Common Law*: trata-se de um instrumento para controlar a *absurdez* da lei e da atividade administrativa sob o prisma eminentemente *negativo*, ou seja, o controle judicial com base no princípio da irrazoabilidade cingir-se-ia a declarar a nulidade de ato legal ou administrativo *manifestamente* absurdo, irrazoável (*unreasonable*).

Essa concepção restritiva do controle judicial com base na razoabilidade alcançou sua máxima expressão no julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como “*Wednesbury case*”, realizado em 1948 pelo Tribunal de Apelação britânico.

Nesse histórico julgamento, o Presidente do Tribunal (*Master of the Rolls*), Lord Greene, assentou as seguintes premissas:

“It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word “unreasonable” in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. *He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting unreasonably. Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority.* Warrington L.J. in *Short v. Poole Corporation* [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. *That is unreasonable in one sense*⁸. *In another sense it is taking into consideration extraneous matters.* It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another” (GREENE, s.d. apud WIKIPEDIA, 2014).

⁸ Esse exemplo de irrazoabilidade mencionado por Lord Greene da professora demitida por ter cabelo vermelho evidencia a estreita relação da razoabilidade com o princípio da *isonomia*: a utilização de *elementos impertinentes* como critério de discrimen na aplicação do princípio da *isonomia material* (“tratar desigualmente os desiguais”) é irrazoável em face do vício de raciocínio consistente na *falta de correlação lógica* entre o critério eleito e o fim visado, sendo, pois, ofensiva ao princípio da razoabilidade. Portanto, os princípios da razoabilidade e da *isonomia complementam-se*.

Destarte, para Lord Greene, há três sentidos para irrazoabilidade: (a) levar em consideração elementos estranhos ao caso, (b) deixar de considerar os elementos relevantes para a solução do caso e (c) comportar-se de maneira que nenhuma outra autoridade pública se comportaria, isto é, de modo tão absurdo e irrazoável que convizinhasse da má-fé.

Desde então, tais premissas ficaram conhecidas como a “irrazoabilidade de *Wednesbury*” (“*Wednesbury unreasonableness*”) e passaram a servir de referência obrigatória para os julgados posteriores, legitimando o “*Wednesbury test*”. Todavia, hodiernamente⁹ há uma forte tendência de abandono¹⁰ do conceito restritivo de irrazoabilidade perfilhado no caso *Wednesbury*, nomeadamente na terceira premissa (segundo a qual irrazoável é a conduta que nenhuma outra autoridade pública adotaria, salvo se estivesse de má-fé).

É que, a prevalecer a concepção de irrazoabilidade plasmada no caso *Wednesbury*, o próprio princípio britânico da irrazoabilidade corre o sério risco de ser relegado a oblivio, pela sua reduzidíssima utilidade (só serviria para controlar atos *extremamente irrazoáveis*) e pela

inevitável e crescente utilização do princípio da proporcionalidade no direito inglês, em virtude da integração, ainda que parcial, do Reino Unido à União Europeia, onde o princípio da proporcionalidade é intensamente aplicado¹¹.

Por fim, por influência alemã (Claus-Wilhelm Canaris), o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado em decisões do STF não apenas no sentido de proibição de excesso, mas, talqualmente, no de proibição de insuficiência¹² (*Untermaßverbot*), o que amplia o seu alcance e, conseqüentemente, importa na redução da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade administrativa.

4. Razoabilidade e proporcionalidade como conceitos jurídicos indeterminados: limites imanentes ao controle judicial com base nesses princípios

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade¹³ não são capazes de levar o intérprete/aplicador, *em todos os casos*, a uma única solução justa. *Em alguns casos extraordinários*, poderão fazê-lo, mas, na maioria dos casos, tal

⁹ Nomeadamente após o *Human Rights Act* (1998).

¹⁰ Segundo Paul Craig, o precedente *Wednesbury* às vezes chega a ser distorcido para não se admitir sua superação por amor ao sistema de vinculação aos precedentes (*binding precedents system*) vigente no regime da *Common Law*. A insatisfação com a excessiva estreiteza do conceito de irrazoabilidade cristalizado no caso *Wednesbury* é bem retratada nesta passagem de Lord Cooke: “And I think that the day will come when it will be more widely recognised that *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 was an *unfortunately retrogressive decision in English administrative law*, insofar as it suggested that there are degrees of unreasonableness and that *only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation*. The depth of judicial review and the deference due to administrative discretion vary with the subject matter. It may well be, however, that the law can never be satisfied in any administrative field merely by a finding that the decision under review is not capricious or absurd.” (COOKE, s.d. apud LE SEUR, 2005, grfo nosso).

¹¹ Embora ainda haja certa resistência ao emprego do princípio da *proporcionalidade* pelas Cortes britânicas, há uma nítida evolução no sentido de aplicá-lo *também* aos casos em que não estejam envolvidas normas comunitárias européias, mas apenas a *domestic law*.

¹² “[...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, *uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.* [...]” (BRASIL, 2012a).

¹³ Os demais princípios constitucionais (isonomia, moralidade, eficiência, etc.) ou legais também não são hábeis a tanto.

não ocorre, até mesmo porque *a proporcionalidade e a razoabilidade também são conceitos jurídicos indeterminados*¹⁴.

À semelhança do princípio da proporcionalidade, é possível, portanto, falar em *maior ou menor cumprimento* do princípio da razoabilidade: *entre os meios considerados razoáveis* (que atendem o princípio da razoabilidade), é factível, ao menos em tese, identificar *meios mais razoáveis* do que outros (que concretizam e atendem melhor o princípio da razoabilidade). Embora se possa afirmar que o princípio da razoabilidade é cumprido (meio *razoável*) ou não o é (meio *irrazoável*), não há negar a existência de meios *mais ou menos razoáveis* dentro da primeira categoria (de meios *razoáveis*).

Outrossim, é igualmente imperioso reconhecer a existência de uma *zona de razoabilidade* (área de certeza positiva), de uma *zona de irrazoabilidade* (área de certeza negativa) e de uma *zona intermediária* (área de incerteza), conforme gráfico em apêndice.

Há casos em que se poderá ter *certeza* de que o princípio da razoabilidade está sendo *observado* (*zona de razoabilidade*), há casos em que se poderá ter certeza de que o princípio da razoabilidade *não está sendo cumprido* (*zona de irrazoabilidade*) e há casos em que *não há como ter certeza* de que o princípio da razoabilidade está ou não sendo obedecido satisfatoriamente (*zona intermédia*).

Conquanto a proporcionalidade e a razoabilidade sejam, elas mesmas, conceitos jurídicos indeterminados, ambas atuam na *interpretação* desses conceitos e na *redução da indeterminação* (imprecisão, vagueza, ambiguidade) que caracteriza os conceitos jurídicos determinados.

Com efeito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade excluem as interpretações irrazoáveis e desproporcionais, estreitando, dessarte, o “halo conceitual” (zona de incerteza) que envolve tais conceitos indeterminados e colaborando para a redução do grau de indeterminação desses conceitos.

De fato, a plurivocidade interpretativa ocorre, só e unicamente, entre interpretações razoáveis e proporcionais: não há possibilidade de escolha entre interpretações razoáveis e proporcionais e interpretações irrazoáveis

¹⁴ Com absoluta propriedade, pontifica Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “É curioso que o princípio da razoabilidade, embora considerado como limite à discricionariedade, quer do legislador quer do administrador público, *encerra, ele mesmo, um conceito indeterminado*, uma vez que *não há critérios objetivos* que permitam diferenciar uma lei ou ato administrativo razoável de uma lei ou ato administrativo irrazoável. É certo, no entanto, que, em pontos extremos, é possível afirmar-se o que constitui medida razoável ou não; mas em uma faixa intermediária, permanece uma zona cinzenta, de incerteza, em que a mesma conclusão não é possível. Vale dizer que *a mesma imprecisão e flexibilidade que existe nos chamados conceitos legais indeterminados*, utilizados pelo legislador, dificultando a demarcação dos confins da discricionariedade administrativa, *está presente no princípio da razoabilidade*.” (DI PIETRO, 2012, p. 192, grifo nosso).

e desproporcionais. Assim, ao reduzir o leque de interpretações possíveis, por meio da exclusão das interpretações irrazoáveis e desproporcionais, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade restringem o grau de indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A existência dessas três zonas suscita uma relevante questão: como o Poder Judiciário deve agir quando instado a sancionar a infringência à proporcionalidade e/ou à razoabilidade quando o ato impugnado se insere dentro da zona intermediária de incerteza? Antolha-se-nos que deve prestigiar a escolha administrativa ou legislativa diante da ausência de parâmetros *empíricos* e *jurídicos* seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à presunção de constitucionalidade das leis.

Se não há parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, a invalidação do ato implicaria a mera *substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz*. Nessas circunstâncias específicas, não há nenhuma garantia de que a decisão judicial seja *qualitativamente superior* à do administrador.

Havendo, portanto, um “desacordo moral razoável”¹⁵, deve ser prestigiada a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador. Consoante adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 145), “o Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa”.

Conquanto seja absolutamente excepcional a redução a zero da discricionariedade administrativa por força dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há negar que estes

podem reduzi-la significativamente. De fato, até mesmo a conveniência e a oportunidade do ato administrativo (mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera “reserva legal”, que foi substituída pela “reserva legal proporcional e razoável”¹⁶, também já não se pode falar em mera “conveniência e oportunidade”, mas em “*conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis*”, porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de conveniência ou de oportunidade é *inconstitucional*.

Dessarte, todos os aspectos do ato administrativo, incluídos os juízos de *conveniência* e de *oportunidade* que compõem o “mérito” do ato discricionário, devem passar pelos *testes da proporcionalidade e da razoabilidade*.

5. Controle do mérito: juízo cognitivo e juízo decisório

Preambularmente, cumpre observar que as expressões “controle do mérito”, “sindicabilidade do mérito”, “revisão do mérito” possuem duas acepções distintas. Num sentido mais

¹⁵ “9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2012b).

¹⁶ A reserva de lei, determinada pelo princípio da reserva legal, ao receber o influxo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, transmuda-se em *reserva de lei proporcional e razoável*, pois não basta que a matéria seja versada exclusivamente por meio de lei: *é indispensável que esta lei seja proporcional e razoável*, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse diapasão: “Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)” (MENDES, 2001, grifo do autor). Ver STÜMM, 1995, p. 108-110.

restrito, significariam mera análise do mérito (juízo cognitivo). Numa acepção mais lata, abrangeriam tanto a “análise do mérito” (juízo cognitivo) como a atividade decisória de anulação, invalidação ou modificação do mérito do ato administrativo (juízo cognitivo + decisório).

Com efeito, os tratadistas, de modo geral, tanto os nacionais como os estrangeiros, soem empregar os termos “sindicar”, “controlar”, “fiscalizar”, “apreciar”, “rever”, “revisar”, “examinar”, “investigar” e termos quejandos em relação ao ato administrativo, especialmente no que toca ao mérito administrativo, como sinônimos de “anular”, “declarar a nulidade”, “invalidar”, “corrigir”, “substituir”, “modificar”, “alterar”. A jurisprudência pátria também procede a essa associação.

Todavia, numa acepção mais restrita e literal, “apreciar” um ato administrativo não é o mesmo que “anular” esse ato. Da “apreciação” do ato administrativo pode resultar, *ou não*, a sua “anulação”: a anulação do ato é uma possível consequência da atividade de “apreciação”.

Da mesma forma, numa acepção *mais restrita*, “controlar” judicialmente o ato administrativo não equivale a “invalidá-lo”, nem a “corrigir-lhe” os eventuais defeitos: “controlar” judicialmente o ato administrativo é simplesmente *analisá-lo, perscrutá-lo, examiná-lo* judicialmente. Como *decorrência* desse controle, poderá, *eventualmente*, advir a anulação, a correção, a substituição, ou a modificação do ato administrativo.

A atividade *decisória* é qualitativamente *diversa* e necessariamente *posterior* à atividade *cognitiva*. “Anular”, “declarar a nulidade”, “invalidar”, “corrigir”, “substituir”, “modificar”, “alterar” são atividades de natureza *decisória* que podem, *ou não*, subseqüir-se à “análise”, ao “estudo”, à “apreciação” do ato administrativo. Se, após o “controle” do ato administrativo (no sentido de atividade *de cognição*), o juiz não en-

contrar nenhum vício a maculá-lo, não haverá “anulação”, “substituição” ou “correção” a ser determinada; se, ao revés, depois de “sindicar” o ato administrativo, o juiz deparar algum vício no ato, poderá então “anulá-lo”, “substituí-lo”, “corrigi-lo” (atividade *decisória*).

A essa luz, quando se diz que o “mérito do ato administrativo é *insindicável* pelo Poder Judiciário”, quer-se significar, no mais das vezes, que o mérito do ato não pode ser *substituído* pelo juiz, isto é, que o juiz não pode substituir o juízo de mérito do administrador (juízo de conveniência e oportunidade) pelo seu próprio juízo de mérito (atividade *decisória*).

Contudo, tal expressão não pode jamais significar que o mérito do ato administrativo não possa ser *analisado, apreciado, investigado, examinado* judicialmente (atividade *meramente cognitiva*). Nenhum aspecto do ato administrativo, discricionário ou vinculado, escapa ao controle judicial: até mesmo o mérito do ato administrativo discricionário (*conveniência e oportunidade*) está sujeito ao controle, à apreciação, à sindicância, ao exame judicial (atividade *meramente cognitiva*). A *cognição judicial* sobre o ato administrativo, no sistema jurídico-positivo brasileiro, é a *mais ampla possível*: incide sobre *todos os aspectos* do ato administrativo, *sem exceção*. Ademais, não há atos administrativos, que, por sua natureza, sejam insuscetíveis de controle, de exame, de apreciação, pelo Poder Judiciário.

Com efeito, em nosso sistema, *por imposição constitucional*, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poder ser subtraída da *apreciação* judicial: “A lei não excluirá da *apreciação* do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, reza a Constituição no art. 5º, XXXV, estatuinto o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Assim sendo, todos os aspectos do ato administrativo podem e devem ser *apreciados* pelo Judiciário (atividade *cognitiva*), o que não

implica dizer que o Judiciário esteja autorizado a corrigir, emendar, substituir ou anular todos esses aspectos (atividade *decisória reformadora*).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impõem a análise de *todos os aspectos* do ato administrativo, pois nenhum desses aspectos pode subsistir validamente se ultrapassar as fronteiras da proporcionalidade e da razoabilidade: tais princípios constitucionais aplicam-se a *toda* a atividade administrativa.

Consoante já salientado, até mesmo a conveniência e a oportunidade do ato administrativo (mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera “reserva legal”, que foi substituída pela “reserva legal proporcional e razoável”, também já não se pode falar em mera “conveniência e oportunidade”, mas em “*conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis*”, porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de conveniência ou de oportunidade é *inconstitucional*.

Dessarte, todos os aspectos do ato administrativo, incluídos os juízos de *conveniência* e de *oportunidade* que compõem o “mérito” do ato discricionário, devem passar pelos *testes da proporcionalidade e da razoabilidade*.

Na prática, é o que, às vezes irrefletidamente, costuma fazer o julgador, embora afirme, ao final da análise *global* de todos os aspectos do ato administrativo, que não pode “sindicar” a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, visto que o mérito deste é “insindicável” pelo Judiciário.

Com efeito, só depois de uma análise *global, completa e irrestrita* de todos os aspectos do ato administrativo (inclusive a conveniência e a oportunidade) é que o juiz pode afirmar se o ato é, ou não é, razoável e proporcional, e, por conseguinte, o que pode e o que não pode modificar no ato administrativo. Como se poderia afirmar que o mérito do ato é “insindicável” pelo Judiciário, que o controle da razoabilidade e da proporcionalidade não incide sobre o mérito (conveniência e oportunidade) se o juiz tem de examinar, *primeiro, o ato como um todo* para, *só então*, dizer se ele é, ou não, proporcional e razoável¹⁷?

¹⁷ Esse vício lógico (ou terminológico) aparece bem evidente na seguinte ementa de recente acórdão do STF: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. [...] 2. *Esta Suprema Corte somente admite o EXAME jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente*. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. [...]” (BRASIL, 2007, grifo nosso). No caso, como poderia o STF concluir pela “evidente ausência” dos pressupostos de relevância e urgência da MP sem antes “examinar” se estão ou não presentes? O “exame jurisdicional” acerca da existência ou não desses pressupostos é que pode conduzir à conclusão sobre a sua existência ou inexistência, e não o contrário, pois não se pode concluir, sem *antes* examinar.

Portanto, o juiz tem de analisar todos os aspectos do ato discricionário (incluindo o mérito) para verificar se a Administração exorbitou ou não dos limites da discricionariedade conferida pelo ordenamento jurídico. Daí a afirmação de que “a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação”.

Na expressão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 134, grifo nosso):

“É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. *Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito. O que não pode mais o Judiciário fazer é alegar, a priori, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial.* O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. *Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública.* A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.”

O mérito do ato administrativo discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) é *integralmente sindicável, analisável* (no sentido de *cognoscível*) pelo Judiciário. Todavia, se se adota o conceito de mérito como juízo de conveniência e oportunidade razoável, proporcional, moral, etc. (ou seja, mérito como juízo de conveniência e oportunidade *que não vulnera nenhuma regra ou princípio, que não extrapola os limites da discricionariedade*), o mérito não será, *por definição mesmo*, passível de anulação, correção ou substituição pelo Judiciário (atividade *decisória reformadora*).

Não há, pois, no ato administrativo discricionário um *núcleo incognoscível pelo Judiciário*:

o que há é um *núcleo imodificável pelo Judiciário*, a saber, aquele *núcleo* que não tenha desbordado dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade (núcleo proporcional e razoável) e das demais normas aplicáveis.

Não é outra a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 134, grifo nosso):

“A conclusão única possível é a de que o Judiciário pode *examinar o mérito do ato administrativo*. No entanto, o que não é possível é o Judiciário *substituir a decisão discricionária adotada validamente*. Ele está limitado pela legalidade em sentido amplo, abrangendo não só os atos normativos, como também os princípios e valores adotados de forma expressa ou implícita pela Constituição.”

Assim, o juízo administrativo de oportunidade e conveniência será, em primeiro lugar, *amplamente* sindicado, analisado, perquirido (juízo *cognitivo*) pelo magistrado à luz das normas jurídicas, designadamente dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; em seguida, verificando o magistrado que o juízo administrativo de conveniência e oportunidade se conteve dentro dos lindes da razoabilidade, da proporcionalidade e das demais normas incidentes, *manterá a higidez desse juízo*, declarando que *não pode anulá-lo, corrigi-lo ou substituí-lo* porque legitimamente exercido pela Administração, caso em que julgará *improcedente* o pedido de anulação, correção ou substituição (*com resolução do mérito processual*), em vez de extinguir o processo *sem resolução do mérito processual por impossibilidade jurídica do pedido*.

6. Conclusão

À luz do exposto, dessume-se que subsiste o conceito de mérito administrativo *como limite negativo ao controle judicial, ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo Judiciário*.

Apesar de ter experimentado uma significativa redução após a CF/88, em virtude do incremento dos parâmetros de controle judicial, designadamente em razão da constitucionalização de novos princípios e da subsequente *releitura* jurisprudencial-doutrinária de vários princípios constitucionais, o conceito de mérito do ato administrativo sobrevive.

Além de juridicamente insustentável, a eliminação do conceito de mérito administrativo é *faticamente inviável*, visto que o legislador não é dotado de onisciência que o habilite a prever todas as situações possíveis de ocorrer, nem, ainda que isso fosse factível, a linguagem humana é tão precisa que possa abranger num único enunciado todas as possíveis exceções à regra que intenta estabelecer. Cabe, pois, à Administração amoldar o comando genérico e abstrato da lei às peculiaridades do caso concreto, sobretudo em face dos novos desafios e das novas exigências de um mundo globalizado em acelerada mutação.

Com efeito, qualquer leguleio, e até mesmo um computador, é capaz de fazer uma operação simples de subsunção de uma situação fática a uma situação prevista normativamente, mas a complexidade da vida moderna exige muito mais do administrador público para que cumpra sua missão constitucional de consecução do interesse público¹⁸.

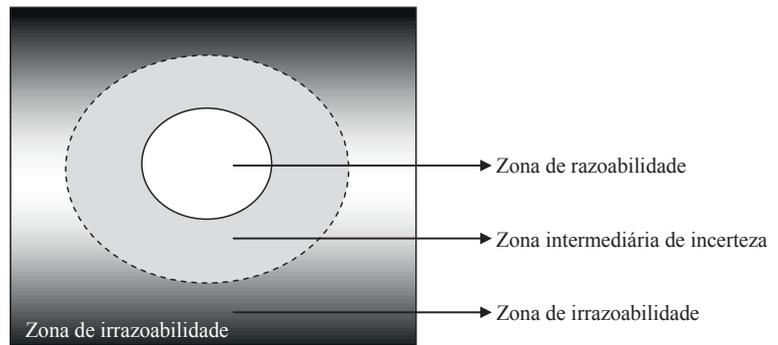
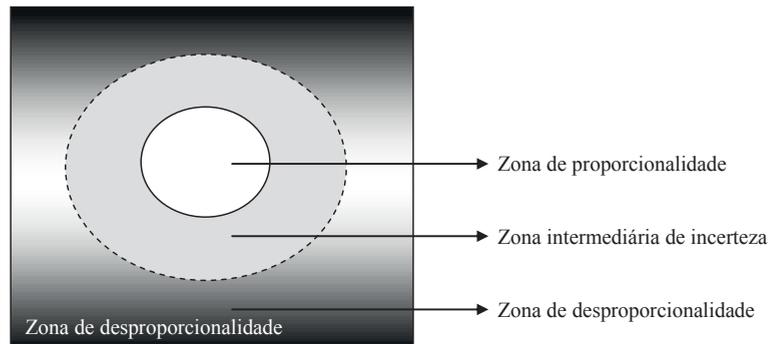
Ademais, o conceito de mérito preserva sua *utilidade* porquanto serve para delimitar aquela zona de discricionariedade, conferida pelo ordenamento jurídico à Administração, insuscetível de modificação pelo Judiciário, mesmo após o contraste de todos os aspectos do ato administrativo com os parâmetros normativos existentes.

Todavia, o conceito de mérito não pode ser manipulado, seja pela Administração, seja pelo Judiciário, para o fim de subtrair da apreciação judicial atos contravenientes ao “bloco de legalidade”, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88. A *jurisprudência defensiva* de antanho, muitas vezes preocupada com a possibilidade de assoberbamento processual, deve ser completamente superada, preservando-se, porém, o autêntico mérito do ato administrativo de interferências judiciais indevidas. Assim, também deve ser evitada a manipulação de conceitos como o de “núcleo essencial do direito fundamental” (o qual, *em tese*, corresponderia à zona de *certeza* do conceito do direito fundamental em questão) para justificar uma intervenção judicial indevida no mérito das políticas públicas.

¹⁸ “O que ocorreu foi uma *sensível redução do mérito do ato administrativo*. Aspectos que eram considerados de mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo. Será que, com isto, *deixou de existir uma esfera que possa ser reconhecida como de mérito do ato administrativo? Será que nada restou de opção discricionária para a Administração Pública?* A resposta a ambas as perguntas só pode ser negativa, *sob pena de transformar-se a Administração Pública em mero robô de aplicação da lei e ter-se de concluir que a separação de poderes foi abolida do direito brasileiro*, não obstante sua previsão constitucional” (DI PIETRO, 2012, p. 135, grifo nosso).

De feito, se não há parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, a invalidação do ato implicaria a mera *substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz*. Nessas circunstâncias específicas, não há nenhuma garantia de que a decisão judicial seja *qualitativamente superior* à do administrador, pelo que deve ser prestigiada a escolha administrativa em atenção ao princípio da separação de Poderes e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como, eventualmente, à presunção de constitucionalidade das leis em que se lastreia o ato administrativo.

Apêndice



Referências

- ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1949.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, p. 67-79, jul./set. 1999.
- _____. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 11-46, set. 2000.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p. 3 reimpressão.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. *Doxa*, n. 4, 1987. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338341924540495698802/cuaderno4/Doxa4_13.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.
- _____. Sobre lo razonable en el Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 9, n. 27, p. 93-110, sept./dic., 1989.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 176 p.
- BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. 249 p.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.
- _____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.
- BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1894.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21170/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ, 11 nov. 1996. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 fev. 1997.
- _____. Lei n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 2.226/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 16 ago. 2007. *Diário da Justiça*, 23 nov. 2007.
- _____. Recurso especial n. 1.041.197/MS (2008/0059830-7). Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 set. 2009a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 29.493/MS (2009/0089419-1). Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 23 jun. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 set. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104410/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 6 mar. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 mar. 2012a.

_____. Ação declaratória de constitucionalidade n.29/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 16 fev. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 jun. 2012b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 36.950/RO (2012/0012576-1). Relator: Ministro Castro Almeida. DJ, 16 abr. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 abr. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1522 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1008 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons: Buenos Aires, 2009. 240 p.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13e ed. Paris: Montchrestien, 1999. Tome 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 296 p.

_____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 984 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. 424 p.

DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992. 1112 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Belo Horizonte: Forum, 2010. 107 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-19, jan./mar. 1951.

_____. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Forum, 2011. 297 p.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001. 173 p.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. 143 p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte/Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo/Del Rey, 2003. Tomo 1.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela

(Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 869-907.

_____. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. 180 p.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. 315 p.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15e ed. Paris: LGDj, 1999. Tome 1.

LE SUEUR, Andrew. The rise and ruin of unreasonableness? *Judicial Review*, n. 10, 2005. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/judire10&div=8&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 24 set. 2014.

LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. 435 p.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 101, p. 193-233, mar. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor-IBDC, 1999. 518 p.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001.

MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. 488 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004a. 863 p.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004b.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*. Paris: Economica, 1990. 541 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 341p.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 159 p.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13e ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992. 160 p. (Collection Clefs/Politique)

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Roberto Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 35-98, 2001.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). *Ars iudicandi*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, v. 3, 2008, p. 540-593.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: i principi*. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.

WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*. [14 may 2014]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Associated_Provincial_Picture_Houses_v_Wednesbury_Corporation&oldid=608516723>. Acesso em: 24 set. 2014.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 107 p.