

## CONCEITO DE MÉRITO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

M. SEABRA FAGUNDES

Advogado no Distrito Federal

**SUMÁRIO:** *Contrôle jurisdiccional sôbre atos administrativos. Oportunidade e conveniência. Identificação do mérito. Noção processual e noção administrativa. Atos discricionários e atos vinculados. Promoção de funcionários públicos. Outros exemplos. Opiniões doutrinárias. Distinção entre mérito e legalidade. Atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Interpretação da Lei n.º 221, de 1894. Conclusões.*

1. 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 jurisdiccional, delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sôbre a Administração Pública.<sup>1</sup>

2. Considera-se que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (controle *a posteriori*).

3. Nem constituem exceção a êsse princípio os casos em que o Judiciário desce às últimas conseqüências da execução (como nas

---

1 Supremo Tribunal Federal, ap. civil n.º 4.454, *Arq. Judiciário*, vol. 41, ps. 301; ap. civil n.º 6.385, *Arq. Judiciário*, vol. 43, ps. 451; rec. ext. n.º 8.575, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 3.º, ps. 194-238; T.J. do Rio Grande do Sul, ap. civil n.º 2.213, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 1.º, ps. 193-204; Tribunal Federal de Recursos, ap. civil n.º 1.335, D.J. de 17-11-50, apenso ao n.º 263, pgs. 3.704-3.707.

ações possessórias ao impor, pela fôrça, o cumprimento dos mandados proibitórios, reintegratórios, etc.), pois nêles o contrôle é sempre de legalidade. A intensidade com que se exerce não no desvirtua em qualidade. O juiz, no desdobrar do processo executório, não se substitui ao administrador naquilo que lhe é estritamente peculiar, isto é, na apreciação política, ou, se se quiser, discricionária do procedimento administrativo. Não passa a praticar medidas ou a tomar resoluções, de cunho político-administrativo. Não aprecia soluções diversas, não se decide entre umas e outras. Faz, tão sòmente, cumprir a lei em resguardo de um direito subjetivo do indivíduo, assegurando a êste a *única solução* (ou uma dentre soluções alternativas prèviamente fixadas pelo legislador, o que dá no mesmo do ponto de vista da limitação do conteúdo substancial do provimento) autorizada pelos textos escritos. Assegura o cumprimento estrito da lei (contrôle de legalidade); não escolhe entre soluções de conveniência discutível pelo confronto de umas com outras (o que seria um contrôle de discricionariedade). A sua vontade substitui-se à da autoridade administrativa nas providências (preestabelecidas na lei), de execução, o que está perfeitamente concorde com a posição institucional do Poder Judiciário. Não na substitui na escolha entre critérios políticos deixados à sua opção, e só isto poderia representar uma usurpação pela Justiça da discricionariedade privativa do Poder Executivo.

4. O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dêle em função das normas da 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 tôda medida administrativa tem de levar em conta.<sup>2</sup> Por isso exprime sempre um juízo comparativo.<sup>3</sup>

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acêrto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo.

Êsses aspectos muitos autores os resumem no binômio: *oportunidade e conveniência*.<sup>4</sup>

5. A identificação do mérito no ato administrativo nem sempre é fácil.<sup>5</sup> Em alguns casos êle parecerá confundir-se com o motivo do

---

2 Praticamente o mérito se traduz na apreciação quase pessoal do agente sôbre certos fatos, circunstâncias ou coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação.

3 Daí porque ao prisma do merecimento não se diz que o ato é legal ou ilegítimo, senão que é ou não é o devia ser, que é bom ou mau, que é melhor ou pior do que outro (nosso *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.<sup>a</sup> edição, ps. 179.)

4 Presutti, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 3.<sup>a</sup> edição, vol. I, ps. 156-157; Lentini, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> edição, vol. II, ps. 80-81; Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, 2.<sup>a</sup> edição, volume III, seg. parte, ps. 55-56; Treves, *La resunzione di Legittimità degli Atti Amministrativi*, 1936, ps. 11; Fèzàs Vital, *Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública*, 1938, ps. 124.

5 E se é difícil identificá-lo em espécie, mais embaraçoso ainda o é caracterizá-lo *a priori*, ou seja, mediante critério genérico (Raggi, *Diritto Amministrativo*, 1936, pgs.115).

ato; noutros com a finalidade. É que o mérito se constitui dêsses *imponderáveis* de que fala William A. Robson, presentes no procedimento administrativo, mas insusceptíveis de determinação precisa como a que comportam os aspectos legais de tal procedimento.<sup>6</sup>

6. Serve, tipicamente, à demonstração das sutilezas, a que por vêzes leva a caracterização do mérito, o ato de demissão de funcionário público mediante processo administrativo.

Há quem identifique o conteúdo do processo, a prova que colige, os fatos que constata, com o merecimento do ato que demite. Nêle estarão as razões de escolha do administrador titular do poder de demitir. E, então, partindo daí, ou se nega que o Judiciário possa apreciar o processo administrativo para dizer da legitimidade da demissão<sup>7</sup> ou, se sustenta que, apesar de nêle se envolver o merecimento do ato, há razões que justificam o seu exame pela Justiça.<sup>8</sup>

Ao nosso modo de ver, todavia, no inquérito, no que êle apure, no que baseado nêle decida a autoridade administrativa, no exame posterior do seu conteúdo pelo Poder Judiciário, não se envolve, nem é posto em jôgo aspecto de mérito do ato de demissão. O processo administrativo se destina a fazer apurar o motivo do ato, e sômente isto.<sup>9</sup> É apenas um processo especial por que se indaga, em caso determinado (funcionário com estabilidade), se ocorre, ou não, causa legalmente capaz de autorizar a dispensa do serviço público.<sup>10</sup> Se constatado motivo legal o funcionário é demitido; se não constatado, permanece nos quadros da Administração. Não se tem em mira apurar um mo-

---

É que é sempre embaraçoso traçar fronteiras entre as questões, que se comportam nos estritos limites das regras de direito e aquelas que penetram no campo extra-jurídico das indagações políticas (Robson, *Justice and Administrative Law*, 2.<sup>a</sup> edição, ps. 288.)

6 Obr. cit., ps. 286-288.

7 Supremo Tribunal Federal, ap. civil n.º 5.535, *Arq. Judiciário*, vol. 15, ps. 271, ap. civil n.º 6.845, *Rev. Forense*, vol. 78, p. 495, votos do ministro José Linhares na ap. civil e nos embargos n.º 7.307, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 3.º, ps. 90 e 92-93; Tribunal Federal de Recursos, notas dos ministros Cunha Vasconcelos, Henrique D'Ávila e Mourão Russel, D.J. de 17-11-50, apenso ao n.º 226, ps. 3.704-3.706.

8 Supremo Tribunal Federal, votos dos ministros Orosimbo Nonato e Castro Nunes, na ap. civil e embargos n.º 8.311, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 2.º, ps. 689 e 692-697, votos dos ministros Castro Nunes, Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Valdemar Falcão, na ap. civil e embargos n.º 7.307, *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 3.º, ps. 74-79, 79-83, 83-84, 87-89, 93-95, 96-98; Vitor Nunes Leal. "O exame, pelo Judiciário, da legalidade dos atos administrativos", *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 3.º, ps. 70-98.

9 Nosso, *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1.<sup>a</sup> edição, ps. 118-119.

10 Pela primeira vez encontramos a questão posta a êsse ângulo, em decisão judiciária, num aresto do Tribunal Federal de Recursos. Examinando a demissão de funcionário, contra o qual o processo administrativo nada apurara, os ministros Djalma da Cunha Melo, Afrânio Costa e Sampaio Costa, em votos vencedores, aludem à inexistência de motivo para o ato como uma questão concernente à legalidade (embargos à ap. civil n.º 1.335, D.J. de 17-11-50, apenso n.º 263, ps. 3.705-3.707). Conquanto não os preocupasse, como se vê das exposições que fizeram, o aspecto teórico do problema, o certo é que, sôbre os seus pronunciamentos tendo assentado o vencido, o ponto de vista que expenderam, representa precisa contribuição jurisprudencial ao conveniente tratamento do assunto pela doutrina.

tivo qualquer, que se possa haver, a juízo do administrador, como razoável ou desarrazoado para autorizar a demissão. O que se indaga, coligindo provas, é se ocorreu um motivo predeterminado na lei como capaz de autorizar a demissão.<sup>11</sup>

Não há diversidade, substancialmente, entre a indagação, no inquérito, da ocorrência de motivo legal para demitir e a contagem de tempo de serviço para promover por antiguidade.<sup>12</sup> Num caso,

---

11 Ranelletti, analisando o excesso de poder como vício de ato administrativo relacionado com o motivo, adverte o intérprete, em considerações que abonam o nosso ponto de vista, contra a tendência a classificar o defeito de procedimento, nesse caso, entre os vícios de mérito.

Para êle ocorre excesso de poder sempre que a autoridade pratica o ato sem levar em conta todas as circunstâncias essenciais de um fato, ou dêste faz apreciação ilógica e irracional. Será de ilegitimidade o caso em que se aprecia mal o fato, por omissão de circunstâncias a êle pertinentes, de sorte a se lhe emprestar sentido diferente do que em realidade apresenta; envolverá aspecto de mérito o caso em que, assente com precisão a existência do fato, a autoridade lhe empresta êste ou aquêlê valor em relação ao procedimento que toma.

Exemplificando, o insigne publicista italiano ainda mais precisamente corrobora a opinião que sustentamos, eis que o exemplo do qual se socorre — demissão de funcionário — vem coincidir com o do texto.

“Se um empregado é demitido, diz êle, por certos fatos e se discute se êsses fatos são tão graves que justificam a demissão, esta avaliação da gravidade ou importância dos fatos, para os efeitos administrativos, é questão de mérito e não de legitimidade” (*Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 4.<sup>a</sup> edição, ps. 96-98).

Logo, se a autoridade que demite não é levada a medir a falta do funcionário na sua relevância, mas apenas, por que tudo já previsto na lei, a constatar a sua ocorrência, para daí, automaticamente, inferir a necessidade da demissão, a questão é de legalidade.

E, em nosso sistema jurídico, no caso de demissão de funcionário mediante inquérito, não cabe à autoridade graduar a falta, graduando, em consequência, a sanção dela decorrente. O que lhe compete é apurar um fato, que, se existente, dará, por força, oportunidade à pena.

Nem a diversidade de sanções que a legislação de pessoal prevê (advertência, censura, suspensão, etc.) deixa ao administrador o poder de gradação, cujo exercício se traduziria em apreciações de mérito. A hierarquia das penas está prevista na lei segundo a gravidade das faltas. Ao executor o que compete é verificar se o fato é êste ou aquêlê e, em função do que verifique, declarar incidente esta ou aquela pena.

12 O Tribunal Federal de Recursos, partindo do princípio de ampla defesa nos executivos fiscais, teve ocasião de decidir que, nesses casos, o Judiciário examina o ato administrativo em seu próprio merecimento; afirma ou nega a existência do próprio fato (ap. civil n.º 446, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 15, ps. 109-117). Tal como no exemplo figurado no texto, aí se toma por mérito o motivo do ato.

A apreciação sobre a existência do fato determinante da obrigação tributária não envolve questão de mérito. Por mais ampla que seja, do ponto de vista processual, a indagação feita a respeito ficará adstrita, em substância, à existência ou não do fato. Se existente êste, a obrigação será havida como legítima (procedência da ação), se inexistente será ela considerada nula (improcedência da ação).

A sentença não analisa o fato para dêle tirar deduções, de modo a julgar o tributo justo ou injusto, o que significaria apreciação de mérito. Apenas o constata ou o nega, para declarar, na primeira hipótese, que, ocorrente, a lei que o torna causa de obrigação tributária tem aplicação, e, na segunda, que, inexistindo, a lei fiscal não pode incidir, pois não opera no vazio.

Nem mesmo quando se discute a classificação tarifária de um artigo, o juiz penetra no mérito da obrigação tributária. Ao declarar cabível uma classificação e não outra, o que faz é, tão somente, ajustar a um fato ou circunstância certo texto de lei. Não enquadra a incidência como lhe parece convir. Declara que, aquêlê fato, aquela

como no outro, ali designada comissão especial, aqui entregue a apuração à rotina do serviço de pessoal de cada departamento, o que se investiga é a existência do motivo, ao qual o direito positivo condiciona o ato do administrador (falta capitulada na lei ou tempo de serviço).

Ora, se assim é, está visto que o conteúdo do inquérito diz respeito apenas ao motivo do ato, envolvendo, dessarte, matéria de legalidade e não de mérito. O que, dêle resulta é a constatação da existência ou não de elemento indispensável à prática da medida.<sup>13</sup>

Tanto que a sentença, ao invalidar ato de demissão, não diz que êste foi mau ou injusto e sim que houve ou não houve motivo para a sua prática.<sup>14</sup>

7. A noção processual de mérito não tem nenhuma correlação com a noção de mérito no Direito Administrativo. Trata-se de noções diferentes quantitativa e qualitativamente. Por isto mesmo, para bem fixar o conceito de mérito no ato administrativo é preciso abstrair de qualquer consideração do conceito de mérito no Direito Processual.

Sob o ponto de vista do processo civil se entende por mérito o conteúdo substancial da lide, isto é, o conteúdo do contraditório com base em regras de direito substantivo, por oposição às questões de cunho meramente processual.<sup>15</sup> O mérito é então um elemento constante e principal. Existe em tôda demanda e centraliza as pretensões das partes. Só excepcionalmente o juiz deixará de examiná-lo.

Ao prisma do Direito Administrativo o mérito não é um elemento essencial, nem constante, senão eventual e restrito. E' apenas, e em certos casos, um dos fatores que, conjuntamente, compõem o ato administrativo.

No exemplo, a que vimos de nos reportar, do ato da demissão de funcionário com estabilidade, a distinção se evidencia.

Se considerássemos o conteúdo do inquérito ao prisma processual, nêle, no que apurasse, estaria o mérito. Os elementos que coligisse concentrariam as pretensões da Administração (acusação) e do funcionário (defesa).

Mas, visto ao ângulo do Direito Administrativo, não se leva em conta o contraditório, mesmo imperfeito, que nêle se arma, e sim o resultado a que chega unilateralmente a Administração, como consequência do que através dêle conseguiu investigar e provar para a sa-

---

circunstância, etc., estão previstos em determinado inciso de lei; que o texto a aplicar é êste e não aquêle.

13 Gonçalves de Oliveira nega ao Judiciário o poder de examinar a prova do inquérito para emprestar-lhe sentido diverso daquele, que lhe atribuiu o administrador. Mas ressalva: se, no estudo da demanda, ao juiz resultar evidente que nenhuma falta existiu, que o processo administrativo constituiu mera formalidade para mascarar o ato ilícito da demissão, terá havido abuso de poder ou ilegalidade e o ato respectivo será passível de anulação pelo Poder Judiciário ("O exame pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos de demissão de funcionários públicos", *Rev. Dir. Administrativo*, vol. I, ps. 193-203).

14 Nosso, *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.<sup>a</sup> edição, n.º 65, nota 7, ps. 175-185.

15 Nosso, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, 1946, ps. 252-260.

tisfação de dois mandamentos da lei: o que exige o processo administrativo e o que autoriza demitir funcionário convencido de certa falta.

8. Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato — que poderá inspirar-se em diferentes razões, de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com êste ou aquele objetivo — constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.

Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto uma certa e determinada medida, expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo.<sup>16</sup> Êste se apresenta simplificado, pela ausência de tal fator.

9. E, além de só pertinente aos atos praticados no exercício de competência discricionária, não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração do ato administrativo. Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação da vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com êles. E' *um aspecto* que lhes diz respeito. E' u'a maneira de considerá-los na prática do ato. Ê, em suma, o conteúdo discricionário dêste.<sup>17</sup>

10. Afigurar-se-á estranho, talvez, que o mérito, como elemento integrante do ato administrativo, só exista no ato discricionário.

Tanto mais quanto, se se analisa o procedimento administrativo concretizado afinal em um ato vinculado, não é possível abstrair, tendo em vista a situação individual por êle atingida e o interêsse da Administração Pública, de considerações atinentes à sua justiça, oportunidade, razoabilidade, etc. O ato administrativo decorrente do exercício de competência estrita também se pode mostrar, do mesmo modo que o emanado do exercício de competência livre, justo ou injusto, oportu-

---

16 Edoardo Garbagnati. *La Giurisdizione Amministrativa*, 1950, ps. 70-78; Giannini. *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1950, vol. I, ps. 100; Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1939, vol. II, ps. 254; Presutti, obr. e vol. cit., ps. 123 e 337; Meucci. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1894, ps. 76-83.

17 Aqui ocorre-nos que a posição do mérito, no *processus* de formação do ato administrativo, assemelha-se, no critério da sua explicação, à posição que Liebman assinala à autoridade de coisa julgada no *processus* de atuação da sentença. Para o ilustre docente de Pávia a autoridade de coisa julgada não é pròpriamente um efeito da decisão. "mas apenas *um modo* de se manifestarem e produzirem os efeitos da sentença mesma, qualquer coisa que a êstes efeitos se ajusta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado" (*Efficacia ed Autorità della Sentenza*, 1946, ps. 27). Assim o mérito no ato administrativo. Pode-se dizer, em certo sentido, que não constitui êle, pròpriamente e a rigor, um dos seus elementos componentes. Será *um aspecto* relacionado com dois dêstes elementos (motivo e objeto). Será *a maneira* pela qual são encarados êstes elementos ao praticar-se o ato.

tuno ou inoportuno, razoável ou desarrazoado, útil ou pernicioso, bom ou mau.

Na promoção por antiguidade, ato vinculado típico, considerando-se a pessoa do agente e o serviço no qual serve, se podem descobrir inconvenientes ou vantagens. Embora obrigada a Administração a praticar o ato, nem por isto êle deixa de ter aspectos alheios à estrita legalidade.

11. Explica-se, não obstante, que o mérito seja elemento integrante apenas dos atos administrativos discricionários.

E' que, quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pre-assentada.

12. No *processus*, de expressão da vontade do Estado (manifestação e execução), há sempre que optar entre soluções. Essa escolha constitui o exercício da discricção, como atributo do Estado.

Qualquer dos três poderes do Estado, na oportunidade de expressar-lhe a vontade, pode apresentar-se investido do atributo da discricção, ou melhor, de uma competência discricionária.

Sendo o Poder Legislativo o criador da norma jurídica, do direito positivo ordinário, somente sujeito à suprema autoridade da Constituição, a sua discricionariiedade é a mais ampla. Cabe-lhe, movimentando-se dentro da elasticidade própria das regras constitucionais, criar a ordem legal como, ao seu juízo, se afigure conveniente. As próprias restrições de ordem constitucional são escassas quantitativamente. As diretrizes rígidas, não comportando opção entre critérios, dispensando regulação ampliativa ou complementar, são pouco numerosas.

No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vèzes por abstenção voluntária, outras, as mais dentre elas, pela impossibilidade de abranger satisfatòriamente, no contexto de cânones preestabelecidos, as múltiplas realidades supervenientes.<sup>18</sup>

Oferece-se, então, margem ao exercício da discricção pelos órgãos meramente executores — o Poder Administrativo e o Poder Judiciário.

O primeiro, atuando sôbre u'a massa de relações jurídicas e de fato muito maior que o segundo, tendo sôbre si a responsabilidade do funcionamento permanente, contínuo, ininterrupto da vida coletiva

---

18 Algumas vèzes o legislador, abstenendo-se do seu poder de iniciativa, deixa uma tão larga margem à atividade realizadora da Administração, que esta se traduz em duas fases: uma normativa, exercida através do poder regulamentar; outra de execução direta, exercida mediante atos administrativos especiais. E, então, sob o pretêxto de revelar o pensamento lacunoso do legislador a discricção administrativa, se traduz, dá-lo Carlos Medeiros Silva, em verdadeira criação da norma jurídica ("O Poder Regulamentar e sua Extensão", *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 20, ps. 1 e 2).

sob a ação e o incentivo do Estado, fica, por isto mesmo, com um largo campo à atividade discricionária, ou seja, à atividade que implica escolha entre critérios.

Ao Poder Judiciário se reserva o exercício da discricção num âmbito quantitativa e qualitativamente muito mais limitado. Em princípio só interferindo no *processus* de realização da vontade estatal quando provocado e para solver conflitos, a margem de atividade discricionária, que lhe toca, em correlação com essas circunstâncias, é restrita na extensão e natureza. Sòmente na total omissão do direito,<sup>19</sup> ou na impossibilidade da sua aplicação por exigir a relação ajuizada solução adrede construída<sup>20</sup> (sentença dispositiva),<sup>21</sup> cabe-lhe decidir escolhendo um critério.

Sendo a discricção do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronològicamente, no *processus* de expressão da vontade do Estado, a discricção reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em tòda a plenitude, a discricção do Poder Legislativo, já não haverá opções confiadas aos Poderes Executivo e Legislativo no *processus* de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumprí-la, individualizando a solução por ela predeterminada.

Daí no ato administrativo resultante de competência vinculada não se poder falar de mérito. Êste, como sentido variável do ato em função de certas circunstâncias, não existe. A Administração, prefixados rigidamente os contornos da atividade executiva a exercer-se em face de determinada situação de fato, não escolhe uma solução. Constata apenas a ocorrência dessa situação e lhe atribui as conseqüências previstas na lei.

13. A promoção de funcionário público, pelo duplo feitio que pode revestir, serve bem a demonstrar essa diversidade de sentido dos atos administrativos. Permite identificar o mérito no ato discricionário e constatar-lhe a ausência no ato vinculado.

Na promoção por merecimento a lei deixa ao administrador escolher entre vários funcionários, aquêle que, pelas suas qualidades e, conseqüentemente, no interêsse do serviço, melhor mereça o acesso. Traça à Administração apenas algumas normas genéricas indicando qualidades, que autorizem o acesso e fornecendo indicações para a sua apuração e mensuração. À chefia do serviço fica, jogando com êsses dados flexíveis, preferir aquêle que se lhe afigure o funcionário de maior merecimento. Cabe-lhe realizar um trabalho de escolha, praticando o ato com os motivos e o conteúdo, que se lhe afigurem os melhores, ou seja, praticando-o, pela aceitação de certas

---

19 Código de Processo Civil, art. 113.

20 Código de Processo Civil, art. 114.

21 Da classificação de Carnellutti (*Lezioni di Diritto Processuale*, 1933, vol. II, ps. 12-28).



razões, em favor de A e não de B e C. Pelo confronto entre diversos funcionários, considera-se que um reúne mais e melhores requisitos de idoneidade moral e profissional para o acesso do que outros. A prática do ato envolve, portanto, uma apreciação da sua justiça. Nessa apreciação, que se traduz objetivamente na escolha do beneficiário do acesso, numa opção afinal de contas, está o mérito.

A promoção por antiguidade, efetuando-se sem qualquer possibilidade de ponderação das qualidades pessoais e profissionais do funcionário, não enseja à chefia do serviço um julgamento para a escolha do beneficiário do ato. Este já vem predeterminado por um critério (tempo de serviço) instituído na lei. Cabe ao administrador, tão somente, constatar a ocorrência material do pressuposto da aplicação dêsse critério (datas de ingresso no serviço público ou das promoções anteriores dos funcionários de u'a mesma categoria). Não lhe cumpre ajuizar e decidir da justiça ou conveniência do acesso. Esses aspectos foram pre-resolvidos pelo legislador, o qual, no momento de fixar o rígido critério da antiguidade, supôs atender ao interesse público, pois o tirocínio na função deve traduzir-se em experiência e aptidão, e ao interesse do funcionário, que, antigo no serviço, aguarda a melhoria de condição como um ato de justiça. Não há portanto, aspectos de mérito (justiça, conveniência, etc.), pendentes do conhecimento da Administração.

Mas não só o ato de promoção, senão muitos outros podem vir à baila para deixar claro, que o mérito existe no ato administrativo praticado em virtude de competência livre e inexistente no oriundo de competência vinculada.

O despacho deferindo pedido de registro de um diploma de médico no Ministério da Educação e Saúde não provém de uma opção. Pressupôs o legislador que aquêle que sai de uma Faculdade de Medicina, oficial ou reconhecida, estará habilitado a exercer a profissão médica. No ato do registro cumpre ao administrador, unicamente, apurar a veracidade e regularidade do diploma. Constata um fato. Não aprecia fatos diversos para entre eles se pronunciar. Não decide da conveniência ou inconveniência de autorizar o exercício da profissão a mais um médico, não designa sede à sua clínica segundo se possa afigurar mais útil à coletividade. Não dá, por conseguinte, providências que envolvam apreciações de mérito.

O mesmo é de dizer de um lançamento de imposto sôbre a renda. Faz-se em função de fatos, cuja existência o agente do Fisco apenas verifica. A conveniência de tributar a renda de certa profissão, a vantagem de gravá-la em mais ou em menos, são aspectos que o legislador pre-examinou e pre-resolveu, não deixando margem à análise do administrador sôbre o merecimento.

Já diferentes são as situações que se desenham com a outorga de uma licença para o estabelecimento de depósito de inflamáveis, ou com a concessão de uma carteira de motorista. Ali, admitido pela lei, em princípio, aquêle gênero de comércio, prescrevem-se-lhe, no entanto, cautelas, que ao administrador cabe detalhar e medir (localização em

zona inabitada, prevenção eficiente contra incêndio, etc.). No escolher o local, no reconhecer a eficácia do serviço de extinção de fogo, a Administração manifesta-se entre soluções diferentes, o seu ato pode dizer-se bom ou mau, conveniente ou inconveniente, útil ou nocivo. E êsses são aspectos de mérito.

Para expedir documento de habilitação profissional a motorista, o agente de trânsito analisa a sua aptidão, compara-a com padrões ideais e com a aptidão de terceiros já habilitados. Decide, portanto, livremente, após o exame de uma série de circunstâncias. No acêrto ou êrro que tenha cometido ao decidir, estará o mérito do ato.

14. A circunstância do mérito inexistir como elemento do ato vinculado e integrar o conjunto dos elementos componentes do ato discricionário, repercute, de modo relevante, como observamos de início, sôbre a extensão do contrôle jurisdicional. Êste é pleno em se tratando de atos praticados no exercício de competência estrita e limitado quando se trata de atos de sentido discricionário. Nos primeiros, só havendo a examinar aspectos de legalidade, nada escapa à revisão judicial. Nos segundos, existindo, ao lado dos aspectos legais, aspectos de mérito (os concernentes ao motivo e ao objeto), a autoridade judiciária não lhes devassa todo o conteúdo. Distingue entre o que constitui merecimento e legalidade para sômente pronunciar-se quanto aos aspectos legais.

15. Alguns autores opõem objeção a êsse ponto de vista. Têm o mérito como também pertinente aos atos vinculados e admitem que até êle se estenda o contrôle jurisdicional.<sup>22</sup>

16. Bartolome Fiorini é um dêles. Estudando o contrôle sôbre o merecimento dos atos administrativos, entende que o mérito, como “condição de eficácia” não é exclusivo do “ato produzido pela atividade discricionária”, sendo também próprio da “atividade vinculada”. E acrescenta:

“Quando êste juízo de eficácia não satisfaz plenamente, a administração deve ter meios para repeli-lo e substituí-lo por outro mais meritório”.

---

22 Aliás, nós mesmos chegamos a admitir alhures, embora com reservas fâcilmente perceptíveis das palavras que usamos, se pudesse constatar a presença do merecimento também no ato vinculado:

“Envolve (o mérito) a margem de discricão, que, via de regra, se deixa ao administrador, maior nos atos confiados à competência livre, menor ou nula (pois em certos casos o próprio legislador exaure a margem de opção) nos dependentes de competência vinculada” (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.<sup>a</sup> edição, nota 7, página 179).

Estudando melhor o assunto, exatamente pelas dúvidas que nos suscitara ao examiná-lo nessa oportunidade, convencemo-nos de que nos atos administrativos vinculados não há cogitar do mérito. A vinculação ou é plena ou inexistente. Desde que na lei se deixe qualquer fresta à opção do administrador, a competência outorgada será discricionária. Poderá, sê-lo minimamente, se mínima fôr a zona de opção reservada ao agente administrativo, mas não obstante o será.

Para depois insistir:

“O mérito de um ato não é patrimônio exclusivo de uma só classe de atividade; logo o contrôle para esta classe de defeitos não corresponde especificamente à discricionariedade, senão a tôda a atividade administrativa.”

.....

“O mérito de eficácia se apresenta como condição necessária em qualquer ato administrativo independente da discricionariedade”.<sup>23</sup>

Afigura-se-nos manifesto o equívoco do lúcido jurista argentino. E a sua origem está na identificação do procedimento estatal na realização do direito (elaboração e aplicação), com o ato administrativo, que envolve tão somente uma fase dêle, isto é, a fase de aplicação.

Certo, como já vimos, no *processus* de realização do direito, confiado a dois órgãos do Estado — o Poder Legislativo elaborando a norma, a Administração (ou, às vêzes, o Judiciário) dando-lhe execução — há sempre a considerar a conveniência, a oportunidade, a justiça, a razoabilidade, etc., de cada procedimento estatal. E, assim sendo, ao ângulo do merecimento (ou da *eficácia*, do *mérito da eficácia*, como prefere dizer o citado publicista), tanto o ato administrativo vinculado, como o discricionário, supõem uma apreciação de *utilidade*.

O que acontece, porém, nos casos de competência vinculada — faz-se oportuno repetir — é que a lei (fase primária do *processus* de realização do direito) exaure a margem de opção própria do exercício da atividade jurídica do Estado, deixando circunscrito o ato administrativo (fase secundária daquele *processus*) a estritos limites, sem ensejo para cogitações sôbre o útil, o justo, o certo, etc. O aspecto de conveniência, de oportunidade, de eficácia, em suma, para usar da terminologia do ilustre autor, foi exaurido pelo legislador. Nada se deixou ao administrador quanto a êle.

Não assim se discricionário o ato administrativo, pois aqui se confia à Administração, pela liberdade outorgada aos seus movimentos, aferir da utilidade ou eficácia, maior ou menor, do procedimento estatal na sua fase derradeira.

17. Vendo o problema a outro prisma também sustenta Antônio Amorth que *atividade discricionária e mérito* nem sempre coincidem, aquela podendo exercer-se em campo distinto do pertinente ao merecimento. Tanto que — argumenta — a discricção se exercita com submissão a normas jurídicas e comporta contrôle jurisdicional, o que não sucede aos aspectos de mérito.<sup>24</sup>

A possibilidade do exame jurisdicional incidir sôbre o exercício da competência discricionária e a sujeição desta a regras jurídicas, não depõem, entretanto, contra a coincidência do mérito com a discricção.

---

23 *La Discrecionalidad en la Administración Pública*, 1948, ps. 181-182.

24 *Il Merito dell'Atto Amministrativo*, edição Giuffrè, ps. 15-16.

Sem dúvida a atividade chamada discricionária se submete à lei. Tem por esta demarcadas as divisas do seu exercício, submete-se às linhas mestras que esta prefixa. Dentro, porém, dessas divisas ou dessas linhas, é livre (e aqui está a própria essência da discricionariedade), exercita-se sob a influência apenas de razões políticas. E' neste plano de insujeição da atividade administrativa a normas pròpriamente jurídicas, que discricção e mérito se identificam.

Por outro lado, e em corolário do que se vem de expor, a apreciação jurisdicional da competência discricionária só se dá quando dela abusa o funcionário administrativo, quando age exorbitando da esfera de ação livre que lhe deixa a lei. E tanto vale dizer, quando o funcionário supõe ou quer fazer supor que está tomando medidas de mérito, mas na verdade age em campo diverso daquele que ao mérito traçou a lei. O que nesse caso se analisa não é o exercício da competência discricionária em sua substância, ou seja, o mérito no seu conteúdo, mas sim o excesso no uso daquela, a prática de ato além ou fora do âmbito pretraçado à discricção, e, portanto, ao mérito. O que se analisa é um abuso de competência, que êste é sempre um aspecto legal. Não se declara que o ato é bom ou mau, melhor ou pior, mas apenas que, tal como praticado, representa um abuso do poder de livre ação conferido à autoridade administrativa, poder que poderia ser utilizado largamente dentro de certos limites e nunca além dêles.

Assim exposto o assunto percebe-se que nem a submissão do ato discricionário à legalidade, nem o contrôle jurisdicional sôbre êle atuante, excluem a correlação entre discricionariedade e mérito.

Da competência discricionária procede o poder de agir e o âmbito dentro do qual êsse poder se pode movimentar constitui o merecimento. O mérito é a medida da discricção.

18. No nosso país, Vitor Nunes Leal e Castro Nunes, que se têm ocupado particularmente do assunto, negam a opposição entre mérito e legalidade do ato administrativo, admitindo possa o mérito situar-se como uma questão de ordem legal. Ambos se pronunciam ao propósito de ato de demissão de funcionário público, precedido de inquérito administrativo, e se abonam em texto da lei n.º 221, de 1894.

A opinião do ministro Castro Nunes, manifestada em voto no Supremo Tribunal e reafirmada em recente e valioso trabalho doutrinário, assim se expõe: “a Lei n.º 221 conferiu ao Judiciário poderes muito amplos na apreciação dos atos administrativos quando dispõe:

“Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou *indevida* aplicação do direito vigente”, acrescentando — “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*”.

Daí resulta que a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma apli-

cação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na *ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente*".<sup>25</sup>

Vitor Nunes Leal sustenta que "a apuração do motivo (do ato de demissão), pelo estudo das provas, é exame de mérito".

E adita: "nem todo exame de mérito está excluído da noção de legalidade. Há questões de mérito que exorbitam da legalidade, como há questões de mérito que se inserem no conceito de legalidade. O mérito exorbitante da legalidade é constituído justamente pelo *conteúdo discricionário* (conveniência, oportunidade, razoabilidade etc.) que pode existir mesmo nos atos administrativos vinculados".

Conclui invocando o voto que vimos de citar, do eminente ministro Castro Nunes, onde, ao seu ver, se apreendeu, "com finura e exatidão", essa "aparente sutileza".<sup>26</sup>

19. Aos dois consagrados publicistas parece-nos de opor algumas considerações.

20. A distinção entre *mérito* e *legalidade* não é um artifício, não se traduz em mero jôgo de palavras. Impõe-se em virtude da divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas.

Confiada ao Legislativo a edição do direito e reservada ao Executivo e ao Judiciário a sua execução, nesta segunda fase se atribui ao administrador aplicá-la normalmente e ao juiz dar-lhe aplicação, quando circunstâncias incidentes exijam apurar compridamente a juridicidade das medidas executórias. A intervenção judicial no processo de execução se explica, portanto, pela necessidade de dividir funções e de lhes emprestar especificidade. E a especificidade impõe a cada um dos órgãos de execução território próprio, peculiar, exclusivo. Sendo êsse território, no que concerne ao Judiciário, como dissemos, o da regularidade legal dos atos executórios, o da sua validade ao prisma da lei, e competindo ao Executivo a aplicação diuturna, na massa imensa de relações a serem consideradas pelo Estado, em função de múltiplos interesses em jôgo — o público, encarnado no próprio Estado e o privado do número ilimitado dos indivíduos sob a sua jurisdição — se aquêle, cuja atuação é sempre de segundo grau no processo executório, não se restringe ao exame dos aspectos jurídicos dos atos dêste, imiscui-se no seu domínio específico, aprecia aspectos de mero interesse e não de ordem legal. Ultrapassa, por conseguinte, o âmbito peculiar da função que lhe compete.

Assim analisada a mecânica do organismo estatal, bem se vê que o campo de atuação do Judiciário é o da estrita aplicação da lei, e o da Administração é o da sua aplicação, em face e em função de interesses públicos e privados.

---

25 *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 3.º, ps. 75-76; *Da Fazenda Pública em Juízo*, 1950, ps. 336-338.

26 "O exame pelo Judiciário, da legalidade dos atos administrativos", *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 3.º, ps. 70-98.

A necessidade de discriminar, na terminologia do Direito Administrativo, êsses dois setores — um de atuação sucessiva do Executivo e do Judiciário, outro de atuação exclusiva do Poder Executivo — é que explica a adoção das expressões *legalidade* e *mérito*. Aquela definindo o âmbito da atuação executora, inicialmente competindo à Administração Pública, e, posteriormente, em grau de revisão, ao Poder Judiciário; esta outra significando o setor privativo dos órgãos da Administração.

Desde que se tenha o mérito como simples aspecto da legalidade, os dois conceitos perdem a autonomia, que é a sua própria razão de ser, devendo reduzir-se a um só, ao de legalidade. Pois se o mérito se apresenta apenas como a legalidade, enquanto relacionada à Justiça, à equidade, etc., do ato, e se dêstes aspectos legais pode conhecer o juiz, tanto quanto dos outros respeitantes a competência, motivos, forma, etc. (os que todos aceitam pacificamente como de ordem jurídica), então nada os distingue do ponto de vista jurídico. Equivalem-se juridicamente. A distinção entre o exame da justiça do ato e o da competência será de qualidade, do ponto de vista da natureza intrínseca de um e de outro, mas sem repercussão ao prisma do direito. Não será uma distinção mais significativa, ao ângulo jurídico, que a distinção a estabelecer entre os exames da competência e da forma, por exemplo.

21. Se assim é, não se pode ter como prestimoso o subsídio da Lei n.º 221, interpretada à letra, naquilo em que, contra tudo quanto preconiza a doutrina, identifica as noções de mérito e legalidade.<sup>27</sup> Tanto mais quanto hoje, revogado êsse ato legislativo, destituído de força obrigatória, não vale o seu texto senão como fonte histórica.

22. Mesmo quando de pé a Lei n.º 221, seria de fugir à literalidade do seu texto, para ter como exaurentes de todo o mérito as expressões *oportunidade e conveniência* — art. 13.º § 9.º, letra *a* — a fim de evitar a conclusão, menos defensável, de que o juiz, não podendo apreciar no ato administrativo o que se referisse ao momento da sua prática e à sua vantagem para o interesse público, pudesse, no entanto, apreciá-lo no respeitante aos aspectos da sua justiça, da sua razoabilidade, da sua moralidade, etc. Nenhuma razão jurídica, política, ou mesmo lógica, poderia justificar tratamento diferente ao exame de aspectos de um mesmo ato, substancialmente equivalentes, intrinsecamente idênticos.

23. O sentido literal do texto da Lei n.º 221 conduziria a uma outra conclusão também inaceitável: a de que, ainda em relação aos

---

<sup>27</sup> Ressalvemos, porém, que tais restrições, explicáveis hoje, quando, já tantos anos passados da lei n.º 221, evoluiu a sistemática do Direito Administrativo, não significam, de nenhum modo, despreço a êsse notável ato legislativo. Nessa lei, na sua ousada concepção de controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos, estão as raízes, pode-se dizer com justiça, de todo o sistema brasileiro de proteção dos direitos públicos subjetivos do indivíduo. Nos seus autores se há de louvar sempre a superioridade com que, elaborando-a, enfrentaram um dos mais delicados problemas do regime constitucional brasileiro.

atos discricionários, o exame jurisdicional se restringiria à matéria de competência e excesso de poder, porquanto, no inciso b, § 9.º artigo 13, está dito:

“A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário *somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso do poder*”.

Teríamos assim que, em relação a tais atos, contra tôdas as regras de sujeição da Administração ao direito, o Judiciário não poderia, pelo menos, controlar, as ilegalidades relativas à forma. Por mais irregular que se mostrasse o ato sob o prisma formal, isto não o afetaria. U'a medida que a lei exigisse fôsse tomada por escrito e mediante antecipada notificação do interessado, poderia ter lugar verbalmente e sem essa prévia ciência.

24. Bem se vê, portanto, que a Lei n.º 221, ontem obrigando, hoje mero subsídio histórico, exigia e exige interpretação cautelosa, capaz de conciliá-la, razoavelmente, com os princípios de divisão das funções estatais e da natureza específica dessas funções.<sup>28</sup> Sem o que o seu texto termina por traduzir-se, na prática, em invasão, pelo Judiciário, de território peculiar ao Executivo e no reconhecimento aos atos dêste, pela ausência de contrôle, de uma imunidade parcial para a infração do direito escrito.

25. Aliás, o texto daquela lei se presta a uma exegese que dissipe tais incongruências. Considerando-se, por exemplo, o inciso A, ainda o § 9.º, art. 13, onde vem delimitado o âmbito do contencioso administrativo (“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”), verifica-se que o legislador contrapôs as razões legais às políticas. Ora, estas estão sempre onde não há um critério estrito prefixado, e, portanto, não se terão de circunscrever ao que esteja relacionado com a conveniência e a oportunidade do ato.

Abrangerão os demais aspectos seus, que comportem variável critério de apreciação, isto é, os concernentes à razoabilidade, à justiça, etc., quantos, afinal, em conjunto, compõem o mérito.

O legislador há de ter querido, portanto, preservar à incursão da Justiça o território extra-legal (reservando-lhe, tão só, o exame dos aspectos jurídicos, ou seja, dos que pudessem, examinar-se à luz de *razões jurídicas*), deixando livre à Administração os aspectos políticos dos procedimentos da sua alçada. O seu intento há de ter sido, em suma, subtrair ao exame jurisdicional tudo quanto respeitasse às repercussões políticas do ato em relação à Administração (conveniên-

---

28 Da explicável incompreensão que lavrava ao tempo da lei n.º 221, nos dá bem idéia a crítica que lhe fez o deputado Gastão da Cunha, na Câmara. Censurou-a por ter admitido à apreciação jurisdicional dos atos discricionários, quando eivados de incompetência, pois lhe parecia gozarem tais atos de total imunidade perante a justiça (*apud* Viveiros de Castro, *Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 2.ª edição, ps. 601-604).

cia e oportunidade, no sentido estrito e usual) e ao indivíduo (justiça, equidade, etc., isto é, oportunidade e conveniência em sentido lato).

Conclusões :

A) O conceito de mérito no Direito Administrativo assume particular relêvo, por isto que nêle assenta um dos critérios de medida da extensão do contrôle jurisdicional sôbre os atos da Administração Pública.

B) O mérito do ato administrativo está no seu sentido ou conteúdo político. Traduz-se, praticamente, na justiça, equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade, conveniência, etc., de cada medida tomada pela Administração.

C) O mérito não constitui elemento autônomo no conjunto dos elementos, que compõem o ato administrativo, senão apenas um aspecto, um modo de ser dêsse ato, no que concerne aos motivos e ao objeto.

D) O merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.

E) Quanto se trata de atividade administrativa vinculada, o aspecto político da atividade estatal de realização do direito, em que se traduz o mérito, não tem cabimento por já ter sido objeto de apreciação do legislador.