ATO ADMINISTRATIVO — CONTRÔLE JURISDICIONAL

— A apreciação do mérito do ato administrativo, interdita ao Judiciário, é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida; não a que possa configurar a falsa, viciosa ou errônea interpretação da lei ou regulamento, equiparável à ilegalidade.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Jarbas Garcia
Apelação cível n.º 21.544 — Relator: Sr. Desembargador Sousa Lima

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 21.544, da comarca de São Paulo, em que são apelantes o Juízo *ex officio* e a Fazenda do Estado e apelado Jarbas Garcia: Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento ao recurso, para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença recorrida, que está em perfeito acôrdo com os fatos dos autos.

Versa o recurso interposto pela Fazenda do Estado, única e exclusivamente, sôbre a incompetência do Poder Judiciário para apreciar o mérito dos atos administrativos. Não há dúvida que é princípio firme em nosso direito, como conseqüência da separação de poderes, que à Justiça não cabe apreciar o ato administrativo em seu mérito. Cabe-lho, tão-só, apreciá-lo quanto à sua legalidade. Precisa, a respeito, é a lição de Seabra Fagundes: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do contrôle jurisdicional, o "mérito" dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-sòmente, sob o prisma da "legalidade". Êste é o limite do contrôle quanto à extensão. O mérito compreende as questões relativas ao acêrto, à justiça, à eqüidade, etc.". (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. de 1941, págs. 116-117).

Mas, acentua Castro Nunes, fazendo referência à Lei n.º 221, de 1890, que " a ilegalidade pode estar na aplicação, se não no modo de sua aplicação, a saber na "indevida aplicação", como está expresso no texto, abrindo-se assim ao Judiciário um âmbito mais largo no exame das espécies. É a aplicação errônea, por interpretação inaceitável, competindo ao juiz retificá-la, amparando o direito postulado" (*Da Fazenda Pública*

em Juízo, págs. 336-337)). Daí resulta que a apreciação do mérito, interdita ao Judiciário, é a que se relaciona com a "conveniência" ou "oportunidade" da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses em que se enquadram, de modo geral, na "ilegalidade" por "indevida aplicação do direito vigente" (op. cit., pág. 338).

Esta orientação, certa e segura, não poderia deixar de encontrar acolhida em nossos Tribunais. Assim, aceitando-a, o Supremo Tribunal Federal repete no venerando acórdão o conceito expendido por Castro Nunes (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 687).

Na verdade, é incontestável a justeza desta orientação. Como assinala Carlos Maximiliano, "a aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada" e continua: "Para atingir, pois, o escopo de todo o direito objetivo é fôrça examinar: *a*) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quaestio juris*, no sentido estrito); *b*) o caso concreto e suas circunstâncias (*quaestio facti*); *c*) a adaptação do preceito à hipótese em apreço" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, págs. 19 e 21).

Assim, para a aplicação do direito é mister que o fato se adapte, precisamente, à norma legal. Se falta o fato ou se as circunstâncias o tornam justificável, não há lugar para a aplicação da norma. Se, apesar disso, fôr ela aplicada, marcante será a ilegalidade, por falta de ajuste da *quaestio facti*, à *quaestio juris*. Do contrário, como o notou o ilustre Laudo de Camargo, "seria o regime do arbítrio, coisa que nunca teria passado pelo espírito de quem legislou".

Ora, na espécie dos autos, como resulta da prova e o salientou a sentença, deixou o autor de comparecer à Corporação e a Juízo por motivo justo, pois que, na ocasião, estava doente, acamado, com tosse e pondo sangue pela bôca. Estava, mesmo, afastado por licença. Assim, é evidente que êste fato, constituindo motivo de fôrça maior, não poderia dar lugar à punição que sofreu e às conseqüências dela decorrentes. Como nota Paul Duez, a falta funcional não é, necessàriamente, um delito ou uma infração penal, pois que tem um conceito mais largo que o de delito, consistindo em tôda violação ou falta aos deveres ou obrigações do funcionário. Mas, apesar disso e para que resulte a punição, há mistér, também, a ocorrência do fato e, ainda, que suas conseqüências o tornem incriminável. Daí, a impossibilidade de punição, quando a falta decorreu de fôrça-maior. De fato, a respeito, escreve Alain Plantey: *La force majeure exonere l'agent de sa faute: il doit s'agir d'un evenement imprevisible, independent de la volonté de l'interessé, come des circonstances de guerre* (*C.E. Prefet de police*, 16 *de maio de* 1947. *Rec. pág.* 204: *prolongation d'absence*) *ou une maladie empêchant l'agent d'executer les instructions qui lui sont données* (*C.E. Delle Chaminade*, 7 de março de 1947, Rec. pág. 99) (*La Fonction Publique*, pág. 183, n.º 494).

Nestas condições, tendo o autor deixado de comparecer por motivo de fôrça-maior, qual seja sua moléstia, ficou exonerado de sua falta e não poderia, por isso mesmo, sofrer conseqüências punitivas, pelo que a sentença recorrida, em consonância rigorosa com a lei, nada mais fêz do que amparar um direito que fôra violado por um ato manifestamente ilegal e arbitrário do Poder público. Suas conclusões, portanto, são justas e legais e, assim, devem subsistir.

São Paulo, 26 de novembro de 1957. — *L. G. Giges Prado*, Presidente. — *Sousa Lima*, Relator. — *Carvalho Pinto*. — *J. C. Ferreira de Oliveira*.