O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR
Professor da Faculdade de Direito do Vale do Paraíba

SUMÁRIO: — *Acepções do vocábulo "mérito". Importância da fixação do conceito. O "mérito" nos negócios jurídicos privados. O "mérito" do ato administrativo. Conceito amplo e restrito do "mérito". Legalidade e mérito. O binômio oportunidade-conveniência. Colocação axiológica do "mérito". Discricionariedade, vinculação e mérito. Casos concretos. Interdição ao Poder Judiciário do exame do mérito do ato administrativo. Conclusões.*

1. *Acepções do vocábulo "mérito".* Ao contrário de inúmeras palavras que levam para os diversos setores a que se aplica o conhecimento humano alguma coisa de seu sentido corrente, servindo, nesse caso, para auxiliar o entendimento do têrmo técnico, usado pelo especialista, outras existem que, no âmbito das ciências particulares, em nada concorrem para o referido esclarecimento, necessitando, pois, de prévia conceituação, alicerce indispensável para futuras pesquisas.

Está no segundo caso o vocábulo *mérito* [1] ou *merecimento,* empregado no âmbito do Direito Processual Civil e no setor do Direito Administrativo, exigindo, em ambos os casos e, especialmente, neste último campo, definição precisa para que as ulteriores ilações não tragam conseqüências prejudiciais ao cidadão, no delicado terreno das liberdades públicas.

No campo do processo, "mérito é o fundo do litígio, ou seja, a pretensão que o autor deduz em juízo através do pedido. É a própria substância da situação litigiosa que se contém no processo de conheci-

1 *Mérito* vem do latim *meritu(m),* acusativo do nome neutro *meritum, i,* substantivo que significa: *salário, ganho, paga, serviço, ato (conduta) que justifica algo.* Em alguns casos, tem outros sentidos, mas não o sentido que lhe dá a processualística. Consagram os dicionários o sentido de "qualidade do que é digno de louvor ou prêmio, aptidão, superioridade" (Caldas Aulete). Apenas na expressão promoção por *mérito,* por *merecimento,* está conservada a acepção corrente do têrmo.

mento", [2] em contraposição às questões preliminares ou prejudiciais, situadas na antecâmara ou vestíbulo do processo; "é 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". [3]

"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". [4] Isso, frisemos, no terreno do processo comum aos vários ramos da ciência do Direito.

No âmbito do Direito Administrativo, [5] tal sentido também não está ausente, porque cumpre lembrar que, nesta disciplina, há uma parte processual — o *processo administrativo* — e, neste, o *mérito* não deixa de ser o conteúdo da lide, a própria substância do que se debate.

Nesta parte, não há dúvida: o Poder Judiciário pode examinar o *mérito*, porque esta palavra está empregada no sentido processual, abrangendo *tudo* que se refira à apuração da *legalidade* do ato, editado com apoio no processo.

Considerado em relação ao ato administrativo, difere, entretanto, o entendimento do *mérito* ou *merecimento*, sendo de rigor, então, colocar de lado qualquer consideração admitida normalmente no âmbito do Processo Civil, para enfrentar aspecto todo particular, nôvo, com características próprias, inconfundíveis.

Aqui surgem as hesitações, que se agravam com a tendência ainda existente de transportar para o campo do Direito Administrativo os institutos e a terminologia de outros ramos do Direito. Até alguns de nossos mais graduados juízes incidiram no êrro de transferir para a técnica administrativa construções e têrmos processuais com gravíssimas conseqüências sôbre direitos subjetivos públicos dos administrados.

Recairá, pois, nossa indagação sôbre o *conceito do mérito do ato administrativo*, que é todo especial e que, fixado definitivamente, acarretará implicações básicas, decorrentes da demarcação, deixando-se de lado a *noção processual do mérito*, que, com a devida ressalva, pode estar presente na parte adjetiva do Direito Administrativo.

2. *Importância da fixação do conceito.* Da compreensão ampla ou restrita que se der ao vocábulo *mérito* decorrerá maior, menor ou

---

2 José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1959, III/291.

3 Seabra Fagundes, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, 1946, págs. 252-260 e "Conceito de mérito no Direito Administrativo" *in Revista de Direito Administrativo*, XXIII/5.

4 Seabra Fagundes, "Conceito de Mérito no Direito Administrativo", *in Revista de Direito Administrativo*, XXIII/5.

5 Umberto Borsi, no início do século, ainda define o *mérito* como "a substância, o conteúdo do ato e designativo das qualidades a tal conteúdo referentes" (*Primo Trattato* de Orlando, 1915, II/2.ª/34.)

nenhuma parcela de possibilidade de revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Ora, a ausência de definição prévia do *mérito* tem dado origem, entre nós, a divergências, fàcilmente sanáveis mediante trabalho corajoso e comum de indagação terminológica.

O exame do mérito do ato administrativo está fora da competência do Poder Judiciário — sustentam com absoluta convicção e sólidos argumentos alguns doutrinadores. [6]

Há aspectos do mérito que, participando do conceito de legalidade, no qual se inserem, *são suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário* — afirmam com não menor certeza e estribados em raciocínios muito bem construídos outros juristas. [7]

Por aí se percebe a relevância do problema que pede definitiva estruturação teórica, de natureza lógico-jurídica, alicerçada, porém, na realidade e informada por princípios filosóficos para elucidar ponto relevante do sistema pátrio concernente aos direitos subjetivos do cidadão.

Qual o conceito do *mérito do ato administrativo?* Quais as relações entre *mérito, motivo* e *legalidade*? Há matizes do mérito que, analisados com maior penetração, envolveriam o terreno confinado à legalidade? Nesse caso, qual o papel do Poder Judiciário diante de aspectos do mérito que, por sua própria natureza, se inserem na legalidade? Levantar-se-ia, então a muralha que protege o mérito e permitir-se-ia o exame dêste pelo Juiz? É o mérito suscetível de revisão pelo Judiciário? Ou: o terreno do *mérito* ou *merecimento* é setor privativo da Administração, sendo interdito ao Poder Judiciário manifestar-se a respeito?

3. *O "mérito" nos negócios jurídicos privados.* Inadmissível o exame do mérito nos negócios jurídicos privados. Quem celebra contrato de locação ou de compra e venda pode impugnar o negócio apenas quando ilegítimo (nulo ou viciado), jamais por não corresponder o ato a seus interêsses ou não lhe ser conveniente, salvo os casos excepcionais, em que o direito permite que o negócio seja impugnado por lesão.[8] Em geral, pois, não pode a atividade particular ser fiscalizada

---

6 Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,* 3.ª ed., 1957, pág. 167: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do contrôle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos."

7 Vítor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público,* 1960, pág. 266: "Supõe-se, em primeiro lugar, que legalidade e merecimento ou mérito são conceitos que se repelem; em outras palavras, que o exame da legalidade não comporta o exame do merecimento. Há um equívoco nesta posição doutrinária, sobretudo tendo-se em vista a definição constante da Lei n.º 221."

8 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Special,* 7.ª ed., 1945, pág. 103.

quanto ao mérito, ou seja, quanto à conveniência.[9] Quem age nos limites assinalados pelo direito, sem, pois, prejudicar a outrem, não dará motivos para contestar-lhe a atividade, embora possam os atos ser inconvenientes, inclusive para os interêsses alheios. A determinação do âmbito de tais limites e obrigações importa numa valoração do *mérito* da atividade privada.[10]

4. *O "mérito" do ato administrativo.* O contrário verifica-se nos negócios jurídicos públicos, nos quais o *mérito* assume relevante papel.

"A Administração Pública está sujeita a um contrasteamento muito mais amplo e profundo do que aquêle a que se acha submetido um indivíduo no exercício de sua atividade, porque se presume que os órgãos administrativos agem, não apenas legìtimamente, mas também convenientemente, ou seja, de maneira correspondente, adequada às exigências do interêsse público, que deve atender e ao qual é dirigido; se é justo, eqüitativo, etc. Assim, no caso das punições disciplinares, examinar o mérito do processo significa examinar se é adequado aos fatos atribuídos ao funcionário, levando em conta sua importância e gravidade, ou se, por acaso, não houve excesso a respeito. Por vício de mérito o ato administrativo é apenas anulável."[11]

"A legitimidade do ato, ou seja, sua conformidade com a lei, refere-se ou à competência da autoridade ou às condições e limites, ou às formas. O *mérito* diz respeito à aplicação, isto é, ao uso das faculdades no caso concreto, a saber, à razão especial, à conveniência, à oportunidade do ato."[12]

"Dentro dos vícios de ilegitimidade *in genere* do ato administrativo inclui-se o vício de mérito que se refere à inoportunidade do ato. Esta inoportunidade ou inconveniência deriva de um errôneo ajustamento ou apreciação dos fatos em relação aos objetivos que a lei tem em vista, deixados de lado os casos qualificados como de excesso de poder".[13]

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

---

9 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali*, 7.ª ed., 1945, pág. 103. Cino Vitta: "No Direito Privado, êste juízo de oportunidade, em geral, não é levado em conta, orientando-se cada particular como lhe parecer melhor, no próprio interêsse" (*Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., 1949, I/436).

10 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali*, 7.ª ed., 1945, pág. 103.

11 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali*, págs. 103-104.

12 Lorenzo Meucci, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., 1892, pág. 76.

13 Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., 1949, I/435-436.

Sob o primeiro aspecto o conceito de mérito está em antítese com o de legitimidade, em sentido estrito (adquirindo, um e outro, valor meramente processual), ao passo que 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."[14]

Lentini assinala a grande divergência que reinou na Itália a respeito do conceito do *mérito*, concluindo que, com a última legislação (a em vigor no ano de 1939), "o mérito deve entender-se com ambos os significados, ou seja, como apreciação da conveniência e oportunidade do ato e como exame de fato dos elementos da controvérsia."[15]

"Designa o *mérito* o complexo das valorações necessárias para julgar a correspondência entre o ato e normas não jurídicas ou ao critério que deveria ter guiado a edição do ato por parte de um bom administrador."[16]

"O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz se o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal."[17]

---

14 Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1953, págs. 162-163, *Diritto Amministrativo*, 1949, págs. 135-136 e *La revoca degli atti amministrativi*, 1942, págs. 38 e seguintes.

15 *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1939, II/80-81. Arnaldo de Valles mostra o *mérito* como o que corresponde "aos princípios de oportunidade, de eqüidade, de moderação, que devem sempre presidir a uma boa administração" (*Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., 1951, pág. 258). Ugo Forti assinala que o Direito Administrativo "conhece também vícios de *mérito*, casos em que o ato é inoportuno, independentemente de sua correspondência ao direito" (*Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1950, II/188-189). No mesmo sentido, Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6.ª ed., 1950, vol. I, pág. 231. Massimo Severo Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1950, vol. I, pág. 100.

16 Giovanni Miele, *Principii di Diritto Amministrativo*, 1950, I/40. Para Francesco D'Alessio "mérito é o uso que a Administração fêz dos podêres discricionários que lhe são concedidos pelo ordenamento Jurídico" (*Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 4.ª ed., 1949, II/438).

17 Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., 1957, pág. 174, nota 9. Errico Presutti escreve: "Constitui o *mérito* do ato aquilo que nêle, requerido pelo administrado não pode ser confrontado com nenhuma norma jurídica por um órgão jurisdicional que exerça contrôle de mera legitimidade" (*Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, I/156.) Em outra obra escreve: "Concretiza-se a discricionariedade na incontrastabilidade por parte dos órgãos que exercem a fiscalização de mera legitimidade" (*I limiti del Sindacato di Legittimità*, 1911, pág. 5). Neste caso, comenta Antonio Amorth, a *discricionariedade* corresponde ao *mérito* (*Il Merito dell' Atto Amministrativo*, 1939, pág. 10, nota 13).

5. *Conceito amplo e restrito do "mérito".* Modernos cultores do Direito Público pugnam pelo alargamento do conceito do *mérito* do ato administrativo, deixando de opô-lo à noção de *legalidade,* que estaria no pólo oposto. *Lato sensu,* abrangeria o mérito uma faixa tão ampliada que, sob certos matizes, se confinaria com o setor da legalidade. Nos pontos confinantes, em que as noções se entrelaçariam, visto serem compatíveis, comportaria o ato administrativo, viciado no mérito, exame normal pelo Poder Judiciário: a vontade da Administração, ao apresar ou valorar de modo imperfeito os fatos, retratara mal a realidade, editando um ato administrativo vulnerável.

Não obstante sedutora, esta posição é insustentável. Ampliar o conceito do mérito a êsse ponto é chegar aos motivos, aos fatos, às provas. É atribuir ao *mérito do ato administrativo* quase o mesmo sentido do *mérito processual;* é substituir o administrador pelo juiz.

A evolução do Direito Público, principalmente no resguardo das liberdades individuais, cada dia mais ampliadas, levar-nos-ia a proceder a tal revisão do conceito do mérito, ampliando-o, dentro dos sistemas jurídicos vigentes, de tal modo que, em países como o nosso, pudesse o Judiciário, a quem cabe dizer a última palavra sôbre a lesão dos direitos dos administrados, feridos pela prepotência administrativa, descer a minucioso exame da matéria que lhe é submetida, tudo fazendo para descobrir a verdadeira razão dos procedimentos examinados, traduzidos afinal pela manifestação concreta da vontade da Administração.

Esta concepção ampla do *mérito* acabaria por identificar as noções da *oportunidade* e *conveniência* com a da *legalidade,* destruindo exatamente aquilo que serve de divisor para campos independentes e permitindo uma intervenção indébita do Judiciário no conteúdo político do ato.

Cabe-nos, pois, fixar e esclarecer o entendimento restrito, tradicional e peculiar ao ato administrativo, extremando-o de quaisquer resquícios da noção processual. *Stricto sensu,* visto envolver *interêsses*[18] e não *direitos,* fica o mérito fora do policiamento do Poder Judiciário, pois diz respeito a questões da competência exclusiva do Poder Executivo, resumidas no clássico binômio *oportunidade-conveniência.* Trata-se de matiz político do ato, fundamentado em juízos de valor emitidos

---

18 "Distingue-se direito de interêsse, como espécie do gênero. Todo direito é interêsse, mas nem todo interêsse é direito. Só é direito o interêsse protegido pela norma jurídica. Ora, o dano que a ação administrativa cause aos inidvíduos, tanto lhes pode ferir um direito, como um simples interêsse. Quando fere um interêsse, não é possível ao seu titular invocar a proteção da lei, pois não tem ação quem não tem direito" (Mário Masagão, *Em Face da Constituição Federal. Não Existe, no Brasil, Contencioso Administrativo,* 1927, pág. 13). Ver: Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade,* 1940, págs. 18 e seguintes.

antes da manifestação concreta da vontade da Adminstração, expressa pelo ato administrativo. Racionalmente considerado, nada mais é o mérito do que a exteriorização do que bem se poderia denominar de *princípio da oportunidade*,[19] entendido êste como "regra que obriga a agir sempre e necessàriamente para a útil consecução de certos fins."[20]

Os autores que admitem o conceito restrito do *mérito* costumam contrapô-lo ao conceito de *legitimidade*[21] ou *legalidade*, que configurariam institutos de traços totalmente antinômicos, sem o mais leve ponto de contato.

O problema, por apresentar contornos especialíssimos, precisa ser colocado de outra maneira, porque nem se identificam, nem se repelem, como antitéticos, os têrmos componentes do conjunto *legitimidade-mérito*. Trata-se de palavras que designam campos diferentes, situados em planos distintos, mas não opostos.

6. *Legalidade e mérito.* Assim como uma corrente sustenta que *legalidade* e *mérito* são conceitos que se repelem, outra vê um equívoco nesta posição doutrinária, porque há questões de mérito que exorbitam da legalidade, como há questões de méritos que se inserem no conceito de legalidade.[22] Só determinados aspectos do merecimento (e não todos) é que são exorbitantes da noção de legalidade.[23]

"Diz-se muitas vêzes que o Conselho de Estado se recusa a controlar a oportunidade das decisões administrativas e costuma-se opor o contrôle da legalidade ao da oportunidade. E é o próprio Conselho de Estado quem faz tal afirmação."[24]

"A oposição que se estabelece entre o contrôle da legalidade, permitido ao juiz, e o contrôle da oportunidade, que lhe é interdito, é, no conjunto, quase exata, mas rigorosamente não. Mais exato é dizer que o Conselho de Estado se recusa a apreciar a oportunidade dum ato administrativo ou de conduta da Administração, *a não ser que isso seja imprescindível para apreciar-lhe a legalidade* (ou, se se prefere, a conformidade com a regra de Direito)."[25]

Quando o administrador, antes de tomar uma decisão pergunta a si mesmo: "se eu tomar esta decisão estarei atendendo o melhor que posso ao interêsse público?", estamos diante duma questão de oportu-

---

19 Antonio Amorth, *Il Merito dell'Atto Amministrativo*, 1939, pág. 25.
20 Antonio Amorth, *Il Merito dell'Atto Amministrativo*, 1939, pág. 27.
21 "E aqui cabe contrapor a noção de legalidade ou legitimidade à de merecimento. Os conceitos de legitimidade e de mérito se repelem" (Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., 1957, pág. 174, nota 9). Contra: Antonio Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, 1939, pág. 34).
22 Vítor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, 1960, pág. 266.
23 Vítor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, 1960, págs. 266-267.
24 Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9.ª ed., 1963, pág. 268.
25 Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9.ª ed., 1963, pág. 268.

nidade ou de legalidade? Responde Marcel Waline que esta apreciação envolve "a oportunidade da decisão, que se costuma opor geralmente (mas não necessàriamente) à legalidade."[26]

A verdade é que "a linha demarcadora da oportunidade pura, isenta de tôda apreciação jurisdicional e da oportunidade condicionante da legalidade, que aí está inserida é algumas vêzes incerta e resvala para o arbitrário. Algumas decisões, neste particular, são audaciosas, outras tímidas". [27]

"O contrasteamento do mérito importa num contrôle muito mais profundo sôbre a atividade da Administração Pública e daí se compreende como isso, *no âmbito jurisdicional,* tenha caráter excepcional, sendo, por conseguinte, admitido apenas nos casos expressamente estabelecidos pela lei". [28]

Convém repetir. Como irão confundir-se as noções de *legalidade* e *mérito* se designam setores tão distintos? Como se repelirão se são entidades de natureza diversa, que se movimentam em planos tão diferentes?

Não se confunde o equador com os pólos; nem se identifica: são regiões diferentes, mas não opostas. O pólo norte, porém, contrapõe-se ao pólo sul, como o positivo ao negativo, o sim ao não, o ilegítimo ou ilegal ao legítimo ou legal, o oportuno ao inoportuno, o conveniente ao inconveniente, o justo ao injusto, o útil ao inútil, o razoável ao irrazoável, o eqüitativo ao ineqüitativo.

"Há, assim, nos atos administrativos, dois aspectos inconfundíveis: mérito e legalidade. O *mérito* é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sôbre as soluções mais adequadas ao interêsse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade. A *legalidade* é a observância da lei, que vincula a manifestação da vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito". [29]

---

26 Marcel Waline, *Droit Administratif,* 9.ª ed., 1963, pág. 450.

27 Marcel Waline, *Droit Administratif,* 9.ª ed., 1963, pág. 478.

28 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali,* 7.ª ed., 1945, pág. 104, nota 134.

29 Caio Tácito, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil,* 1959, págs. 26-27.

Por outro lado, convém atentar para o sentido do elemento *motivo,* presente no ato administrativo, essencial à apuração da legalidade, mas jamais condicionante absoluto do mérito.

Motivos são as razões *por que* o órgão administrativo tomou certa decisão e podem consistir em fundamentos de direito ou em fatos. [30] No motivo se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que êle se baseia. Pela natureza mesma da atividade administrativa, êsses motivos não são livres como no campo das relações privadas. [31] São dados de fato e de direito, no pressuposto de cuja existência e autoridade administrativa se determinou a editar o ato. [32]

Se a autoridade administrativa age sem motivo legal, o ato administrativo é inválido, porque nos motivos está a razão jurídica do procedimento da Administração. O motivo precisa ser provado pelo estudo das provas. Ainda aqui estamos no terreno típico da legalidade, jamais do mérito. [33]

7. *O binômio oportunidade-conveniência.* Se, por um lado, evitam os autores o problema da definição do *mérito do ato administrativo,* limitando-se a circunscrever-lhe a área, por outro lado, não há divergência quando se trata de agrupar os infinitos matizes em que aquêle se desdobra, traduzidos na fórmula sintética expressa pelo binômio oportunidade-conveniência.

Na prática, *in concreto,* o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sôbre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, de nada decidir.

A apreciação do que é oportuno e conveniente, ou então, só oportuno ou só conveniente, abrange um *mare magnum* de reflexões do agente no apreciar o motivo do ato administrativo para depois editá-lo, ou abster-se disso, ponderando sôbre hora, dia, lugar, eqüidade, razoabilidade, justiça, economia, acêrto, moralidade, justiça, etc.

---

30 Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo,* 6.ª ed., 1963, pág. 251.

31 Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,* 3.ª ed., 1957, págs. 40-41.

32 Oreste Ranelletti, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali,* 7.ª ed., 1945, pág. 99.

33 Contra: Vítor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público,* 1960, pág. 266. Brandão Cavalcanti escreve: "É preciso, antes de tudo, não confundir o exame do *mérito,* da conveniência, da oportunidade do ato, com a motivação, isto é, a verificação da existência de motivos reais e com base legal invulnerável" (*Tratado de Direito Administrativo,* 3.ª ed., 1955, I/213).

Ao ato administrativo *oportuno* [34] opõe-se o ato administrativo *inoportuno*, assim como ao ato *conveniente* [35] se contrapõe o ato *inconveniente*.

Por aí se vê que *oportunidade* não se opõe, nem se identifica com a *legalidade*. Também é insustentável que *conveniência* se contraponha ou se identifique com legalidade. Dentro do terreno da legalidade é que a Administração vai decidir se o ato (legal) é oportuno, é conveniente. Ora, se a noção de *legalidade* nem é antética, nem se confunde com as noções expressas pelos têrmos em que se desdobra o *mérito* (porque o *mérito* = *oportunidade* + *conveniência*), como pretender, opondo ou confundindo, as noções em debate?

8. *Colocação axiológica do "mérito"*. [36] O problema do *mérito* não encontra solução completa no campo jurídico: suas raízes mais remotas projetam-se para o campo da axiologia, que fornece os elementos para esclarecer tema de tamanha relevância. Os agentes administrativos são pessoas. Como pessoas *valoram*, emitem *juízos de valor*. Ponderam.

O *mérito* não é e nem pode ser uma visão objetiva do fato. A verificação da legalidade, sim, embora não o tenha sido, no processo nomogenético [37] da norma. Medida que é da discricionariedade, implica o mérito uma concepção axiológica da realidade social e administrativa, abrigando não uma noção relativa *ao que é*, mas *ao que deve ser*.

Os agentes administrativos gozam de uma certa liberdade de valorar, dentro do campo discricionário em que se movem, não por fôrça

---

34 *Oportuno* é o "que vem ou se faz a bom tempo, quando convém ou cumpre" (Morais); "que vem a propósito" (Caldas Aulete). *Oportuno* diz respeito a momento, a tempo. Para Borsi "oportunidade é a adaptação conveniente às circunstâncias de tempo e ambiente, assim como às exigências do fim a que se deve atingir" (*Primo Trattato* de Orlando, II/2.ª parte, pág. 34). Dubisson esclarece que "nada autoriza *a priori* a dar ao têrmo *oportunidade* sentido diverso daquele que tem na língua corrente. A oportunidade, critério de valor, é apreciada em relação a normas de referência, que podem variar de um indivíduo para outro e que dependem das opiniões, crenças, clarividência, estado de informação, etc. Em pura boa fé, pode uma pessoa achar que uma decisão é a mais oportuna em tais circunstâncias e outra poderá julgar que outra decisão será mais oportuna ainda. A medida da oportunidade é, em parte, função de apreciações subjetivas e pode variar no tempo. Decisão, que poderia ter parecido oportuna no momento em que foi tomada, pode revelar-se desastrosa a seguir pois não há regras absolutas que permitam determinar sempre com o máximo de certeza, qual a decisão mais oportuna num dado momento" (*La Distinction entre la Légalité et l'Opportunité dans la Théorie du Recours pour Excês de Pouvoir*, 1958, pág. 36).

35 *Conveniente* é o "que é adequado, apropriado ou adaptado ao objeto". *Conveniência* diz respeito a fatos, lugares, acontecimentos, situações, razoabilidade, utilidade, moralidade, economia.

36 Ver: Risieri Frondisi, *Qué Son los Valores?;* Johannes Hessen, *Filosofia dos Valores;* Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 3.ª ed., 1962, I/60.

37 Miguel Reale, *Pluralismo e Liberdade*, 1963, pág. 211.

da autoridade de que se acham investidos, mas porque os juízos que formulam sôbre determinadas situações são axiológicas.

"São conceitos indeterminados, ou que se distinguem dos determinados, porque só é possível delimitá-los por duas linhas de traçado impreciso, entre as quais se situa, de modo particular, a zona de indeterminação em que se encontram os atributos cuja conveniência ao caso concreto terá de ser apreciada diante de cada espécie". [38]

Opondo-se ao *Seinurteil* ou *juízo de existência,* o *Werturteil* ou *juízo de valor* corresponde ao aspecto que os objetos apresentam de serem valiosos (*Wertsein*). Ora, assim como diante de uma obra artística variam os juízos apreciativos, em tôrno do critério estético, assim como uma visita pode ser classificada de oportuna ou inoportuna, assim como uma atitude pode ser tida como conveniente ou inconveniente, sem que tais enquadramentos se prendam a moldes fixos, predeterminados, assim também o administrador, na edição do ato administrativo, tem de travar consigo mesmo o seguinte diálogo: é legal minha decisão? Sou obrigado a tomá-la?

A primeira pergunta exige resposta positiva, porque do contrário a segunda ficaria prejudicada. A segunda, ao contrário, exige resposta negativa, porque do contrário cairíamos no ato vinculado, em que o mérito tem aspecto secundário, não sendo levado em conta. Respondidas as perguntas formuladas, com um *sim* à primeira e com um *não* à segunda, faz-se o agente a seguinte pergunta: atenderei o melhor que posso ao interêsse público, se tomar tal decisão? [39] Eis o *mérito.*

9. *Discricionariedade, vinculação e mérito.* É o *mérito* um elemento integrante da configuração do ato administrativo, embora não se situe no mesmo plano dos elementos essenciais. Relacionando-se com o *motivo* e o *objeto,* existe o *mérito* tanto no *ato discricionário,* como no *ato vinculado.*

No ato discricionário, em que a competência é livre, o administrador valora a decisão a tomar, orientando-se pelo critério da oportunidade e da conveniência. É o caso, por exemplo, da promoção por merecimento, ato que pode ser concretizado ou não pela autoridade competente, ou então, o caso de demissão de funcionário demissível *ad nutum.* Tais atos envolvem sempre o *mérito,* inapreciável pelo Judiciário, mas fiscalizados, mais tarde, pela própria Administração, se fôr o caso.

No ato vinculado, entretanto, em que o agente administrativo fica prêso a um motivo predeterminado, não podendo, pois, optar entre esta e aquela conduta, negam os autores a presença do mérito, por incompatível com a própria noção de competência estrita.

---

38 Francisco Campos, *Direito Administrativo,* 1958, vol. I/33.
39 Marcel Waline, *Droit Administratif,* 9.ª ed., 1963, pág. 450.

Entendemos que, mesmo nos atos administrativos vinculados, existe uma parcela de merecimento, se bem que, *in potentia*, não utilizável pela autoridade.

No ato de demissão de funcionário público estável, ato vinculado típico, porque ao praticá-lo a Administração tem seus podêres condicionados por pressupostos anteriores bem delineados, é possível encontrar vestígios do mérito, mas tal presença é inoperante. Não pode a Administração decidir que o afastamento do funcionário é inoportuna ou inconveniente, acarretando danos graves para o bom funcionamento do serviço público.

Do mesmo modo, na promoção por antiguidade, ato também vinculado, existem matizes de mérito, porque na pessoa do agente podem existir qualidades que o desrecomendem, bem como o instante pode ser inoportuno para o prêmio, que está condicionado ao tempo de serviço. Justa ou injusta, oportuna ou inoportuna, boa ou má, útil ou inútil, a ação administrativa está pretraçada, quer na demissão, quer na promoção, porque, antes, na esfera legislativa já se esgotou, integralmente, o aspecto político ou optativo do ato. É por isso que se diz que o mérito está ausente dos atos vinculados.

Com efeito, se a Administração levasse em conta a oportunidade ou a conveniência, na edição dum ato vinculado, estaria invadindo o terreno da legalidade. Rigorosamente, só em se tratando de discrição se pode falar do *mérito*, fator obrigatório na estrutura do ato administrativo discricionário. É sua medida.

Ao passo que na promoção *por antiguidade* não cabe indagar da oportunidade ou conveniência da medida, na promoção *por merecimento*, em que livre é a competência, é facultada à autoridade credenciada a ponderação dos motivos do ato, ou seja, as condições que determinam o prêmio, cabendo-lhe a iniciativa de guindar ou não o funcionário.

10. *Casos concretos.* Como vem sendo entendido o vocábulo *mérito*, no âmbito do Direito Administrativo, pelos magistrados brasileiros? O sentido do *mérito* ou *merecimento*, tradicional na linguagem dos processualistas, não terá influído na compreensão dêste especialíssimo aspecto dos atos discricionários?

Decidindo um caso de executivo fiscal, o Tribunal Federal de Recursos pronunciou-se no sentido de que o Poder Judiciário examine o ato administrativo em seu próprio *merecimento*: afirma ou nega a existência do próprio fato. [40] Aqui o vocábulo *merecimento* está empregado no sentido processual, acepção estranha à terminologia técnica do Direito Administrativo, quando se fala do ato administrativo. Trata-se de questão de *motivo*, não de *merecimento* do ato administra-

40 Apelação cível n.º 446, *in Revista de Direito Administrativo*, XV/109-117.

tivo, pois motivos são dados de fato e de direito, no pressuposto de cuja existência a autoridade administrativa se determinou a editar o ato.

Do mesmo modo, no seguinte passo, a nomenclatura do processo interfere na esfera administrativa, dando-se a *merecimento* sentido estranho ao que deveria ter: "Não é isenta de censuras a proposição de que o juiz só tem a ver com a existência ou não do processo administrativo, sendo-lhe defeso perquirir do que vai por seu *meercimento*. Não é assim. O preceito de lei não pode ser de tal modo sacrificado. Seria frustrar a ação do Judiciário... Na apreciação, o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá êle de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinaram". [41]

"Eu admito", pronunciou-se autorizado mestre, "e ainda recentemente assim votei em certo julgamento perante o Tribunal Pleno, que o Judiciário possa rever o ato administrativo no seu conteúdo, no seu *merecimento*, contanto que o não faça por apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida". [42]

Identifica-se aqui *conteúdo* com *merecimento*, numa clara imprecisão do têrmo técnico, excluindo-se, pois, do *mérito* exatamente o que se deve entender como tal ("a mera conveniência ou oportunidade da medida").

"A apreciação de 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 que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por "indevida aplicação do direito vigente" — decide Castro Nunes, em substancioso voto. [43]

Neste voto, dois sentidos são atribuídos ao vocábulo *mérito*, o primeiro de acôrdo com a terminologia exigida pela técnica do Direito Administrativo, o segundo, amplíssimo, influenciado pela nomenclatura processual, abrangendo, pois, a legalidade.

11. *Interdição ao Poder Judiciário do exame do mérito do ato administrativo.* O emprêgo absolutamente rigoroso da palavra *mérito* ou *merecimento* impõe-se, afastando-se, desde logo, quaisquer idéias, mesmo remotas, da terminologia processual.

Mérito não é *motivo*. Apuração do motivo pelo estudo das provas também não é mérito. Aspecto algum do mérito do ato administrativo admite revisão pelo Poder Judiciário, porque êste Poder não inva-

41 Apelação cível n.º 6.845, *in Revista Forense*, LXXVIII/494.

42 Castro Nunes, relator, *in Revista de Direito Administrativo*, III/75.

43 Castro Nunes, voto no julgamento da Apelação Cível, n.º 7.307, *in Diário da Justiça* de 9-10-1945, pág. 3.424.

de terreno privativo da Administração. Se alguma fração do *mérito*, por menor que fôsse, se entrelaçasse, confundindo-se, com a *legalidade*, estas entidades perderiam sua razão de ser, ou a *noção de legalidade*, nos setores comuns, sobrepujaria a *noção de mérito*.

Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao *mérito* o sentido exato, afirmado: "Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual da legalidade extrínseca e não do seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça". [44]

O entendimento que tem de ser firmado, quer quanto ao emprêgo da palavra *mérito*, quer quanto à sua inapreciabilidade pelo Poder Judiciário, está consubstanciado em magníficos pronunciamentos, firmados na mais rigorosa técnica do Direito Administrativo moderno: "Na apreciação dos atos do Poder Executivo, deve o juiz limitar-se a verificar sua legalidade, não entrando no *merecimento* da decisão impugnada judicialmente". [45]

"No exame dos atos administrativos, o Judiciário se limita a considerá-los sob o estrito ponto de vista de sua *legalidade*, não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça". [46]

"Injustiça do ato não significa ilegalidade do mesmo. A questão, se acatada, deslocaria o problema para o campo do *merecimento* do ato, vedado ao exame do Judiciário". [47]

Ao Poder Judiciário só compete julgar a legitimidade do ato administrativo e nunca sua oportunidade. Se tal fizesse, o juiz estaria transformado em órgão administrativo superior. [48]

12. *Conclusões.* Do estudo que fizemos, diante do sistema jurídico brasileiro, é possível chegar às seguintes conclusões:

I *Mérito* ou *merecimento* é vocábulo equívoco, no âmbito do Direito.

II Na parte processual dos vários ramos do Direito, inclusive no processo administrativo, *mérito* é o conteúdo da lide, contraposto às questões preliminares, sendo, pois, examinável pelo Juiz.

---

44 *Revista de Direito Administrativo*, III/80.

45 Supremo Tribunal Federal, ap. civ. n.º 6.385, *in Arquivo Judiciário*, XLIII/451.

46 Supremo Tribunal Federal, ap. civ. n.º 4.454, *in Arquivo Jundiciário*, XLI/301.

47 Tribunal de Justiça de S. Paulo, ap. civ. n.º 107.679, *in Revista de Direito Administrativo*, LXXV/191.

48 Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Publico*, 1950, I/190-191.

III Relativamente ao ato administrativo, o mérito tem sentido especialíssimo, referindo-se à oportunidade e à conveniência das medidas, sendo, pois, inexaminável pelo Poder Judiciário sob qualquer aspecto.

IV Assim entendido, o *mérito* ou *merecimento* não se confunde de modo algum com *legalidade* ou *legitimidade*, nem a esta se contrapõe, pela própria natureza específica dos dois campos.

V Ao Poder Judiciário é facultado o exame do *mérito do processo* administrativo, investigando se houve o fato, fiscalizando as provas através de reexame, indo aos motivos, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento. Tudo isso é exame da legalidade, porque o *mérito do ato administrativo*, continua a ser campo privativo da Administração, impenetrável ao Judiciário.