



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ROBERTO ALVES GOMES

**CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.**

**FORTALEZA
2013**

ROBERTO ALVES GOMES

CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dimas Macedo

FORTALEZA
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- G633c Gomes, Roberto Alves.
 Controle jurisdicional do ato administrativo e o princípio da proporcionalidade / Roberto Alves
 Gomes. – 2013.
 87 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
 Direito, Fortaleza, 2013.
 Área de Concentração: Direito Administrativo e Constitucional.
 Orientação: Prof. Me. Dimas Macedo.
1. Controle jurisdicional de atos administrativos - Brasil. 2. Proporcionalidade (Direito) -
 Brasil. 3. Discricionariedade administrativa. I. Macedo, Dimas (orient.). II. Universidade Federal
 do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ROBERTO ALVES GOMES

CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Áreas de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dimas Macedo (Orientador).
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Janaina Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Emanuel de Abreu Pessoa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha mãe, Rita.

Ao meu tio, Juarez.

A todos os Professores da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão da minha existência, por mais essa conquista.

À minha mãe, Rita, pelo amor incondicional e por sempre acreditar em mim em todas as etapas da minha vida, sempre me fortalecendo nos momentos difíceis.

Ao meu tio, Juarez, pelo apoio irrestrito e pela dedicação gratuita depositada no meu crescimento como pessoa.

Ao meu pai, João Jairo, que acredito que esteja a comemorar mais esta vitória de seu filho.

Aos meus irmãos, Renato, Rafael e Maria Rita, pelo companheirismo e pelo amor fraterno.

À Mirella, pelo amor e carinho demonstrados principalmente nos momentos mais árduos desta jornada.

Aos meus familiares, em especial ao meu padrasto Márcio.

Aos meus amigos, pela participação especial em mais essa vitória.

Em especial, ao Mestre Dimas Macedo, a quem tive a honra de ser aluno e orientando, pelas valiosas sugestões prestadas para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores Janaina Soares Noletto e Emanuel de Abreu Pessoa, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

RESUMO

A discricionariedade administrativa consiste em um dos mais relevantes institutos do direito público. É por meio desta liberdade conferida pelo legislador que os agentes públicos podem ditar os rumos da Administração Pública. Ocorre que o tradicional dogma da intangibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, nos tempos atuais não mais deve prevalecer. Também não mais se pode acatar a ideia de que o magistrado unicamente pode realizar um exame de legalidade acerca dos atos administrativos discricionários. Sobressai, desta feita, a necessidade de controle por parte do Judiciário da adequação dos atos administrativos para com o ordenamento jurídico como um todo, em especial para com as normas constitucionais vigentes. Neste cenário, sobreleva-se o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle dos atos administrativos, principalmente os discricionários. Tal princípio torna-se de suma importância para que os magistrados possam expurgar todo e qualquer ato administrativo ilegítimo, seja este vinculado ou não. Ocorre que este controle não se apresenta absoluto, merecendo uma especial cautela na aplicação do princípio da proporcionalidade nesta finalidade, com fito a se evitar excessos por parte do Judiciário, que resultem em uma violação à equânime separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle Judicial, Poder Discricionário, Mérito Administrativo, Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Administrative discretion consists in one of the most relevant institutes of Public Law. It is through this freedom conferred by the law that the public agents can dictate the direction of the Public Administration. It happens that the traditional dogma of the intangibility of the administrative merit by the judiciary power, in modern times, should no longer prevail. Also no longer can be accepted the idea that the magistrate can by himself perform an examination of the legality of the administrative discretionary acts. In this path, raises the need for control by the judiciary of the adequacy of the administrative acts to the law system as a whole, particularly towards the existing constitutional requirements. In this scenario, outweighs the principle of proportionality as an instrument of control of administrative acts, mainly the discretionary ones. This principle becomes of great importance for the judges to be able to expunge any and all unlawful administrative act, no matter if it's bound or not. However this control it's not absolute, deserving special caution in the application of the principle of proportionality for this purpose, aiming to avoid excesses by the judiciary which result in a violation of the equal separation of powers.

Keywords: Judicial Control, Discretionary Power, Administrative Merit, Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 14 |
| 2.1 Considerações Iniciais..... | 14 |
| 2.1.1 <i>Princípios e Regras</i> | 14 |
| 2.1.2 <i>Definição de Princípio</i> | 19 |
| 2.1.3 <i>Força Normativa dos Princípios</i> | 20 |
| 2.1.4 <i>Proporcionalidade como Princípio, Regra ou Postulado</i> | 20 |
| 2.2 Origem Teórica e Desenvolvimento Histórico do Princípio da Proporcionalidade | 23 |
| 2.3 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade..... | 26 |
| 2.4 Elementos do Princípio da Proporcionalidade | 30 |
| 2.4.1 <i>Adequação</i> | 31 |
| 2.4.2 <i>Necessidade</i> | 33 |
| 2.4.3 <i>Proporcionalidade em Sentido Estrito</i> | 34 |
| 2.5 Relação entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Razoabilidade | 35 |
| 2.6 Proibição de Excesso e Proibição da Proteção Insuficiente | 38 |
| 2.7 Princípio da Proporcionalidade e o Sopesamento | 40 |
| 2.8 Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade..... | 41 |
| 3. DO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 43 |
| 3.1 Das Noções Elementares acerca do Ato Administrativo..... | 43 |
| 3.1.1 <i>Do Conceito de Ato Administrativo</i> | 43 |
| 3.1.2 <i>Dos Elementos e dos Atributos do Ato Administrativo</i> | 45 |
| 3.1.3 <i>Da Classificação do Ato Administrativo quanto à Liberdade</i> | 48 |
| 3.1.4 <i>Do Mérito Administrativo</i> | 51 |
| 3.2 Do Poder Discricionário..... | 53 |
| 3.2.1 <i>Do Poder Discricionário e dos Conceitos Indeterminados</i> | 56 |
| 3.3 Do Controle do Ato Administrativo..... | 59 |

| | |
|--|----|
| 3.4 Do Controle do Ato Administrativo com fulcro no Princípio da Proporcionalidade..... | 68 |
| 2.4.1 Possibilidade de Controle do Mérito Administrativo..... | 68 |
| 3.4.2 Violação à proporcionalidade como vício de legalidade ou de constitucionalidade | 70 |
| 3.4.3 Da Essência do Controle com fulcro no Princípio da Proporcionalidade | 72 |
| 3.4.4 Do Controle do Ato Vinculado com fulcro no Princípio da Proporcionalidade | 77 |
| 3.4.5 Da Importância do Controle Jurisdicional exercido com fulcro no Princípio da Proporcionalidade | 82 |
| 4. CONCLUSÃO | 84 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 88 |

1. INTRODUÇÃO

A monografia em tela tem por fito analisar o controle jurisdicional dos atos administrativos com fundamento no princípio da proporcionalidade.

A problemática acerca do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário consiste em um tema que há muito tempo desperta a atenção da doutrina publicista e dos próprios Tribunais.

Inegável se apresenta a possibilidade de o controle jurisdicional recair sobre o exame de legalidade do ato administrativo. Neste ponto, não residem maiores controvérsias, posto que, em se tratando de um ato vinculado ou mesmo de um dos requisitos vinculados do ato discricionário – competência, forma e finalidade, segundo preleciona a doutrina administrativista majoritária –, a atuação do administrador deve cingir-se em averiguar a subsunção da situação à norma, não podendo afastar-se da previsão legal.

Não tão fácil e pacífico, entretanto, apresenta-se a possibilidade deste controle exercido pelo magistrado voltar-se ao mérito administrativo em si, ou seja, aos requisitos discricionários do ato administrativo, posto que intrínseco àquele está a ideia de liberdade conferida ao administrador em sua atuação.

Desta feita, sempre foi possível observar uma consonância da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o controle jurisdicional do ato administrativo estar restrito ao exame da legalidade do ato, não podendo o magistrado substituir o administrador na valoração da conveniência e oportunidade do ato discricionário, sob pena de malferimento ao princípio da separação dos poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal¹.

Ocorre que este dogma da impossibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário foi, com o tempo, sendo mitigado. O cenário jurídico em que o Judiciário permanecia inerte frente a qualquer atuação formalmente legal do administrador cedeu lugar a um controle mais rígido, pautado na proporcionalidade e na razoabilidade da conduta perfilhada pelo agente estatal.

Percebeu-se que o controle de legalidade, conquanto essencial, não era suficiente para afastar todos os vícios que poderiam recair sobre os atos administrativos, notadamente os discricionários.

¹ Constituição Federal. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

Destarte, emergiu então a necessidade de se realizar um controle pautado não só na legalidade, mas na própria observância da ordem constitucional, de modo que os atos administrativos além de submetidos ao regramento legal que lhe embasa, estão também adstritos ao cumprimento dos preceitos constitucionais, sejam estes expressos ou implícitos. Neste ponto, sobrepõe a importância do princípio da proporcionalidade.

Utilizando assim do aludido princípio, implícito em nossa ordem constitucional, os Tribunais vêm exercendo um controle sobre os atos administrativos discricionários. O fundamento da interferência em tela consiste justamente na inconstitucionalidade de condutas lesivas a tal princípio, o que possibilita ao magistrado intervir no exame da conveniência e da oportunidade do mérito administrativo.

Neste ponto reside a maior polêmica atinente à matéria, posto que não se afigura legítimo albergar o entendimento de que o magistrado deve permanecer omissos quanto a atuações explicitamente desarrazoadas e ilegítimas do administrador público, todavia, notório também se apresenta que este poder de interferência conferido ao juiz pode perfeitamente atentar contra a equânime separação dos poderes.

Destarte, no Primeiro Capítulo do presente estudo realizar-se-á uma abordagem acerca do princípio da proporcionalidade, analisando sua natureza, um pouco de sua origem histórica, o tratamento que lhe é conferido pela jurisprudência, além de seu conteúdo e de outros pontos relevantes. Para tanto, utilizar-se-á como alicerce a este estudo a doutrina de renomados doutrinadores pátrios acerca do tema, fazendo sempre que possível um paralelo das opiniões divergentes.

O Segundo Capítulo será destinado ao estudo do controle jurisdicional propriamente dito. Preliminarmente, far-se-á uma breve digressão acerca de alguns pontos oportunos acerca do ato administrativo em si, com fito a se construir embasamento introdutório ao tema. Será ainda destacada uma análise acerca do Poder Discricionário, para que se compreenda não só seu conteúdo como também os limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Finalmente, ainda no Segundo Capítulo, será destinada uma atenção ao Controle do Ato Administrativo sobre duas frentes, primeiramente, de forma genérica, para que se compreenda a essência deste e os limites que também lhe são imanentes, para só então se realizar um aprofundamento no controle pautado no princípio da proporcionalidade.

Ao final do presente trabalho, teceremos uma breve conclusão, na qual se tentará sistematizar as ideias e as considerações levantadas e defendidas ao longo deste.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Considerações Iniciais

Preliminarmente ao estudo de qualquer instituto jurídico, faz-se essencial a análise de todo o aparato que o circunscreve, de modo que para se melhor compreender o princípio da proporcionalidade, imprescindível se apresenta compreender no que consiste um princípio, bem como sua força normativa, além do que urge perfilhar se a proporcionalidade qualifica-se efetivamente como um princípio, ou não.

Desde já cumpre ressaltar que o objeto do presente tópico não consiste em aprofundar a temática da Teoria dos Princípios, haja vista que, para tanto, far-se-ia necessário um trabalho específico somente voltado a este tema. O foco da presente abordagem consiste em apresentar linhas gerais aptas a embasar o estudo da proporcionalidade.

Especificado o objetivo desta etapa preliminar, cumpre adentrar na exposição da diferenciação proposta no âmbito doutrinário entre princípios e regras para que, em seguida, possa-se tecer uma definição de princípio.

2.1.1 Princípios e Regras

A doutrina tradicional² sempre se utilizou, na análise do conteúdo dos princípios e das regras, da teoria clássica desenvolvida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas obras são verdadeiros marcos revolucionários da Teoria dos Princípios.

Nesta linha, estabeleceu-se o gênero “norma” do qual sobressaiam duas espécies: “princípios” e “regras”. Os princípios consistiam assim em normas mais genéricas que as regras, dotados de razões *prima facie*, tendo estas últimas conteúdo definitivo, aplicável no modo “tudo ou nada”. Enquanto os princípios consistiam em mandados de otimização, ou seja, normas que estabeleciam um dever a ser exercido na maior medida possível, as regras eram dotadas de uma definitividade que compelia o intérprete a, sempre que submetido a uma situação de fática que ensejasse a utilização de uma regra, obrigatoriamente aplicá-la, sem reservas ou análise de graus de eficácia.

Estabeleceu-se assim a distinção quanto à aplicação destas espécies normativas, de modo que os princípios eram aplicados por ponderação e as regras por subsunção. Não cabia, portanto, realizar uma ponderação na aplicação de uma regra: ou o substrato fático

² C.f. SILVA, Virgílio Afonso da. *Diretos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2 ed. 2 tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p43-56;

restava verificado, ensejando a regra; ou, não presente aquele, esta não era aplicável. Exemplificando-se, se uma regra “A” estabelecia que diante de uma situação “beta” dever-se-ia aquela ser aplicada, não caberia ao intérprete da norma cogitar da aplicação de uma regra “B” quando verificada a situação “beta” ou da aplicação da regra “A” diante de uma situação “alfa”. Impossível cogitar-se, portanto, em uma ponderação das razões referente à regra “A” e a situação “alfa”, posto que tal característica estava restrita aos princípios.

A aplicação de um princípio destoa desta metodologia, posto que, em virtude de sua característica finalística e de apresentar razões *prima facie*, sua aplicação deveria ser perfilhada por ponderação, e não por subsunção. Vale lembrar que os princípios não apresentam uma previsão determinativa, mas estabelecem um estado ideal da coisa a ser atingido, logo sua aplicação não pode ser por meio de subsunção, haja vista que não há uma predeterminação de uma situação fática que lhe enseje. A aplicação do princípio ensejaria, assim, uma análise das circunstâncias do caso concreto, que levariam a compreensão acerca da possibilidade de incidência, e do grau desta, bem como da viabilidade de outros princípios serem também aplicáveis ao caso concreto.

Percebe-se assim que os princípios consistem em deveres de otimização, segundo a doutrina de Robert Alexy, que deveriam ser aplicáveis em vários graus, conforme a situação concreta.

Os princípios e as regras diferenciar-se-iam, ainda, quanto aos resultados em hipóteses de conflito entre eles. O conflito entre princípios resolver-se-ia justamente pelo sopesamento destes, de modo que seria possível aplicar um princípio em um maior grau do que outro, ou até mesmo afastar a aplicação de um princípio em uma determinada situação concreta. Observa-se assim que os princípios possuíam uma dimensão de peso a ser analisada no caso concreto. Ressalte-se que, conquanto se afaste determinado princípio de uma situação concreta, aquele permanece válido e eficaz, não sendo aplicável aquela situação unicamente em virtude da colisão para com outros princípios, cujas razões acabaram por prevalecer. Abstratamente os princípios convivem pacificamente, sendo, todavia, no caso concreto possível de se verificar hipóteses colidentes.

Exemplo comum nos meios acadêmicos de demonstrar hipótese de conflito principiológico é a colisão entre o princípio da publicidade dos atos processuais e o princípio da intimidade da pessoa, que faz com que alguns processos, em virtude do interesse particular

de sigilo, tramitem em “segredo de justiça”. O princípio da publicidade cede lugar à aplicação do princípio da intimidade da pessoa, cuja dimensão de peso restou maior no caso concreto.

No caso das regras, a colisão verifica-se no plano abstrato, e não no plano concreto. Haja vista que as regras são dotadas de definitividade, hipótese em que se verifica um conflito não pode ser solucionada pela aplicação casuística de uma regra em detrimento da outra, que permanecerá válida e aplicável. Quando duas regras colidem, uma delas será inválida, posto que o sistema normativo não pode acatar a existência de uma situação fática ou normativa que seja regida por duas regras colidentes. Verificar-se-á, portanto, qual a regra válida pelos critérios da hierarquia – *lex superior derogat inferiori* –, da especialidade – *lex generalis derogat specialis* ou do tempo – *lex posterior derogat priori* –, excluindo-se a outra do ordenamento. Configurar-se-ia, portanto, um conflito aparente, posto que, invariavelmente, uma das regras deveria sucumbir para que a outra se mostrasse aplicável, com exclusividade.

Nesta linha são os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, *in verbis*:

[...] as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos. Se isso é assim, e se existe a possibilidade de conflito entre regras, é preciso que se encontre uma solução que não relativize essa definitividade. Dessa exigência surge o já conhecido raciocínio “tudo ou nada”. Se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte. Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra.³

Não obstante a importância da doutrina acima citada, bem como a imensurável valia dos trabalhos de Dworkin e Alexy na Teoria dos Princípios, desponta no cenário jurídico pátrio da Teoria dos Princípios a obra de Humberto Ávila⁴, que redefine alguns dos paradigmas propostos pela doutrina clássica para diferenciar-se princípio e regra.

Repita-se aqui que o foco do presente trabalho não consiste na análise da Teoria dos Princípios, motivo pelo qual não se realizará uma análise pormenorizada da rica doutrina de Humberto Ávila, mas apenas uma abordagem superficial e suficiente ao fim almejado pelo presente trabalho.

Segundo a doutrina de Ávila⁵, o foco da obtenção dos princípios e das regras não está no dispositivo normativo, mas sim no intérprete. Não é o dispositivo que apresenta ao

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob cit.* p47-48

⁴ C.f. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013

⁵ *Ibidem*. p34-38

intérprete um princípio ou uma regra, mas sim o intérprete que obtém do dispositivo um princípio ou uma regra, ou mesmo os dois.

Destarte, ao se deparar com um determinado dispositivo, o aplicador do direito pode dele retirar uma regra ou um princípio, ou ambos, conforme seja seu objetivo. Não há, portanto, uma exigência que de determinado dispositivo advenha um princípio ou uma regra. É possível que do mesmo dispositivo o intérprete obtenha um princípio e uma regra, como também se faz plausível que um princípio advenha de mais de um dispositivo, ou mesmo de nenhum expressamente, sendo assim uma decorrência implícita de um dispositivo ou do contexto normativo do texto – é o caso da proporcionalidade, consoante restará demonstrado mais adiante. Neste ponto, cumpre fazer transcrição de sua obra:

Ora, o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental foi privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. [...] Essas considerações demonstram que um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a construção de regras e princípios, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas, pois um mesmo dispositivo não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser um princípio e uma regra.⁶

Isso não significa, todavia, que o aplicador do direito está livre para conferir ao dispositivo a interpretação que bem entender, conforme aduz Ávila, “o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O interprete não pode desprezar estes pontos de partida”.⁷

Ao contrário do que defende a doutrina clássica, na visão de Ávila há ponderação na aplicação das regras⁸. Para ele, há ponderação na aplicação de toda e qualquer norma jurídica, não obstante esta ponderação se apresente distinta conforme se trata de uma regra ou de um princípio. Afirma também que não somente os princípios possuem uma dimensão de peso, mas também as regras.

Partindo destas premissas, o autor contesta o clássico ensinamento doutrinário de que o conflito de regras resolver-se-ia pela invalidade de uma em detrimento da outra. Afirma

⁶ *Ibidem*. p76

⁷ *Ibidem*. p37-38

⁸ *Ibidem*. p64-65

que é possível a existência de um conflito concreto, e não somente abstrato, de regras, cuja solução não implique na retirada da validade de uma delas, mas apenas na sua não aplicação neste caso concreto. Sustenta que para tanto, faz-se necessário que no caso concreto haja uma situação que, não obstante enseje a aplicação da regra, seja dotada de peculiaridades que acabem por compelir o intérprete a não utilizar a regra, sem, todavia, invalidá-la.

Estabelecidas algumas das premissas com as quais a doutrina de Ávila diverge da doutrina tradicional, no Brasil representada por Virgílio Afonso da Silva, que chega a dedicar parte de sua obra⁹ a rebater a teoria proposta por Ávila, cumpre destacar, em linhas gerais, a diferenciação proposta por este quanto à delimitação dos princípios e das regras.

Para Ávila, as regras diferenciam-se dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento, posto que as regras são primordialmente descritivas, estabelecendo as condutas a serem observadas, enquanto que os princípios são essencialmente finalísticos, visto que designam um estado ideal de coisas que deve ser observado mediante condutas necessárias para tanto, as quais não restam positivadas pelos princípios. Ou seja, enquanto as regras estabelecem as condutas que serão observadas para se alcançar um fim perseguido, os princípios promovem um estado de coisas a ser observado, para cuja realização far-se-á necessária a realização de determinadas condutas, não previstas na norma¹⁰.

Da diferenciação acima citada decorre o segundo critério de distinção proposto por Ávila: a natureza da justificação¹¹. Enquanto as regras exigem um exame de correspondência entre a situação fática e a descrição normativa, ou seja, se ocorreu no mundo dos fatos a hipótese prevista normativamente, os princípios demandam uma avaliação do resultado obtido com o estado ideal de coisas estabelecido na norma.

Por fim, os princípios e as regras diferenciar-se-iam pela natureza da contribuição para a solução do problema: enquanto as regras possuem uma pretensão de decidibilidade, haja vista pretenderem ser a solução exclusiva da questão, os princípios possuem um caráter de complementaridade, já que buscam solucionar o problema acrescentando suas razões a outras existentes no ordenamento – o que não impede, destaque-se, que um princípio singularmente considerado seja apto a solucionar uma problemática posta.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob cit.* p56-64

¹⁰ Ávila, Humberto. *Ob cit.* p78-80

¹¹ *Ibidem.* p80-83

Não obstante se reconheça a importância dos trabalhos de Alexy e Dworkin para a Teoria dos Princípios, cujos trabalhos, consoante já dito, revolucionaram o entendimento acerca de princípios e regras, abrindo assim caminhos para novas teorias, adotar-se-á, no presente trabalho, a teoria proposta por Humberto Bergmann Ávila, haja vista, *data venia*, melhor sistematiza uma diferenciação de princípios e regras no atual contexto jurídico.

2.1.2 Definição de Princípio

Com base nas premissas estabelecidas no tópico antecedente, faz-se possível estabelecer uma definição de “princípio” como sendo uma norma jurídica que estabeleça um estado ideal de coisas que deve ser observado pelo aplicador por meio da adoção de condutas necessárias para tanto.

Os princípios seriam assim marcados como normas dotadas de uma pretensão de complementaridade, cuja finalidade seria estabelecer indiretamente um conjunto de condutas necessárias que deveriam ser observadas para que se pudesse atingir a finalidade disposta na norma. Esta complementação refere-se à viabilidade da interação entre princípios diante de situações práticas, de modo que os princípios previstos em nosso ordenamento, com especial destaque para os previstos a nível constitucional, convivem em plena harmonia no plano abstrato, bem como são aplicáveis conjuntamente no âmbito concreto.

Eventuais situações de conflito resolver-se-iam pela técnica do sopesamento, que pode restringir ou mesmo afastar a aplicação de um princípio, sem, todavia, retirar-lhe a validade ou a força normativa.

Reitere-se ainda que o citado caráter de complementaridade intrínseco aos princípios não lhes diminui a força normativa, sendo plenamente viável a aplicação de um princípio isoladamente, sem interação com outras normas, em um caso concreto.

Finalizando-se uma satisfatória definição de princípios, cumpre colecionar a proposta conceitual promovida por Ávila, cuja doutrina, consoante já anteriormente explanado, segue-se:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹²

¹² *Ibidem*. p85

Conclui-se, portanto, que os princípios são normas finalísticas, dotadas de caráter de complementariedade, que estabelecem um estado ideal das coisas a ser observado no caso concreto por medidas aptas a tanto.

2.1.3 Força Normativa dos Princípios

A concepção de princípio, principalmente os alçados a nível constitucional, como sendo meramente orientações normativas, que demandam uma complementação infraconstitucional, muitas vezes por meio de regras, encontra-se atualmente superada.

Prevalece, hoje, a concepção de plena aplicabilidade dos princípios, cuja força normativa não pode ser menoscabada em virtude de conterem previsões finalísticas – ao contrário do que se verifica nas regras –. Trata-se, inclusive, de uma das vertentes do neoconstitucionalismo.

Destarte, conquanto sejam os princípios primordialmente dotados complementariedade, consoante exposto linhas alhures, tal circunstância não impede que a aplicação direta e imediata de um princípio constitucional, mesmo que de forma singular.

Esta força normativa dos princípios constitucionais se verifica, inclusive, na utilização destes no controle de constitucionalidade, bem como no fenômeno da eficácia horizontal das normas constitucionais.

Não há, portanto, como olvidar a plena aplicabilidade dos princípios constitucionais, que, quando necessário, podem incidir de forma direta na regulamentação de determinada situação, estejam estes expressamente previstos no texto constitucional ou sejam dedutíveis do conteúdo deste.

2.1.4 Proporcionalidade como Princípio, Regra ou Postulado

Uma rápida análise na doutrina e na jurisprudência já se mostra suficiente para que se atente pela preferência amplamente majoritária em se enquadrar a proporcionalidade como sendo um princípio.

Na análise da dicotômica classificação das normas em princípios e regras, também se prefere pela alocação da proporcionalidade como sendo um princípio, e não uma regra, posto que mais aparenta que a proporcionalidade busca a promover um estado ideal das coisas, do que estabelecer uma descrição normativa de uma conduta a ser observada.

Nesta linha, o aplicador estaria compelido a sempre almejar que as condutas por ele escolhidas à consecução de determinado fim, ao final se mostrassem aptas a promover uma situação de proporção, que será melhor desenvolvidas nos tópicos que se seguem.

Não obstante seja esta a posição majoritária, cumpre apresentar o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, para quem a proporcionalidade qualificar-se-ia como uma regra, e não um princípio¹³. De imensurável valia se apresenta transcrever seu entendimento:

[...] Princípio, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade[...] não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo.¹⁴

Para o autor, portanto, a proporcionalidade se qualifica como regra em virtude de não ser possível adequá-la à clássica definição de princípio como “mandado de otimização”, haja vista que a aplicação da mesma não pode sofrer condicionamentos.

Data venia, não obstante se respeite a posição do autor, não se afigura cabível enquadrar a proporcionalidade como sendo uma regra, posto que esta caracterizadamente é dotada de um caráter definitivo que se aproxima da exigência de exclusividade. A regra deve ser decisiva e abarcante, apta a sozinha solucionar uma situação específica. A abstração presente na proporcionalidade, bem como sua necessidade de complementaridade, afastam-na da regra, aproximando-a da definição proposta para princípio.

Reconhece-se, todavia, que o conteúdo da proporcionalidade não se encaixa perfeitamente na definição de princípio, motivo pelo qual se respeita ainda mais a opinião de Virgílio Afonso da Silva. Há efetivamente como que um enquadramento por exclusão: posto não se tratar de regra, qualificar-se-á como princípio.

Vale reiterar que muitos autores denominam a proporcionalidade de princípio sob uma ilusória pretensão de lhe conferir maior força frente o nosso ordenamento jurídico, na visão de que os princípios seriam superiores as regras, tratando-se de mandamentos nucleares de um sistema jurídicos, ou de seu alicerce, premissa com qual não concordamos. Os princípios não se situam em uma posição hierarquicamente superior às regras. Os princípios e as regras devem ser vistos como normas que devem obrigatoriamente interagir para que se

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob cit.* 168-169

¹⁴ *Ibidem.* p168

possa obter a tão pleiteada justiça. As regras acabam muitas vezes por delimitar o conteúdo dos princípios, ou mesmo estabelecerem a solução para eventuais conflitos.

Fechado o parêntese para se afastar a ideia de inferioridade das regras frente os princípios, cumpre retornar ao debate da natureza da proporcionalidade. Neste ponto, novamente sobressai a doutrina de Humberto Ávila.

Ávila defende que a proporcionalidade não se qualifica nem como regra, nem como princípio, mas como sendo um postulado normativo aplicativo¹⁵. Afirmar que se trata de uma norma de segundo grau, ou seja, uma metanorma, cuja finalidade é estruturar a aplicação e interação de outras normas, de primeiro grau.

Defende que a análise da proporcionalidade como princípio ou como regra não se apresenta satisfatório, posto que evidentemente nestes não se enquadra. Em suas palavras:

[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. [...]¹⁶

Virgílio Afonso da Silva critica a escolha de Humberto Ávila em denominar a proporcionalidade de postulado¹⁷. Afirmar que não se faz necessário recorrer a uma terceira via normativa para que se enquadre a proporcionalidade, não obstante assumamos que esta não se enquadra perfeitamente no conceito de regra, tratando-se assim de uma espécie de regra especial, ou *sui generis*, ou metanorma.

A proposta classificatória de Ávila apresenta-se, como a mais coerente com o conteúdo da proporcionalidade, consoante restará apresentado. Ressalte-se, a título adicional, que a definição da proporcionalidade como um postulado já encontra ressonância na

¹⁵ Ávila, Humberto. *Ob. cit.* p154-ss

¹⁶ *Ibidem.* p157

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.* p.168-169

jurisprudência pátria, inclusive em precedentes do Supremo Tribunal Federal, consoante se observa em recente julgado, de Relatoria do Ministro Luiz Fux¹⁸.

Não obstante, em virtude da ampla consolidação do termo “princípio da proporcionalidade” na doutrina e na jurisprudência, utilizar-se-á esta denominação no presente trabalho, haja vista que, conforme reiteradamente afirmado, o objetivo desta monografia não é aprofundar-se na Teoria dos Princípios.

2.2 Origem Teórica e Desenvolvimento Histórico do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não se apresenta recente na história das civilizações. A ideia genérica de proporcionalidade acompanha o próprio surgimento do direito. Desde os tempos primórdios se busca sopesar uma conduta com a sua respectiva punição de maneira a que não se obtenham situações flagrantemente incompatíveis entre o fato e o resultado jurídico deste.

Foi com base nessa ideal genérico de proporcionalidade que o sistema do “olho por olho, dente por dente” da Lei do Talião foi sendo superado, de modo que as punições corporais típicas do Código de Hamurabi passaram a não ser mais vistas como adequadas à situação. Não obstante trate-se de um progresso, este ideal de proporção e adequação não se confunde com o que hoje se denomina de princípio da proporcionalidade.

Buscando essa remota origem histórica do conceito de proporcionalidade, cujo teor mais se aproxima do filosófico do que do jurídico propriamente dito, o Professor Willis Santiago Guerra Filho faz alusão ao uso deste ideal de proporção desde os primórdios das civilizações grega e romana:

Saindo do terreno especificamente jurídico para adentrar a área contígua da moral, tem-se que, para os antigos gregos a idéia retora de seu comportamento era aquela de proporcionalidade, de equilíbrio harmônico, expressa pelas noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento. Na ética aristotélica tem-se a formalização dessas noções de senso comum helênico na ideia de “justiça distributiva”, que impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade, seu *status*, bem como por serviços (ou desserviços) que tenha prestado. Através do estoicismo se dá a introdução desse ideário grego na mentalidade jurídica romana, merecendo uma formula ao exemplar no célebre *ius suum cuique tribuere*, de Ulpiano (D. 1, 1, 1 §1). Já no antigo direito romano, contudo, pode-se identificar manifestações do princípio da

¹⁸ STF. HC 107823 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, Processo Eletrônico DJe-152; Divulgado: 06-08-2013; Publicado: 07-08-2013 (Informativo nº 714, de 5 a 9 de agosto de 2013.)

proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator.¹⁹

E arremata o jurista cearense, concluindo que o conceito de proporcionalidade acaba por se confundir com o próprio conteúdo de direito, com a imagem da proporcionalidade existente na figura da balança da Thémis, em uma magistral analogia, cuja transcrição faz-se *in verbis*:

A conclusão a que se chega nessa breve reconstituição histórica, tentativa de focalizar a ideia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria ideia do “direito”, o *aequum*, o *khanón*, a *regula*, materializada simbolicamente no *equilibrium* da balança que porta Thémis. Não é à toa, portanto, que em diversas tentativas de captar a essência do Direito se encontre, expressa ou latente, a noção de proporcionalidade, como na famosa definição de Dante, “*ius est realis ac personalis homini ad hominem proportio*”, ou no *ius est ars et aequum* do Digesto.²⁰

Finda esta análise histórica da proporcionalidade como um dogma moral ou filosófico, resta abordá-la sobre o prisma que hoje esta se apresenta no ordenamento jurídico constitucional.

Segundo preleciona a doutrina²¹, a origem do princípio da proporcionalidade, na forma em que hoje se observa, deu-se na Suíça e na Alemanha, estendendo-se posteriormente aos demais ordenamentos jurídicos dos países europeus.

O princípio em tela fora originariamente utilizado no âmbito do direito administrativo, perfil que até os dias atuais mostra-se como de imensurável valia. Neste ponto, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ocorreu com foco na atividade policial, visando a evitar os excessos da atuação dos agentes estatais²².

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade em interação com o “Direito Policial” fez com que o princípio em liça passasse a ser utilizado no controle da atuação estatal como um todo. Segundo pontifica Guerra Filho, grande parte do mérito da evolução do princípio da proporcionalidade pode ser conferida a Walter Jellinek, visto que “é

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 2 ed. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p72-73

²⁰ *Ibidem*. p73

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p44

²² C.f. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob cit.* p77-78; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p407-408

dele o mérito de ter relacionado a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo que é a discricionariedade”²³.

No entanto, com o passar do tempo, mais precisamente no final do Século XX, segundo ensina Paulo Bonavides²⁴, o princípio em tela transportou-se também para o Direito Constitucional.

Segundo o constitucionalista em liça, a evolução do princípio da proporcionalidade está intimamente relacionada à superveniência de duas concepções de Estado de Direito: a do Estado de Direito Legal e, posteriormente, a do Estado de Direito Constitucional.²⁵

Foi com o advento da concepção constitucionalista do Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade passou a ter sede constitucional. Nas precisas palavras de Paulo Bonavides:

Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-se em princípio geral do direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional do estilo daquela a que se referiu Cappelletti, relativa ao incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade.

[...] A adoção do princípio da constitucionalidade representa talvez a nota mais distintiva do Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça.²⁶

Com raízes na Alemanha e na Suíça, percebe-se que o princípio da proporcionalidade sofreu um verdadeiro salto de importância após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Após tal período, operou-se a sua incorporação ao direito constitucional, de modo a não mais acatar que condutas atentatórias, explicitamente desproporcionais, fossem perpetradas, posto que presente autorização legal para tanto. Desta feita, sobressai a incidência do princípio em tela em face da figura do legislador, que a partir de então não pode atuar incondicionadamente.

Vale lembrar que o período em debate corresponde ao do surgimento de uma nova concepção de constitucionalismo, em que se verificou uma expansão da jurisdição

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob. cit.* p78-79

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p398

²⁵ *Ibidem.* p398

²⁶ *Ibidem.* p399

constitucional, por meio da inserção de várias matérias, antes alheias ao âmbito constitucional, como sendo caracterizadoras de direitos fundamentais. Nessa ótica, destaque-se ainda a força normativa conferida às normas constitucionais, que não mais poderiam ser vistas como simples normas programáticas, não dotadas de eficácia direta, ou mesmo de aplicabilidade condicionada à intervenção do legislador infraconstitucional.

Neste cenário, relevante ainda mais se apresente o princípio da proporcionalidade, que passa a ter caráter não apenas limitador, mas como próprio instrumento indispensável ao controle dos sujeitos de direito, com destaque ao legislador e ao administrador.

2.3 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade

No que pertine ao fundamento do princípio da proporcionalidade, persiste profunda divergência doutrinária, enveredando-se correntes para vários lados.

Alguns autores defendem que o princípio da proporcionalidade pode ser extraído do princípio do Estado de Direito; outros afirmam que o mesmo decorre dos direitos fundamentais. Há ainda corrente, com nítida influência jusnaturalista, posicionando-se pela origem no direito suprapositivo, sendo assim considerado um princípio geral do direito.

Interessante se apresenta a ideia proposta por Bernhard Schlink, citada por Gilmar Ferreira Mendes, para quem o fundamento do princípio da proporcionalidade corresponderá ao respectivo resultado que se almeja com sua aplicação, de modo que se faz possível retirá-lo de qualquer das fontes supracitadas conforme se apresente a pretensão aplicativa do intérprete. *In verbis*:

Anota Schlink que tal definição não é neutra ou indiferente do ponto de vista dos resultados. Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que ao Estado incumbe solver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na ideia de Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só na relação entre o cidadão e o Estado, mas também para as relações entre os Poderes. Observa Schlink, porém, que dificilmente se pode extrair do princípio do Estado de Direito justificativa para a aplicação do princípio da proporcionalidade às relações entre a União e Estados ou entre estes e os municípios. Referida questão insere-se no âmbito do princípio federativo. Aqui, ter-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade não com fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, mas como postulado geral de Direito.²⁷

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p402

Percebe-se assim que, no plano doutrinário, várias correntes se apresentam ao intérprete, não sendo possível, e provavelmente nunca será, obter uma unanimidade quanto á questão. A título de informação, todavia, urge destacar que os precedentes mais antigos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontavam como fonte do princípio da proporcionalidade no plano constitucional os direitos fundamentais, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁸.

Vale para tanto destacar que o princípio da proporcionalidade apresentou-se historicamente, em nosso ordenamento constitucional, como um princípio implícito, não guardando, portanto, menção expressa nos textos constitucionais. Fato este que não obstou nossos Tribunais, em especial a Corte Suprema, de utilizá-lo no controle dos atos públicos, haja vista o unânime entendimento de que se tratava de uma norma implícita à Constituição – ou seja, há divergência acerca da fonte da qual se emerge o princípio em liça, mas não há resistência quanto à sua inserção implícita como parâmetro de constitucionalidade.

Não obstante, o panorama jurisprudencial modificou-se com o advento da Constituição da Federal de 1988, que, seguindo a linha principiológica das anteriores, não trouxe em seu texto previsão expressa do princípio da proporcionalidade. Na vigência do atual diploma constitucional, o princípio do devido processo legal passou a ser apontado pela nossa Corte Constitucional como o fundamento do princípio da proporcionalidade, consoante as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

Sob a Constituição de 1988 deu-se uma alteração no fundamento do princípio da proporcionalidade entre nós. Ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei n. 8.713, de 30-9-1993, que disciplinava a participação de partidos políticos nas eleições, o Tribunal enfatizou a desproporcionalidade da lei tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX).

O Supremo Tribunal Federal consolidou-se assim pela alocação do princípio da devido processo legal substancial como sendo o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade. Tal posicionamento aparenta ser o majoritário na doutrina, guardando a adesão de vários autores modernos e da jurisprudência dos nossos Tribunais pátrios.

Todavia, faz-se imprescindível colecionar o posicionamento do Ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio se apresenta como uma decorrência do

²⁸ *Ibidem.* p403-407

princípio da razoabilidade, motivo pelo qual emerge da mesma fonte constitucional: a legalidade em seu aspecto substancial. Neste ponto, de precisão cirúrgica se apresentam suas palavras:

Posto que se trata de aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter de buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. [...] ²⁹

Percebe-se assim que para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da proporcionalidade guarda intrínseca relação com o princípio da legalidade, mais precisamente com o aspecto substancial desta. Estaria, portanto, adstrito o administrador à finalidade da norma, sob pena de qualquer excesso ser eivado de inconstitucionalidade não só pela desproporcionalidade da medida, mas também pela afronta à própria legalidade administrativa.

Naturalmente se assevera que o posicionamento defendido pelo ilustre administrativista em liça tende justamente a enveredar pelo Direito Administrativo, fugindo um pouco do conteúdo constitucional da proporcionalidade. Tanto assim o é que o mesmo considera que quando há violação ao princípio da razoabilidade, que em sua visão alberga a proporcionalidade, o que efetivamente se verifica consiste em uma infringência à lei. ³⁰

Assemelha-se, assim, à corrente, na visão de Paulo Bonavides ultrapassada, consoante explanado linhas alhures ³¹, existente à época do Estado de Direito Legal, em que a proporcionalidade não possui a carga constitucional que atualmente lhe é conferida, sendo apenas uma decorrência do princípio da legalidade.

Aproveitando-se das palavras colecionadas de Celso Antônio Bandeira de Mello, cumpre expurgar qualquer entendimento de inferioridade de aplicação do princípio da proporcionalidade em virtude de ser este abstraído de forma implícita de nosso ordenamento constitucional.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p114-115

³⁰ *Ibidem.* p112

³¹ *vide* Tópico 1.2

Conforme a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra, o princípio da proporcionalidade possui eficácia plena e imediata no controle de constitucionalidade, não podendo ser sua aplicação elidida ou menoscabada em decorrência de sua não previsão expressa no texto legal.

Ainda seguindo a linha das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que se abstrai de um princípio possui a mesma força normativa deste. No direito sempre deve prevalecer a força do conteúdo da norma em detrimento da forma na qual aquela foi expressa, sob pena de restringir o administrador e o intérprete a meras máquinas de subsunção absoluta, engessando-se assim todo o aparelhamento estatal.

Acerca da importância do princípio da proporcionalidade para nosso ordenamento constitucional, pede-se vênia para apresentar transcrição um pouco extensa, todavia imprescindível, da doutrina de Paulo Bonavides:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado do direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.³²

Das próprias palavras colecionadas, percebe-se que Paulo Bonavides adota a corrente segundo a qual o princípio da proporcionalidade consiste em um princípio geral do direito, intimamente relacionado não só ao Estado de Direito, como também aos direitos fundamentais.

Por fim, com fito a afastar qualquer questionamento acerca da aplicabilidade ou da força normativa do princípio da proporcionalidade em virtude de sua não previsão expressa no texto constitucional, urge destacar que a norma não se esgota no dispositivo, bem como não se restringe a este. A norma jurídica advém não somente da interpretação conferida a um

³² BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p436

dispositivo constitucional específico, mas da interpretação sistemática de todo o texto constitucional, em lúdima aplicação do princípio da unidade da Constituição.

Destarte, não se pode confundir norma com texto, consoante elucidada Humberto Ávila em lição que merece ser transcrita:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.³³

Para que não se deixe em aberto qualquer dúvida quanto ao ponto em estudo, vale destacar que o princípio da proporcionalidade se apresenta implícito unicamente no plano constitucional, posto que, em que nosso ordenamento infraconstitucional, tal princípio possui previsão expressa em vários diplomas legais, a exemplo da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em cujo *caput* do art. 2º já se faz menção à necessidade de as condutas do administrador serem regidas pelo princípio em apreço, dentre outros.³⁴

2.4 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade perpassa pela análise detalhada de seus três elementos, ou subprincípios, como usualmente se encontra na doutrina, que o compõem: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, cumpre destacar que a análise dos subprincípios em tela deve ser perfilhada de modo gradativo, ou seja, ao se deparar com uma conduta estatal, *ab initio* analisar-se-á sua conformação com o subprincípio da adequação, de modo que, caso seja considerada adequada a conduta, passa-se à análise da necessidade e, finalmente, caso a conduta se qualifique também como necessária, conclui-se com a abordagem sobre o prisma da proporcionalidade em sentido estrito.

Há, portanto, uma relação de dependência, de modo que um ato somente será considerado necessário caso seja adequado, e somente será estritamente proporcional se for

³³ Ávila, Humberto. *Ob cit.* p33

³⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. **(Destaque não constante do texto original)**

necessário e adequado, todavia as premissas contrárias não se apresentam verdadeiras. Com base nesta relação de interdependência, a doutrina alienígena de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, colecionada na obra de Gilmar Ferreira Mendes, sustenta a supremacia da análise do elemento da necessidade em detrimento da análise da adequação. Nas palavras do Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá ser afetado o resultado definitivo ou final. [...] ³⁵

Interessante explanação acerca dos três subprincípios restou perfilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizando-se para tanto da doutrina do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Conforme expressões de Canotilho, a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica a ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é “entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. ³⁶

Conquanto elucidativa se apresente a lição transcrita, faz-se necessário ao presente estudo uma análise mais detalhada e singularmente realizada de cada um dos subprincípios, conforme se passa a fazer.

2.4.1 Adequação

O subprincípio da adequação consiste na exigência de que a conduta fruto da análise da proporcionalidade revele-se apta a fomentar o fim almejado pela norma ou pelo administrador. Trata-se assim da aptidão a produzir os resultados visados.

Inadequada, portanto, apresenta-se a conduta de cuja realização não se reverterão as finalidades subjacentes à sua produção. Tem-se assim um meio inapto a produzir os

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.* p411

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p114

resultados visados pela norma, o que ensejará na inconstitucionalidade de qualquer conduta que se utilize deste meio, posto que eivada esta de desproporcionalidade.

A definição deste elemento é apresentada de forma ímpar, utilizando para tanto de doutrina alemã, pelas lições de Paulo Bonavides, a quem se renovam os votos de confiança e admiração:

Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que este princípio se confina ou até mesmo se confunde com o da vedação ao arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.³⁷

Virgílio Afonso da Silva, em uma reflexão acerca do princípio da proporcionalidade, que em sua opinião consubstancia uma regra, e não um princípio, consoante explanado linhas alhures, afirma que a análise a ser perfilhada acerca do elemento da adequação não deve ser completa, posto que esta se afigura inviável. Aduz o ilustre autor que “aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar com uma primeira indagação: a medida adotada é adequada para fomentar o objetivo perseguido?”³⁸ Para ele, a doutrina que exige uma análise profunda e completa da adequação acaba por incorrer em um impropério, visto que se trata de uma exigência inviável. Eis suas palavras, *ipsis literis*:

A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não se sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida. Por isso a preferência pela primeira alternativa, que, de resto, é também aquela apoiada pela maioria da doutrina.³⁹

Não há como discordar das palavras do Professor da Faculdade de Direito de São Paulo – USP, haja vista que exigir o exaurimento da análise da viabilidade jurídica da medida, no que tange à proporcionalidade, ainda no primeiro elemento desta apresenta-se quase que uma utópica pretensão. Não há como prever com certeza absoluta os resultados que

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p396-397;

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.* p170

³⁹ *Ibidem.* p170

determinada medida pode ocasionar, motivo pelo qual se segue a linha doutrinária do aludido autor.

Ainda quanto à adequação, cumpre ressaltar que esse subprincípio, ou elemento, da proporcionalidade guarda íntima relação com a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador. Quanto maior a vinculação a que esteja adstrita a conduta do agente estatal, menor se apresenta a possibilidade de este agir de forma desproporcional, posto que sua conduta estará pautada na estrita legalidade. Qualquer vício de adequação, e consequentemente de proporcionalidade, aqui existente não estará relacionado à conduta do administrador, mas sim à própria previsão legal, de modo que a desproporcionalidade terá sido perfilhada pelo legislador.⁴⁰

O mesmo não se afigura possível inferir quando se observa uma maior margem de liberdade à atuação do administrador. Quanto maior a discricionariedade que lhe é oferecida, maior se apresenta a possibilidade de cometimento de excessos e mais importante se afigura o controle da proporcionalidade da conduta, posto que, neste caso, tanto a conduta como a previsão legal podem ser aptas a ensejar a inadequação e a consequente inconstitucionalidade pela lesão ao princípio da proporcionalidade. Ressalte-se que este ponto será pormenorizadamente analisado no Capítulo II.

2.4.2 Necessidade

A necessidade consubstancia-se na menor afetação possível com o meio escolhido. Também denominada como menor ingerência possível, a necessidade impõe que, dentre os meios existentes aptos a fomentar o fim almejado, seja escolhido aquele de que menor resulte prejuízos.

Estar-se-á, portanto, diante de uma pluralidade de medidas consideradas adequadas, ou sejam aptas a fomentar o fim almejado, sobre as quais será realizado o juízo de necessidade, que consiste na escolha daquela que produza a menor invasão possível, mantendo, entretanto, intacta a efetividade da medida.

Acerca do elemento em tela, oportuno se faz transcrever as palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

⁴⁰ Vide Tópico 2.4.4

Em outros termos, o meio será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.⁴¹

Nas palavras de Paulo Bonavides:

Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz/Duerig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforferlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels”).⁴²

Vale destacar que a análise da necessidade não se restringe ao aspecto da menor afetação, mas sim em uma conjugação desta com a efetividade da medida. De nada adiantaria optar-se por um meio que do qual resultem prejuízos mínimos se a efetividade da medida restar, ao final, comprometida.

Há, portanto, de se ponderar acerca da efetividade e da onerosidade da medida para que se possa chegar a um ponto de equilíbrio apto a ensejar a realização de uma conduta proporcional. Não se trata, portanto, de uma análise estática e de fácil constatação. Exige-se aqui uma profunda reflexão para que se obtenha a melhor via de satisfação do interesse público.

2.4.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito consiste na aferição acerca da viabilidade da conduta, observando-se se os resultados a serem obtidos justificam os prejuízos que serão causados para tanto. Mensurar-se-á, assim, o custo e o benefício da medida, ou seja, utilizando-se de expressão coloquial, todavia impecável ao caso, se os fins justificam os meios.

Realizar-se-á uma espécie de equação para que se conclua se o resultado visado pode fundamentar a interferência a ser perfilhada para sua obtenção. Trata-se de um sopesamento do benefício a ser auferido pela medida com os prejuízos que esta ocasionará.

Quando se verifique que a medida é demasiadamente prejudicial em relação ao benefício que dela resulta, não será possível a sua realização, por afronta ao último elemento do princípio da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.* p411

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p397

Este elemento pode ser visto, em uma analogia para fins elucidativos, como uma balança, em que de um lado estão os resultados e benefícios advindos em prol da sociedade, e do outro situam-se os prejuízos e danos resultantes do ato – seja da realização em si deste, como também do seu processo de realização. Sempre que este último lado da balança mostra-se mais “pesado” que o outro, cumpre ao administrador se abster de praticar o ato e ao magistrado expurgá-lo quando lhe submetido à análise, posto que se trata de uma conduta desproporcional, logo inconstitucional.

Nesta linha são as palavras de Humberto Ávila:

[...] O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?⁴³

Conclui-se, portanto, que a análise da proporcionalidade exige o cumprimento dos subprincípios em tela, de modo que o ato administrativo, foco do presente estudo, para qualificar-se como proporcional deve obrigatoriamente ser apto a ensejar o fim almejado pela norma que lhe é subjacente; deve resultar na menor onerosidade possível, prejudicando o quanto menos possível os interesses dos cidadãos afetados; e, por fim, deve demonstrar uma situação de plausibilidade jurídica, em que o resultado obtido pelo ato justifica o prejuízo que lhe também é decorrente.

2.5 Relação entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Razoabilidade

A relação existente entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade é por demais complexa. Não se apresenta recente a controvérsia existente acerca do real conteúdo e do alcance destes princípios, e, consoante se observa pela forte divergência doutrinária ainda existente, não há previsão para que esta questão seja pacificada.

Em uma primeira visão, que vem sendo adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não guardariam nenhuma diferença relevante, sendo, portanto, tratados como se sinônimos fossem. Não é por outro motivo que se afigura comum a utilização conjunta destes, como se tratasse de uma fórmula de ilidir qualquer crítica à utilização destes: “tal medida mostra-se desproporcional e desarrazoada” ou “há uma violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.* p195

Destaque-se que há uma forte doutrina, encabeçada por autores da lavra de Luis Roberto Barroso, que defendem a equivalência dos conceitos de proporcionalidade e de razoabilidade. Para Barroso, proporcionalidade e razoabilidade consistem em denominações diversas conferidas ao mesmo princípio.

Afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal que a proporcionalidade consiste na denominação conferida pela doutrina alemã ao princípio da razoabilidade, cuja origem remota à Inglaterra.⁴⁴

Na mesma linha se apresenta a doutrina de José Roberto Pimenta Oliveira⁴⁵, que defende existir uma fungibilidade entre a proporcionalidade e a razoabilidade.

Outra corrente, capitaneada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, defende que “o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade.”⁴⁶ Repise-se aqui que este posicionamento guarda influência da carga administrativista do autor, que tem a proporcionalidade como uma vertente do princípio da legalidade, em sua acepção substantiva, relacionando-se assim com o que o princípio administrativo da finalidade.

Não obstante a importância das correntes acima citadas, defendidas por autores de incontestável renome, a razão parece assistir à corrente que vela pela autonomia dos princípios postos em tela.

Não somente a origem histórica de cada princípio, como também o próprio conteúdo que lhes é imanente se apresenta divergente. Não há como negar que os mesmo se aproximam, na medida em que uma conduta desarrazoada invariavelmente acabará caracterizando uma lesão à proporcionalidade. Todavia, resumi-los a sinônimos não se apresenta a melhor saída.

Enquanto a proporcionalidade possui uma forte carga valorativa, primordialmente verificada na própria análise dos seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a razoabilidade acaba por focar-se unicamente na proibição de atuação explicitamente desarrazoada.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In Revista Forense. São Paulo, v. 336, pp. 125-36.

⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p192

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p114

A própria origem histórica da razoabilidade demonstra que seu papel principal consiste em vedar condutas ilógicas, incoerentes, inconvenientes, posto que, na jurisprudência inglesa, o princípio se apresenta como da *irrazoabilidade*, e não da razoabilidade.

Neste sentido se apresenta a doutrina de Virgílio Afonso da Silva, cuja transcrição literal se faz imprescindível:

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215. Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade – não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da *irrazoabilidade* e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam *excepcionalmente* irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: "se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir". Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

[...] A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.⁴⁷

Conclui-se, portanto, que conquanto similares, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se apresentam sinônimos. Também não se afigura adequado entender que o princípio da proporcionalidade encontra-se inserido no da razoabilidade, como se deste fosse decorrente. Tal ilação não se apresenta coerente posto que, além da origem diversa, possível se faz aferir que a abrangência da proporcionalidade mostra-se maior que o da razoabilidade, cuja aplicação, conforme elucidado por Virgílio Afonso da Silva, resume-se à proibição de atuação desarrazoada.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". Revista dos Tribunais 798/27: 23-50, São Paulo, 2002, p30-31

A título ilustrativo, pode-se ter uma medida que não se apresenta inconveniente, ou ilógica, não apresentando, portanto, vício algum no que tange à sua razoabilidade, não obstante seja desproporcional, basta para tanto que ela não seja a menos lesiva daquelas possíveis de serem perfilhadas (elemento da necessidade), ou mesmo não seja a medida mais apta a fomentar a proteção de direitos fundamentais (proibição da proteção insuficiente⁴⁸). Ter-se-á, assim, uma medida razoável, todavia, desproporcional.

Desta feita, melhor se apresenta entender pela autonomia e independência destes princípios, atentando sempre para qual aplicação busca dar o sujeito que os mencionam de forma conjunta, para só então compreender qual princípio verdadeiramente deve ser aplicado ao caso concreto – o que na maioria das vezes acaba por ser o da proporcionalidade, haja vista que, além de este ser mais abrangente, eventuais lesões ao princípio da razoabilidade acabam por ser enquadradas como violações ao princípio da legalidade, e conseqüentemente neste âmbito resolvidas.

2.6 Proibição de Excesso e Proibição da Proteção Insuficiente

Subjacentes à definição do princípio da proporcionalidade, faz-se possível encontrar outros mandamentos, constantemente citados pela doutrina como vinculados ao princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente.

O primeiro deles basicamente repete o ideal promovido pelo princípio da proporcionalidade, que consiste em evitar a adoção de condutas excessivamente lesivas em prol de um resultado que não justifique a gravidade da medida. A proibição de excesso (*Übermassverbot*) configuraria, assim, conforme aponta parcela da doutrina alemã, a junção dos elementos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, excluindo-se, portanto, apenas a adequação, com fito a obter mandamento impositivo que vede a adoção de condutas excessivamente lesivas.

Não se faz preciso um grande esforço cognitivo para se atentar que a proibição do excesso encontra-se englobada pelo conteúdo do próprio princípio da proporcionalidade. Não por outro motivo Paulo Bonavides designa a utilização de tantas denominações como “vacilações e ambigüidades terminológicas”⁴⁹. Aponta ainda pela própria imprecisão na utilização de tais termos pela Corte Constitucional Alemã de Karlsruhe, que, segundo afirma

⁴⁸ vide Tópico 1.6

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p402-407

o autor, chega a utilizá-los como se tivessem abrangência diversa⁵⁰, o que, conforme se observa, não se apresenta coerente.

A proibição do excesso seria assim apenas uma faceta do princípio da proporcionalidade, uma das ilações possíveis de ser deste extraído, longe de ser a única. *Data venia*, também não nos parece que seja sinônimo do elemento necessidade, como pontua Luis Roberto Barroso⁵¹, posto que esta possui objeto específico, delimitado anteriormente, com foco no aspecto da menor lesividade possível, e não na proibição de excesso propriamente dita.

Com outra abordagem em face do princípio da proporcionalidade surge a proibição de proteção insuficiente. Nesta, não se busca evitar que condutas perfilhadas pelo Poder Público venham a se demonstrar demasiadamente onerosas ou inaptas a satisfazer o objetivo que lhes é intrínseco. O centro de análise aqui é outro.

Com a proibição de proteção insuficiente se busca evitar que o Poder Público não realize satisfatoriamente as finalidades que lhe são impostas, não protegendo assim os direitos fundamentais cujo albergue lhe é imanente. Pretende-se assim que o Estado não se omita na defesa dos direitos fundamentais, assegurando o exercício destes de forma eficiente.

A perspectiva aqui é voltada para que se evite uma omissão estatal, ou seja, quando da análise dos elementos da proporcionalidade, deve o Estado atentar para que se escolha não somente a via mais adequada ao fim perseguido, menos lesiva e estritamente proporcional, mas também aquela seja revestida de melhor proteção aos direitos em jogo, sob pena de também se configurar, sob um prisma de análise diverso, uma hipótese de desproporcionalidade.

Nesta linha, Gilmar Ferreira Mendes, utilizando-se novamente da doutrina de Bernhard Schlink, aponta:

[...] Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proteção do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conetivação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como

⁵⁰ *Ibidem*. p403

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p228

desproporcional, em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)”.⁵²

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade possui as duas faces em liça. Tanto veda comportamentos excessivamente lesivos frente ao resultado a ser obtido, como também impede que sejam perfilhados atos que venham a pecar na proteção dos direitos fundamentais.

2.7 Princípio da Proporcionalidade e o Sopesamento

Pela análise dos precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que o princípio da proporcionalidade restou aplicado, faz-se possível perceber uma tendência em sua utilização como regra de ponderação em caso de conflitos jurídicos, adotando-se assim, evidentemente, a natureza de postulado defendida por Humberto Ávila.

A Suprema Corte tem utilizado, portanto, o princípio da proporcionalidade como meio apto a solucionar hipóteses de crise jurídica resultantes de conflitos de direitos fundamentais, de modo a que o sopesamento dos valores em lide seja efetuado com base na análise daquele que seja mais adequado, necessário e estritamente proporcional ao caso concreto, devendo então este preponderar.

A utilização da proporcionalidade como regra de ponderação de direitos fundamentais é severamente criticada pela doutrina de Virgílio Afonso da Silva, muito em virtude de seu posicionamento pela natureza de regra daquela.

Para este renomado autor, a proporcionalidade somente pode ser utilizada quando o sopesamento dos princípios já esteja previamente regulado por norma infraconstitucional. Desta feita, o interessado insurgir-se-á contra a disposição legal em tela, levando-a à apreciação do Judiciário com fulcro no controle de constitucionalidade, este com base na proporcionalidade.⁵³

Para Virgílio Afonso da Silva, o sopesamento e a proporcionalidade não se confundem. Não há como utilizar esta como meio à obtenção daquela. Afirmo o autor que sempre que inexistir previsão legal expressa regulando o conflito de princípios, afigura-se inviável a utilização do princípio – quem em sua visão, repita-se, consubstancia uma regra –. E explica:

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.* p412

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Diretos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, *ob. cit.* p179

[...] há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis ao caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que deve haver uma medida concreta que será testada. [...] Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, falta essa variável de referência. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.⁵⁴

Na linha proposta por Virgílio Afonso da Silva, não caberia a proporcionalidade como método de sopesamento em virtude de aquela exigir a existência de uma medida concreta, não sendo apta a ser aplicada em casos de princípios e conflitos não positivados. Nitidamente esta premissa parte justamente de sua visão da proporcionalidade como regra, a ser observada em situações casuísticas, e não abstratas.

Conquanto se respeite a opinião do autor citado, repita-se aqui que o presente trabalho adota a tese defendida por Humberto Ávila de que a proporcionalidade possui a natureza de postulado, motivo pelo qual não se vê resistência na utilização daquela como meio de ponderação em caso de conflito de direitos, ainda que sejam princípios.

O enquadramento da proporcionalidade como uma regra, ainda que considerada especial ou *sui generis*, peca por reduzir a abrangência abstrata deste poderoso postulado jurídico.

A proporcionalidade pode perfeitamente ser apta a solucionar uma hipótese de conflito de direitos fundamentais ou princípios, haja vista que mesmo no plano abstrato, faz-se possível realizar uma análise acerca de qual direito ou princípio mostra-se mais adequado, necessário e estritamente proporcional, analisando-se, para tanto, conjuntamente as finalidades de ambos os princípios e os resultados de suas aplicações, motivo pelo qual não se vê razão em expurgar-lhe tal função.

2.8 Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade

Consoante já explanado linhas alhures, a proporcionalidade se tornou em um importante instrumento de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público por parte do Poder Judiciário.

⁵⁴ *Ibidem*. p179

Tendo em vista que o princípio da proporcionalidade encontra guarita em nosso ordenamento constitucional, consoante já demonstrado, os magistrados passaram a utilizá-lo com frequência, na busca de expurgar quaisquer atos desproporcionais do âmbito público. Ocorre que esta utilização, de incontestável importância, muitas vezes tem sido utilizada de forma precipitada, tornando a conduta do próprio juiz, e não do administrador, como sendo contrário ao nosso ordenamento.

Detalhar-se-á este ponto no Capítulo subsequente, utilizando-se para tantos das importantes noções até então explanadas.

3. DO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 Das Noções Elementares acerca do Ato Administrativo

Antes de se adentrar à análise do controle judicial do ato administrativo, faz-se de suma importância abordar de forma introdutória o conceito jurídico de ato administrativo, bem como os aspectos deste relevantes ao entendimento da matéria posta em debate.

Se se busca entender o controle sobre algo, de imensa valia se faz a primordial incursão sobre o conteúdo deste algo, motivo pelo qual se reservam algumas linhas do presente trabalho à explanação acerca do ato administrativo em si.

Como todo e qualquer estudo acerca de um instituto jurídico, iniciar-se-á pelo seu conceito.

3.1.2 Do Conceito de Ato Administrativo

Para a obtenção de um satisfatório conceito de ato administrativo, faz-se oportuno socorrer-se à doutrina clássica, de modo que, fazendo uma inter-relação entre o ato administrativo e o ato jurídico em si, feliz se apresenta o conceito proposto pelo Professor Hely Lopes Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁵⁵

O conceito proposto por Hely Lopes Meirelles, consoante fácil constatação, possui uma profunda carga subjetivista, transparecendo assim que o ato administrativo nada mais seria do que um ato jurídico perfilhado pela Administração Pública.

De fato, o ato administrativo consiste em um ato jurídico praticado por algum indivíduo na qualidade de agente público – ou que detenha o exercício de função pública delegado-lhe –, não obstante, errôneo se apresenta resumir o ato administrativo a tanto.

Outros elementos se apresentam intrínsecos à caracterização do ato administrativo, motivo pelo qual se faz necessário que estejam presentes em qualquer conceito deste formulado. Trata-se da submissão ao regime jurídico público e da finalidade pública.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p154

Desta feita, o conceito ideal de ato administrativo é aquele que condensa estes três elementos, tal como o faz José dos Santos Carvalho Filho:

[...] podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.⁵⁶

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo consiste no ato jurídico perfilhado por um agente público, ou mesmo por um particular embutido de função pública, a exemplo dos concessionários e permissionários de serviços públicos, que, regido pelo direito público, vise à consecução de um determinado interesse público.

Vale acrescentar, para que se expurgue qualquer possibilidade de cometimento de injustiça, que o próprio Hely Lopes Meirelles reconhece como essenciais à caracterização do ato administrativo os elementos acima expostos, consoante posteriormente ensina o brilhante publicista:

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores [...]; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.⁵⁷

O ato administrativo representa, portanto, a exteriorização da vontade do Poder Público. Vale, para tanto, lembrar que o Estado não é um ser corpóreo, tangível. É por meio de seus agentes públicos, revestidos da função administrativa, que o Estado perfilha suas condutas, na busca da realização do fim público.

Não por outro motivo encontram-se superadas as teorias que buscavam explicar a relação entre o Estado e os agentes públicos como sendo fruto de uma espécie de concessão de poderes para atuar em seu nome.

A relação entre o Estado e os agentes públicos não pode ser vista como equivalente a uma relação de representação ou a um mandato. O indivíduo que se encontra exercendo a função pública não atua em nome do Estado, ou à sua ordem. O agente atua como se fosse o próprio Poder Público. A conduta perfilhada por um servidor público não está

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.* p109

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p155

sendo praticada por um indivíduo em nome do Estado, mas sim pelo próprio Estado. Trata-se aqui da adoção da Teoria da Imputação, também conhecida como teoria do órgão, que preleciona que a vontade do Estado se confunde com a vontade do agente.

Uma esdrúxula, todavia elucidativa, analogia feita pela doutrina consiste na relação entre a mão do indivíduo e o próprio indivíduo. Na qualidade de órgão do indivíduo, a mão não pode ser vista de forma isolada e independente, de modo que ao deferir-se um soco em outro indivíduo, que age não é a mão, mas o indivíduo.

Concluída a análise acerca do conceito do ato administrativo, cumpre deter certa atenção a outros pontos atinentes ao ato administrativo que possam vir a ser uteis à devida compreensão do tema do presente estudo.

3.1.2 Dos Elementos e dos Atributos do Ato Administrativo

A delimitação de quais seriam os elementos e quais seriam os atributos do ato administrativo não encontra uma uniformidade plena na doutrina pátria, motivo pelo qual, tendo em vista a finalidade precípua do presente estudo, utilizar-se-á a posição que prevalece tanto no âmbito doutrinário quanto nos Tribunais, sem, contudo, olvidar-se de fazer menção a algumas posições divergentes que merecem ser destacadas.

Quanto aos elementos, faz-se possível destacar a existência de cinco elementos: competência, objeto, motivo, finalidade e forma. Tais elementos encontram-se intrínsecos a todo e qualquer ato administrativo, de modo que a inexistência ou o vício atinente a qualquer destes resultará na invalidade do ato, ensejando assim a sua anulação seja na via administrativa, por meio da autotutela – controle administrativo do ato –, seja na via judicial, por meio do controle jurisdicional do ato.

O próprio ordenamento legal elenca tais elementos como sendo da essência do ato administrativo, na medida em que positiva como causa de nulidade do ato administrativo a existente de defeito em qualquer destes. Trata-se do art. 2º da Lei 4.717/65, que regula a ação popular.

A existência e a importância dos elementos do ato já foram destacados, todavia ainda se faz necessário delimitar em que consiste cada elemento.

A competência, ou sujeito competente, consiste na necessidade de o ato administrativo ser perpetrado por agente público competente. Vale lembrar que a

Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que faz com que a atuação de qualquer agente público esteja adstrita ao previsto em lei. Deflui daí que a competência, no âmbito público, deve estar legalmente prevista, não podendo assim o servidor extrapolar dos limites legais que lhe são estabelecidos.

O objeto do ato administrativo trata-se da essência deste, do efeito jurídico que se busca obter com o ato. Consoante disposto na conceituação de ato administrativo, este se presta, genericamente, a criar, modificar ou extinguir direitos, de modo que este conteúdo do ato configura seu objeto.

O motivo, ou causa, consiste na razão pela qual o ato está sendo praticado, trata-se, a grosso modo, do substrato fático ou jurídico que enseja a edição do ato. Consoante ressaltado por Hely Lopes Meirelles, “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”.

A finalidade consubstancia-se no objetivo de interesse público a ser alcançado. Do próprio conceito de ato administrativo exposto linhas alhures se viu presente a finalidade como essencial ao ato, na medida em que este deve sempre buscar o atendimento de um fim público.

A forma representa a vinculação do agente público ao caminho legalmente previsto para a edição do ato. Intrinsecamente ligada aos princípios da legalidade e da publicidade, urge destacar que o ato administrativo é um ato solene, não albergando o Direito Administrativo o informalismo típico do regime jurídico privado.

Cumpra ainda fazer uma breve menção à classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem alguns dos elementos elencados pela doutrina majoritária não se traduzem, propriamente em elementos, posto que são extrínsecos ao ato. Para o autor, caracteriza-se como elemento aquilo que é intrínseco ao ato, compondo-o como “parte de um todo”. Nas suas precisas palavras:

É fácil perceber-se que, dentre estes chamados ‘elementos’, nem todos realmente o são. Donde a impropriedade do uso da palavra para designar o conjunto batizado sob tal rótulo. Com efeito, o termo ‘elementos’ sugere a ideia de ‘parte componente de um todo’. Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como ‘partes’ do ato, pois lhe são exteriores, [...].⁵⁸

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p396

Celso Antônio Bandeira de Mello, desta feita, prefere abordar a matéria sob outro prisma de análise, separando os elementos do ato propriamente ditos, que em sua visão restringem-se à forma e ao objeto, dos pressupostos do ato, que lhe são externos. O autor ainda subdivide os pressupostos em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

A classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello não será detalhadamente aprofunda, em virtude de fugir tal análise do foco do presente trabalho. Não obstante, fez-se imprescindível mencionar tal posicionamento, posto que de brilhantismo singular.

Acerca dos atributos do ato administrativo, novamente utilizando-se da corrente doutrinária majoritária, faz-se possível mencionar três incontestáveis características do ato administrativo: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

A presunção de legitimidade consiste na fixação da premissa de que todo ato exarado por agente estatal, no exercício da função pública, está em consonância com o ordenamento jurídico, ou seja, não padece de nenhum vício invalidante. Obvio de se apresenta que esta presunção é relativa – *iuris tantum* –, sendo assim plenamente possível afastá-la tanto na via administrativa como judicial, desde que o administrado comprove a existência de alguma ilegalidade no ato. A presunção de legitimidade resulta assim em uma distribuição do ônus probatório da ilegalidade do ato sempre ao administrado, posto que paira em prol do Estado a presunção de que seus atos são legais.

Há de se destacar que a autorizada doutrina subdivide a presunção de legitimidade em presunção de legalidade e presunção de veracidade, estando a primeira relacionada à legalidade em si do ato, e a segunda à veracidade dos fatos subjacentes à edição daquele.

Quanto à imperatividade, também conhecida como coercibilidade, trata-se do atributo que confere ao ato administrativo a característica de ser cogente, ou seja, obriga os indivíduos a quem é direcionado, não sendo permitido, portanto, que o administrado se escuse de cumprir uma ordem legal exarada em ato administrativo.

No que se refere à autoexecutoriedade, consiste na desnecessidade de a Administração se socorrer ao Poder Judiciário para que possa conferir exequibilidade ao ato exarado. Fazendo uso da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “significa ela que o ato

administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado”⁵⁹.

Oportuno se faz novamente destacar posição minoritária na doutrina, da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰, para quem a tipicidade constitui um dos atributos do ato administrativo. Conquanto não se concorde com tal entendimento, posto que acreditamos que a tipicidade não se traduz propriamente em um atributo do ato administrativo – haja vista não lhe conferir nenhuma condição jurídica mais favorável –, mas sim em uma característica deste atrelada ao elemento da forma, não há como deixar despercebida o louvável ensinamento da autora.

Repita-se que a abordagem perfilhada no presente tópico não visa a esgotar a análise acerca dos elementos e dos atributos do ato administrativo, sob pena de resumir-se o estudo em epígrafe a tanto, mas sim a apenas tecer uma consideração genérica apta a substanciar a introdução à problemática central do trabalho científico em tela: o controle judicial do ato administrativo com fundamento no princípio da proporcionalidade.

3.1.3 Da Classificação do Ato Administrativo quanto à Liberdade

Dentre as várias classificações e sistematizações realizadas no plano doutrinário acerca do ato administrativo, faz-se imprescindível deter-se à diferenciação proposta acerca da liberdade conferida ao administrador no que atine à edição do ato administrativo.

Quanto a este ponto específico, o ato administrativo pode ser qualificado como vinculado ou discricionário.

Considera-se como vinculado o ato administrativo em que a vontade do administrador é desconsiderada. O sistema normativo não confere ao agente estatal uma margem de liberdade no momento da edição do ato, de modo que há uma espécie de subsunção absoluta do ato administrativo a um substrato fático ou jurídico: verificada determinada situação de fato ou de direito, obrigatoriamente se deve exarar específico ato administrativo. Não haveria, portanto, outro caminho ao administrador que não a realização daquele ato administrativo.

Percebe-se assim que, no ato vinculado, a situação que lhe enseja está legalmente prevista de modo cogente, resultando assim que, observadas as situações previstas na lei para

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob.cit.* p134

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p208-209

a realização de um ato vinculado, cabe ao administrador, quase que de forma automática e mecânica, exará-lo. Nas palavras do eminente mestre Hely Lopes Meirelles:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.⁶¹

Faz-se salutar perceber que, tratando-se de ato vinculado, verificada as condições legais previstas para a sua realização, o interessado passa a gozar de um direito subjetivo ao ato, posto que não há, neste ponto, faculdade ao administrador, cuja conduta deve obrigatoriamente se voltar ao implemento da edição do ato, sob pena de, diante de resistência ou omissão, a parte interessada poder socorrer-se junto ao Judiciário.

Contraopondo-se ao ato vinculado está o ato discricionário, em que se verifica uma maior margem de liberdade na atuação do administrador. No ato discricionário, o ordenamento legal prevê uma maior gama de opções ao agente público, que pode, diante da verificação de determinada situação fática ou jurídica, realizar o ato administrativo mais adequado ao interesse público, conforme seu entendimento e, obviamente, a permissão legal para tanto.

Sobressai, no ato discricionário, a figura da conveniência e da oportunidade, requisitos aferíveis pelo administrador quando do possível implemento do ato administrativo. Compete ao agente estatal valorar a necessidade de se realizar o ato, bem como o momento e modo adequados, tendo em conta, obviamente, sempre o melhor desempenho do interesse público.

Ressalte-se ainda que o ato discricionário não se apresenta como uma ato completamente à margem da vontade do agente estatal. Ainda que qualificado como discricionário, o ato administrativo ainda guardará elementos vinculados, cujo modo ou oportunidade de implemento estarão fora do alcance do administrador. Trata-se da competência, da finalidade e da forma do ato administrativo. Tais elementos encontrar-se-ão sempre vinculados à disposição legal.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p172

Percebe-se assim que a discricionariedade do ato administrativo encontra-se adstrita ao objeto e ao motivo do ato, elementos que consubstanciam o mérito administrativo, que será devidamente abordado em subitem especificamente a ele destinado.

Acerca do ato administrativo discricionário, disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é o discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária a lei.⁶²

Ainda no que pertine à doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cumpre fazer menção ao entendimento da autora de que, também diante da omissão legal, verificar-se-ia a discricionariedade, mais precisamente nos casos em que não fora possível ao legislador prever situações que viessem, no futuro, a ocorrer.⁶³ O entendimento da autora apresenta-se razoável, na medida em que não se afigura cabível admitir uma fossilização da Administração em virtude da demora, por parte do Judiciário, da atualização das normas legais às novas situações.

Não obstante, faz-se necessário deixar claro que a discricionariedade não pode defluir da inexistência de norma legal regulando a questão, hipótese que, conquanto não seja idêntica à levantada pela autora, guarda perigosa semelhança. Nesse ponto, estamos com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o ‘poder’ discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente)” seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.⁶⁴

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* – p219

⁶³ *Ibidem.* p220

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e o Controle Jurisdicional*. 2 ed., 11ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p13

Percebe-se assim que a discricionariedade resultante de uma omissão legal só pode ser aceita se esta for plenamente dedutível da própria essência da norma, estando assim em plena consonância com a *mens legis*. Destaque-se, entretanto, que se trata de situação excepcional, sob pena de uma vulgarização que resultaria em uma violação frontal ao princípio da legalidade.

Aproveitando-se ainda da doutrina acima transcrita, cumpre aqui destacar a diferença entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Enquanto a discricionariedade apresenta-se dentro dos parâmetros de legalidade, sendo inclusive essencial à realização da função administrativa, a arbitrariedade consiste em um vício que macula o ato administrativo.

Sempre que a conduta do administrador foge aos parâmetros legais, ultrapassando a barreira da discricionariedade para se chegar à arbitrariedade, estar-se-á diante de um ato ilegal. Ato arbitrário consiste no ato administrativo perfilhado com fulcro em interesses privativos do agente públicos, distanciando-se aqui da consecução do interesse público.

Sobre o tema, precisas são as lições de Hely Lopes Meirelles:

[...] ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido.⁶⁵

Conquanto haja, na prática, uma linha tênue entre discricionariedade e arbitrariedade no Direito Administrativo, percebe-se que aquela é imprescindível ao exercício da função pública, enquanto que a última consubstancia uma das maiores máculas existentes no interior de um Estado Democrático de Direito, resultante de gestores corruptos que visam única e exclusivamente a utilizar-se da máquina pública para favorecimento pessoal.

Cumpre destacar que a análise da discricionariedade será ainda melhor aprofundada em tópico destinado a tanto, configurando as palavras tecidas linhas alhures como uma mera introdução ao tema.

3.1.4 Do Mérito Administrativo

Concluída a abordagem preliminar acerca da classificação do ato administrativo quanto à liberdade conferida ao administrador, já se faz possível tecer uma definição acerca do que consista o mérito administrativo.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.* p173

Consoante visto, mesmo no ato administrativo discricionário se faz presente elementos vinculados, de modo que a margem de liberdade do administrador repousa no motivo e no objeto do ato. Desta feita, o mérito administrativo caracteriza-se justamente na valoração feita pelo agente público destes dois elementos.

O mérito administrativo consubstancia, portanto, na valoração feita pelo administrador acerca dos elementos motivo e objeto do ato administrativo a ser exarado, tendo por foco um exame da conveniência e da oportunidade na realização do referido ato. A partir do momento em que o ordenamento legal possibilita ao agente público escolher, com vistas obviamente à satisfação do interesse público, o melhor momento e a melhor forma de se realizar determinado ato, estar-se-á diante de um ato administrativo discricionário, sendo justamente nesta escolha onde recai a existência do mérito administrativo.

Sempre precisas se apresentam as palavras de Hely Lopes Meirelles, para quem o mérito administrativo consiste na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”⁶⁶.

Não se faz difícil perceber que o mérito administrativo não se apresenta compatível com os atos vinculados, na medida em que estes não conferem ao administrador a possibilidade de se valorar acerca da conveniência e da oportunidade na realização do ato.

Ainda no que pertine ao mérito administrativo, cumpre destacar que o exame deste cabe exclusivamente ao administrador, não podendo o Judiciário interferir, sob pena de violação à separação dos poderes. Consoante ensinamento clássico da doutrina, ao Poder Judiciário cabe apenas rever o ato administrativo no que se refere ao exame da legalidade do ato, e nunca no exame do mérito.

Não obstante, prevalece atualmente no âmbito jurisprudencial a possibilidade de o magistrado rever atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da proporcionalidade, o que configuraria um exame de constitucionalidade. Ocorre que esta revisão acaba por relativizar o dogma da intangibilidade judicial do mérito administrativo, consoante será abordado em momento oportuno.

⁶⁶ *Ibidem*. p160

3.2 Do Poder Discricionário

Tamanha a importância da discricionariedade para o âmbito administrativo que sobressai esta como sendo, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, uma das “prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”⁶⁷.

Trata-se, a bem dizer, da prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico ao agente estatal para que este possa valorar a conveniência e a oportunidade de determinado ato administrativo, com vistas à satisfação do interesse público e ao adimplemento da finalidade legal.

O poder discricionário consiste assim no poder-dever de o administrador valorar determinadas circunstâncias fáticas ou jurídicas diante de um comando legal aberto a tanto para que se possa chegar à melhor solução albergada pela norma.

Tal situação ocorre, vale repisar, visto que não se afigura possível ao legislador prever como vinculadas todas as condutas do poder público. Determinadas situações demandam uma margem de escolha ao administrador para que este possa melhor adequar o ato administrativo ao interesse público e à finalidade da lei.

Consoante ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁸, se o legislador optou por positivizar uma situação que enseja uma maior liberdade ao administrador foi justamente por que tal discricionariedade se mostrava imprescindível ao caso concreto, do contrário teria optado por estabelecer uma hipótese de vinculação.

Há de se destacar, no entanto, a existência de importante parcela doutrinária que pontifica não se qualificar a discricionariedade como um verdadeiro poder, na linha da doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

Quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração.⁶⁹

Conquanto se respeite a posição em tela, prefere-se aqui seguir a linha da corrente majoritária, que pontifica a discricionariedade como um verdadeiro poder-dever da Administração. Assim entende José dos Santos Carvalho Filho:

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.* p53

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional. Ob. cit.* p32-33

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p 90

[...] Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração Pública, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.⁷⁰

Reduzir a discricionariedade a mero atributo de outro poder ou de competência administrativa consiste em menoscabar um dos mais importantes pontos de discussão do direito público. Além do que, o fato de a discricionariedade poder ser encontrada no âmbito de outros Poderes, como o Disciplinar ou o Hierárquico, não a descaracteriza como sendo também sendo um Poder da Administração. Para tanto, basta atentar para a inevitável existência de inter-relação entre os Poderes Disciplinar e Hierárquico, que são, na visão de Di Pietro, autênticos poderes administrativos⁷¹.

Finalizada esta introdução ao Poder Discricionário, cumpre melhor delinear seu conteúdo, começando pelos elementos que a ensejam.

A discricionariedade se verifica conforme haja na previsão legal certa margem de atuação conferida ao administrador, seja na valoração da conduta que possa ensejar o ato – motivo, seja na escolha do conteúdo do ato propriamente dito – objeto. Há discricionariedade ainda quando o legislador delega ao administrador a escolha do melhor momento para a realização do ato.

A título exemplificativo, se há uma norma prevendo que pessoas com mais de 60 anos de idade terão preferência no atendimento hospitalar, não cabe ao intérprete valorar acerca da conveniência e da oportunidade da medida. Verificada a situação prática, ou seja um indivíduo com 63 anos de idade, caberá a aplicação imediata da norma, conferindo-lhe preferência no atendimento. Situação diversa verificar-se-ia se a previsão normativa fosse no sentido de conferir preferência no atendimento hospitalar a pessoas idosas. Nesta situação, caberia ao administrador valorar quem se enquadraria e quem restaria excluído do conceito de idoso.

Há de se destacar que a liberdade conferida ao administrador não é absoluta, estando restringida por limites, como a própria finalidade da norma. Mantendo-se no exemplo acima, imagine-se que a Administração tenha, por meio de seu poder regulamentar, exarado Decreto no sentido de que seriam idosos os indivíduos com mais de 30 anos. Afigura-se óbvio

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.* p54

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p90-ss

que a atuação estatal está eivada de ilegitimidade, posto que não está de acordo com a finalidade da norma e apresenta-se explicitamente inadequada, merecendo assim invalidação pelo Judiciário.

Situação diversa seria se a previsão fosse de que idoso seria o indivíduo com mais de 70 anos. Neste ponto, não caberia ao magistrado invalidar a decisão tomada pelo administrador por entender que o correto seria estabelecer que maiores de 60 anos fossem idosos, sob pena de invadir o mérito administrativo. A discussão em tela será melhor abordada mais adiante.

Retornando à caracterização da discricionariedade, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello que esta pode ser decorrente de três “causas normativas”: da “hipótese da norma”, do “comando da norma” e da “finalidade da norma”⁷².

A “hipótese da norma” seria a previsão legal imprecisa da situação fática que enseje a realização do ato, cabendo ao administrador valorar se determinada circunstância fática enquadrar-se-ia na hipótese de incidência da norma. O “comando da norma” seria a margem de liberdade conferida ao administrador em escolher o objeto do ato, ou melhor, se o ato será ou não realizado; o momento adequado para esta realização; o modo desta realização – medida adequada dentre as previstas.

Quanto à “finalidade da norma”, o publicista em comento afirma que a finalidade da norma é apontada por valores, de modo que as palavras que buscam designar estes valores acabam por conferir conceitos plurissignificativos, o que ensejaria assim a discricionariedade.⁷³

Data maxima venia, não nos parece que da finalidade da norma possa emergir a discricionariedade. A finalidade do ato administrativo, e conseqüentemente da norma que lhe dá substrato, consiste em um elemento sempre vinculado. O legislador, quando prevê um ato administrativo pode não ser apto a deduzir todas as situações fáticas que possam ensejá-lo, ou mesmo não ser idôneo conferir-lhe uma feição vinculada em decorrência da necessidade de uma maior maleabilidade do seu objeto, com vistas sempre à satisfação do interesse público. Não obstante, a finalidade do ato administrativo será sempre prevista de forma vinculada, não cabendo ao administrador exercer qualquer juízo de valor acerca desta, mas somente realizar a

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e o Controle Jurisdicional. *Ob. cit.* p18-19

⁷³ *Ibidem.* p19

ponderação da conveniência e da oportunidade na realização do ato, com fulcro justamente no adimplemento daquela.

Sobre outro prisma, acreditamos que a discricionariedade presente em uma norma cuja finalidade consiste em salvaguardar a “segurança pública” ou a “moralidade administrativa” não está propriamente na finalidade, mas sim no objeto do ato, que, na maioria das vezes, conferirá ao intérprete um conceito vago e impreciso, apto a ser preenchido no caso concreto.

Quanto a este conceito vago ou impreciso, cumpre delineá-lo de forma mais pormenorizada, posto que de relevante valia ao entendimento do Poder Discricionário.

3.2.1 Do Poder Discricionário e dos Conceitos Indeterminados

Forte controvérsia doutrinária reside na caracterização dos conceitos indeterminados como ensejadores de discricionariedade. Seria possível aferir que de um conceito vago e aberto utilizado pelo legislador emanasse uma margem de escolha conferida ao intérprete? Estaria a norma delegando ao administrador a complementação deste conceito impreciso?

Primordialmente, faz-se imprescindível delinear no que consiste um conceito vago. Trata-se de um determinado elemento normativo cuja abstração se apresenta como marco determinante. Conceitos indeterminados são aqueles que não podem ser abstratamente delineados de forma singular, posto que albergam uma infinidade de situações. Seria como que um elemento de conteúdo genérico apostado de forma abstrata para que, no caso concreto, fosse possível retirar as situações fáticas ou jurídicas – espécies – por ele compreendidas.

São exemplos de conceitos indeterminados “segurança jurídica”, “boa conduta”, “relevante interesse”, “urgência”, dentre vários outras expressões comumente encontradas em dispositivos normativos.

Para uma parte da doutrina, os conceitos indeterminados não podem ser vistos como aptos a ensejar a discricionariedade, posto que a generalidade e a imprecisão que lhes são iminentes unicamente seriam verificáveis no plano abstrato. Quando submetida a norma a uma situação concreta, far-se-ia possível delinear o campo de abrangência daquele conceito de forma clara e inequívoca, não ensejando, portanto, valoração por parte do administrador.

Desta feita, a problemática inerente aos conceitos imprecisos estaria situada no campo da interpretação da norma, e não de discricionariedade. Seria assim perfeitamente aferível pelo Judiciário, e não caberia aqui de se cogitar pela existência de uma margem de atuação ao administrador na valoração destes conceitos.

Não obstante seja respeitável a corrente doutrinária em tela, perfilha-se aqui a vertente doutrinária oposta, adotada, entre outros, pelo Celso Antônio Bandeira de Mello, que acredita ser possível retirar dos conceitos indeterminados a discricionariedade.

Para tanto cumpre destacar que a primeira corrente não se equivoca ao afirmar que a generalidade de um conceito indeterminado, presente no plano fenomênico, pode ser extirpada no “mundo dos fatos”. Ocorre que esta premissa não é absoluta.

Consoante pontua Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴, há situações concretas em que efetivamente se faz possível aferir se determinada situação encontra-se ou não albergada pela previsão normativa de um conceito indeterminado, todavia não são todas as hipóteses fáticas ou jurídicas que assim se qualificam. Sempre haverá uma zona cinzenta em que será imprescindível um verdadeiro juízo de valor para enquadrá-la ou não.

Exemplificando, quando o constituinte utilizou-se da expressão “notável saber jurídico” para restringir o acesso de indivíduos a cargos públicos, inegavelmente imprimiu na situação uma necessidade de valoração por parte do administrador acerca do conteúdo deste conceito. Um indivíduo que seja graduado em Direito por uma Universidade renomada no cenário nacional e que, além de ter vários títulos acadêmicos, seja autor de várias conceituadas obras indubiosamente perfaz a condição de ser detentor de “notável saber jurídico”; já outro sujeito que seja formado em Engenharia e nunca tenha se aventurado na seara jurídica evidentemente não se enquadra na hipótese normativa.

Ocorre que nem sempre estará o administrador submetido a hipóteses tão extremas como as propositadamente delineadas acima. Há casos que se enquadram na linha tênue que separa o enquadramento e o não enquadramento na hipótese normativa. Ainda na situação acima mencionada, imagine-se um advogado que, conquanto tenha uma vasta experiência forense, não tenha altos títulos acadêmicos e nem seja um renomado doutrinador pátrio. Estaria este sujeito enquadrado no conceito de “notável saber jurídico”?

⁷⁴ *Ibidem.* p22

Há de se reconhecer que os conceitos indeterminados, em determinadas hipóteses, que na maioria das vezes são as submetidas ao Judiciário, exigem do administrador mais que uma simples atividade interpretativa de subsunção do caso à norma. Nestas situações, diante da não especificação do legislador, faz imprescindível um efetivo juízo de valor por parte do aplicador da norma.

E sempre que a escolha do administrador não se mostrar explicitamente desarrazoada – como nas hipóteses extremas acima delineadas –, mas sim possível de ser compreendida, em virtude da citada zona cinzenta intrínseca a estes conceitos imprecisos, restará a conduta qualificada como legítima, de modo a não ser possível de ser substituída pela aferição subjetiva de um magistrado. Quanto ao controle judicial em si, restará este melhor delineado em tópico especificamente destinado a tanto.

De extrema valia se faz, na linha do posicionamento aqui adotado, colecionar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, *in concreto*, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes.⁷⁵

Ainda quanto ao tema, cumpre apresentar uma terceira vertente doutrinária, que se posiciona de forma como que equidistantes das duas anteriores. Para alguns autores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶ e Leonardo José Carneiro da Cunha⁷⁷, a discussão em tela pode ser analisada sob dois feixes: caso o conceito indeterminado qualifique-se como uma regra de experiência, de forte caráter empírico, não haverá discricionariedade, mas simples exercício de atividade interpretativa, logo possível a aferição da questão pelo Judiciário; tratando, no entanto, de um conceito de valor, para qual se apresenta imprescindível uma valoração por parte do administrador, estar-se-á diante de uma situação caracterizadora de discricionariedade.

⁷⁵ *Ibidem*. p23-24

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p222-223

⁷⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10 ed., rev. e atual. – São Paulo: Dialética, 2012, p624-626

Conquanto louvável seja a posição em tela, apresenta o empecilho de deixar vago o real conceito de regra de experiência, bem como quem seria efetivamente o sujeito apto a valorar esta. Não há dúvidas que o magistrado, ao longo do exercício de sua função, acaba por verificar que determinadas situações se repetem, o que geraria assim as denominadas regras de experiência. Ocorre que, teoricamente, caso o legislador positivasse uma hipótese normativa, submetida a uma regra de experiência, direcionada ao administrador não seria esta imanente ao exercício da função administrativa? Seria idôneo acreditar que o magistrado, que não se encontra envolvido na tarefa executiva, afigura-se como o sujeito apto a valorar uma regra de experiência direcionada ao administrador público? Extirpando-se, obviamente, as situações extremas, mais plausível se apresenta acreditar que ao agente público do Poder Executivo cabe valorar as regras de experiência que são inerentes a sua função.

Ao cabo desta análise acerca do Poder Discricionário, cumpre delinear as restrições às quais este está submetido, adentrando-se assim ao exame do controle judicial, matéria que exige uma maior atenção, motivo pelo qual se reserva um tópico específico para o tema.

3.3 Do Controle do Ato Administrativo

Quanto ao tema controle judicial do ato administrativo, a clássica lição, que não poderia deixar de ser aqui mencionada, consiste em positivar que a legalidade do ato administrativo pode sempre ser aferida pelo o Judiciário.

Desta feita, o ato administrativo vinculado pode perfeitamente ser objeto de apreciação por parte do Poder Judiciário, posto que o administrador não possui margem de liberdade em sua atuação. Já no que se refere ao ato discricionário, ao magistrado caberia unicamente realizar um exame de legalidade do ato, não podendo invadir a esfera do mérito administrativo.

As premissas acima delineadas não estão equivocadas, todavia a questão não se apresenta tão simples como se aparenta pela simples leitura destas.

O mérito administrativo não pode ser entendido como um poder geral e absoluto, à livre disposição do administrador, tal como um “cheque em branco” que lhe é conferido para livremente atuar em nome do Poder Público.

A impossibilidade de o Judiciário realizar um exame do mérito administrativo não implica em uma vedação da análise por parte deste Poder acerca do motivo e do objeto do ato

discricionário. Longe disto, apenas não se afigura possível ao magistrado substituir-se ao administrador na valoração da conveniência e da oportunidade de um ato administrativo, o que não implica dizer que o juiz deve permanecer inerte frente a qualquer aberração perfilhada pelos agentes estatais.

Nesta linha se apresenta os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é o administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF).⁷⁸

Nesta linha, afigura-se inquestionável a possibilidade de se submeter ao controle do Judiciário questões discricionárias da Administração Pública, de modo que unicamente será outro o prisma de análise por parte do magistrado no que se refere ao controle dos atos não vinculados, conforme pontua a Professora Germana de Oliveira Moraes:

As diferenças entre o controle jurisdicional da atividade administrativa vinculada e o controle jurisdicional daquela não vinculada residem nos limites e nas consequências desse controle e não na possibilidade ou impossibilidade de sindicância judicial.⁷⁹

O entendimento acerca do âmbito do controle judicial do ato administrativo perpassa, inicialmente, pela análise acerca dos limites do Poder Discricionário. Consoante aduzido linhas alhures, este poder-dever não se apresenta absoluto, de modo que sempre que o administrador extrapolar os limites deste, incidindo em algumas das restrições que lhe são apostas, haverá uma ilegalidade, passível assim de ser expurgada pela própria Administração, no exercício da autotutela, ou pelo Judiciário.

A primeira e basilar restrição aplicável ao exercício do Poder Discricionário consiste na observância do princípio da legalidade, alicerce de toda e qualquer manifestação por parte de indivíduo investido na qualidade de agente público.

Não decorre de mero capricho do legislador constituinte que a legalidade foi o primeiro princípio previsto em nossa Constituição, mais precisamente no *caput* de seu art. 37, como de observância obrigatória pela Administração Pública.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.* p55

⁷⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. – São Paulo: Dialética, 2004, p159

Vale lembrar que é a lei que confere poderes e competências para que o agente estatal aja, em prol sempre do interesse público, de modo que esta mesma lei que prevê a discricionariedade na atuação do agente, também lhe condiciona, restringe-lhe. Qualquer atuação aquém ou além da previsão legal está eivada de ilegitimidade, merecendo então ser corrigida por quem de direito o possa: seja a própria Administração, seja o Judiciário, que, repita-se, conquanto não possa substituir o administrador, pode afastar as ilegalidades por este cometidas.

Neste sentido, são as palavras tecidas por Leonardo Carneiro da Cunha:

Eis que exsurge o primeiro limite do exercício do poder discricionário: a própria lei. Ora, se a discricção outorgada à autoridade pública decorre da lei, aquela mesma discricção deve ser exercida nos precisos limites definidos no texto legal. Fora daí, a atuação administrativa será tisonada de ilegalidade.

Ultrapassados os limites da discricionariedade de molde a sobrepor-se ao espaço deixado pela lei, terá a Administração invadido o campo da legalidade, atingindo os confins do arbítrio. Significa que, ao exercer o poder discricionário, não deve a autoridade pública desbordar dos traçados delimitados pela lei.⁸⁰

Há de se destacar que a legalidade em comento consiste naquela feição substancial desta, e não em uma mera análise perfunctória e formal. Para tanto, sobreleva-se a análise do cumprimento da finalidade aposta pela norma à conduta a ser perfilhada pelo administrador.

Sempre que se verificar que o administrador não pautou sua conduta na estrita obediência a previsão legal, estar-se-á diante de uma hipótese de desvio de poder ou abuso de poder. Vale para tanto rememorar que a liberdade conferida ao administrador na atuação discricionária consiste em uma liberdade conforme os parâmetros dispostos pela lei.

Conforme aponta a doutrina clássica, o desvio de poder configura-se de duas formas: no excesso de poder e no desvio de finalidade.

O excesso de poder se apresenta quando o agente estatal atua além da esfera permitida pela previsão normativa, extrapolando os poderes que lhe são conferidos. O ato administrativo está assim em plena discordância com a previsão legal que lhe confere valia. Neste caso, o agente estatal não apresenta a competência para exarar o ato respectivo. Para melhor entendê-lo, cumpre transcrever a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

⁸⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Ob. cit.* p627

[...] O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões legais da Lei 4.898, de 9.12.65, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas na Constituição (art. 5º).⁸¹

Contra-pondo-se ao excesso de poder, mas ainda configurando abuso de poder, há o desvio de finalidade, que consiste na realização do ato administrativo em prol de finalidade diverso daquela prevista para o ato. O interesse público, abstratamente considerado, restou verificado, bem como detinha o agente estatal competência para exarar o ato. Não obstante, houve ilegalidade na medida em que a finalidade do ato não era a que a substancia. Explica-se: cada ato administrativo guarda intrínseco a si a realização de uma determinada finalidade. Não pode o administrador, visando a adimplir com uma específica finalidade, utilizar-se de ato que não seja àquele devidamente previsto para o respectivo fim, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

O clássico exemplo consiste na utilização da remoção para se punir determinado servidor. A remoção consiste em um instituto administrativo cujo objetivo consiste em relocar servidores públicos para áreas que necessitam de seus serviços. Não se trata, portanto, de uma sanção. Desta feita, a utilização deste instituto para punir determinado servidor, mesmo que este tenha efetivamente infringido alguma norma disciplinar, não se apresenta como lícita, sendo assim eivada de ilegalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o instituto do desvio de poder sobre outro prisma⁸². Para o autor, o desvio de poder se verifica mediante duas vertentes: quando o agente estatal atua com fulcro em uma finalidade alheia a qualquer interesse público ou quando o agente atua pautado em uma finalidade pública diversa daquela legalmente prevista para o ato.

Percebe-se assim que este publicista analisa o desvio de finalidade em si, vício que guarda maior periculosidade à Administração Pública que o excesso de poder, posto que de maior difícil constatação: para se comprovar um desvio de finalidade faz-se necessário

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p114-115

⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionariade e Controle Judicial. Ob. cit.* p58-61

imiscuir-se na análise da intenção do gestor público, perfilhando acerca de sua real vontade para com a realização do ato.

No que pertine à segunda modalidade citada pelo autor, cumpre transcrever suas palavras:

Com efeito, cada ato expressivo de uma competência traz insculpido em si um destino correspondente àquela competência. Ora, cada competência só pode ser exercida para alvejar os fins em vista dos quais foi normativamente instituída; donde, os atos consecutórios de uma competência não podem ser expedidos senão para atender às finalidades a ela inerentes. Daí serem viciados de desvio de poder os comportamentos administrativos que miram dado objetivo público por meio de atos cujos escopos, à luz do direito positivo, sejam os de servir outros objetivos públicos, distintos dos que foram colimados.⁸³

Permanecendo ainda na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, há de se destacar a visão do autor de que, ao contrário do posicionamento por este apontado como majoritário, o vício atinente ao desvio de poder não tem natureza subjetiva, mas sim objetiva.⁸⁴

Aduz que a constatação do desvio de poder prescinde da análise acerca do elemento subjetivo que conduz a atuação do agente estatal, porquanto seja tal vício constatável mediante a simples má utilização do ato administrativo frente à finalidade que alberga sua realização. Independe assim do real conhecimento do administrador acerca da ilegalidade do ato que comete, posto que mesmo que este acredite que tal ato apresente-se adequado àquela finalidade, ainda sim remanesce o vício em tela configurado.

De fato, as conclusões alçadas pelo renomado administrativista não se apresentam eivadas de qualquer equivocidade, pelo contrário, são de uma lucidez memorável. Não há como defender que a inocência do servidor ao exarar um ato ilegal possa ser apta a convalidá-lo. Não importa assim qual seja o intelecto que move a atuação do administrador. Sempre que a finalidade legal aposta ao ato não restar configurada, estará este eivado de ilegalidade.

Quaisquer das situações acima delineadas invariavelmente configurarão uma hipótese de ilegalidade apta a ser expurgada pelo Judiciário. O gestor público não pode utilizar-se da máquina pública para satisfazer seus interesses privados. Não há espaço na gestão pública para finalidades que não sejam direcionadas ao atendimento do interesse público.

⁸³ *Ibidem.* p65

⁸⁴ *Ibidem.* p73-75

Desta feita, inegável se apresenta que o Poder Judiciário pode imiscuir-se na análise do motivo e do objeto do ato, bem como da finalidade intrinsecamente visada pelo administrador, para coibir abusos e expurgar qualquer tentativa de locupletamento de indivíduos com o aparelho estatal. O que se veda ao magistrado é substituir a figura do administrador na valoração do mérito administrativo.

Destarte, verificada uma situação em que não haja desvio de poder, de modo que a atuação discricionária do administrador tenha sido pautada na mais lúdima obediência aos parâmetros legais previstos para tanto, não há espaço para a interferência do Judiciário.

O papel do juiz – pede-se vênia para relatar o óbvio – consiste em realizar a atividade jurisdicional, e não em substituir o exercício da função executiva sempre que, em sua visão, a conduta do administrador não seja a mais adequada para o caso concreto.

Não pairando nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na conduta do administrador, não cabe ao magistrado revê-la, sob pena de malferimento da separação dos poderes, esculpida no art. 2º de nossa Magna Carta. A função administrativa⁸⁵, e junto à ela a discricionariedade, restou atribuída ao respectivo agente estatal competente por aplicar a norma, de modo que a valoração necessária ao cometimento do ato encontra-se restrita ao respectivo servidor.

Por mais que o magistrado não repute que a escolha perfilhada pelo agente público fosse a mais adequada diante do caso concreto, não lhe cabe exercer tal valoração. Estando a conduta inserida dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade, resta perfeita e acabada.

Exemplificando: suponha-se uma norma legal que preveja que somente teriam preferência na fila do transplante de órgãos indivíduos idosos ou acometidos de doença grave. Regulamento esta disposição legal, a União dispõe que se considerará idoso o sujeito com idade igual ou superior a 60 anos, bem como faça uma lista das doenças consideradas graves. Não se afiguraria lúdimo que um magistrado invadisse a esfera de competência do Executivo para conceder uma antecipação de tutela no sentido de incluir na lista preferencial indivíduo

⁸⁵ Lembrando que o Poder Judiciário também exercer função administrativa, de forma atípica, a exemplo do processamento dos Precatórios e da administração interna do Poder; restando nestas hipóteses o mérito administrativo conferido ao respectivo magistrado encarregado da realização do ato discricionário. Nestas situações, não pode outro magistrado, exercendo função jurisdicional, valorar o mérito administrativo de ato discricionário cuja competência resta atribuída a outro juiz. Para efeitos didáticos, preferiu-se não misturar as atividades, restando acima atribuído ao magistrado a função jurisdicional e ao agente do Executivo a administrativa.

com 58 anos ou portador de doença não listada. Por mais que na visão daquele juiz indivíduos com mais de 55 anos fossem idosos, ou que aquela doença fosse grave, não lhe cabe exercer este juízo de valor.

Além do que, assim agindo, o magistrado acaba por violar não só a separação de poderes, como o próprio princípio da isonomia, posto que vários indivíduos situados em situações idênticas ou semelhantes seriam preteridos em virtude de não terem recorrido ao Judiciário. Não se está aqui se utilizando da falaciosa tese de que o Judiciário não deve assegurar direitos a indivíduos quando outros que estejam em situação equivalente não tenham litigado, sob pena de lesão à isonomia. Evidente que o magistrado não pode aguardar que todos os sujeitos afetados pela norma adentrem em juízo para que só então lhes conceda o direito que fazem jus.

Não obstante, não pode o juiz desconsiderar que em determinadas situações, antes de o Executivo exercer seu poder discricionário, há um prévio exame por parte deste de toda uma pluralidade de situações fáticas e jurídicas que merecem ou não enquadramento na hipótese normativa. Destarte, a concessão por parte do magistrado, que analisa a situação sob um prisma específico e singular, de uma antecipação de tutela nos moldes da acima deferida acaba por incorrer em uma explícita lesão ao princípio da isonomia.

Acerca do conteúdo do princípio da isonomia e da sua correta aplicação, impossível não colecionar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, autor de obra revolucionária acerca do tema:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou disonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas pela Constituição.⁸⁶

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p21-22

Percebe-se assim que a aplicação do princípio da isonomia deve estar intimamente relacionada com a permissibilidade de tal conduta diante do ordenamento constitucional, sob pena de, na tentativa de se salvaguardar um direito de um, ensejar-se uma injustiça para com outros.

Vale lembrar que o direito não consiste em uma ciência exata, em que o resultado existente para uma situação sempre será aferível de modo objetivo e certo, quase que como mediante uma equação algébrica. Longe disto. Há certos casos, conforme reiteradamente abordado quando da explanação acerca do desvio de poder, que o magistrado não pode permanecer inerte frente a qualquer bizarrice perfilhada pelo administrador sobre o manto da legalidade, o que, todavia, não lhe confere o papel de juízo onipotente e supremo. Para tanto basta lembrar que o magistrado não foi eleito pela população, não exerce seu cargo em razão da direta vontade popular, não lhe sendo, portanto, permitido imiscuir-se em decisões eminentemente políticas.

O tema será pormenorizadamente explanado no tópico que subsequente, posto que intimamente relacionada a esta atuação do magistrado no controle dos atos administrativos discricionários está o princípio da proporcionalidade, utilizado muitas vezes como porta de entrada à aferição do mérito administrativo pelo Judiciário.

Retornando-se aos limites do poder discricionário, a doutrina aponta ainda como limite ao poder discricionário os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Vale lembrar que a grande maioria da doutrina pátria utiliza-se destes princípios sem distingui-los, como que se sinônimos fossem. Não obstante haja renomados autores que defendam esta posição, repita-se que aqui se adota a tese de que tais princípios não se confundem, pelas razões explanadas no Capítulo I, ao qual se remete.

A utilização da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo merece uma atenção maior, posto que além de ser o foco da presente monografia, guarda maiores nuances, merecendo assim abordagem em tópico separado.

Por fim, há de se destacar a usual utilização do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário como pretenso fundamento de interferência do magistrado no âmbito do mérito administrativo.

Conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída de apreciação pelo Judiciário. Muitas das demandas que

pugnam pela análise do mérito administrativo pelo Judiciário utilizam-se deste preceito constitucional para fundamentar seu pleito. Não obstante se respeite as opiniões em contrário, não merece guarita tal entendimento.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que na doutrina de Humberto Ávila mais se enquadra como regra⁸⁷, não resta violado quando se submete uma questão ao Poder Judiciário e este nega provimento à demanda com fundamento na impossibilidade de exame do mérito administrativo.

A impossibilidade de exame do mérito administrativo não implica em uma negativa jurisdicional, mas sim na constatação de que não cabe ao Judiciário exercer tal papel. O magistrado não está se imiscuindo de analisar a questão, apenas está afirmando que não há lesão a ser reparada. Ao administrador cabe valorar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, e quando assim o faz de forma legítima não há ilegalidade a ser reparada pelo Judiciário.

Desta feita, a impossibilidade de o juiz invadir o mérito administrativo não enseja uma hipótese de exclusão de determinada matéria da apreciação pelo Judiciário, mas sim uma premissa básica de que quando um ato administrativo é exarado em conformidade com os preceitos legais que o embasam, não cabe ao Judiciário revê-lo ou corrigi-lo.

Da inafastabilidade do Judiciário não emerge um poder de interferência absoluto ao magistrado, posto que a própria Constituição elenca matérias que não são passíveis de ingerência do Judiciário, mas apenas um controle da legitimidade para evitar-se abusos, a exemplo do planejamento familiar⁸⁸ e da disciplina militar⁸⁹.

Percebe-se assim que o Judiciário possui importante papel no controle da legitimidade da atuação estatal, expurgando atos ilegítimos e imorais sempre que os verificar. Não obstante, desta importante função pode, às vezes, emergir alguns abusos, em que o Judiciário acaba por inverter a ordem e, na busca de corrigir uma ilegalidade, acaba por cometer outra. Muitos destes abusos são cometidos sob o pálio da observância da proporcionalidade, consoante restará abordado no tópico que se segue.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*; vide Tópico 1.1

⁸⁸ Constituição Federal, art. 226, §7º.

⁸⁹ Constituição Federal, art. 142, §2º.

3.4 Do Controle do Ato Administrativo com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

2.4.1 Possibilidade de Controle do Mérito Administrativo

Consoante acima explicitado, o mérito administrativo não pode ser visto como um salvo-conduto para que o administrador possa atuar como bem lhe entender. Não se trata, e repita-se aqui a exaustão, de um poder supremo e intangível.

Nesta linha, não há como acatar a simples proposição de que ao Judiciário não se apresenta legítimo interferir no mérito administrativo, sob pena de malferimento à separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes não pode servir de fundamento para condutas deletérias perfilhadas sob a pretensa justificativa de se enquadrarem no âmbito da conveniência e da oportunidade conferida ao administrador.

Conclui-se assim que o mérito administrativo não restou conferido ao administrador para que este possa cometer qualquer teratologia às custas do poder público, sem que haja controle por parte do Judiciário. Assim se apresenta a doutrina da professora Germana de Oliveira Moraes:

[...] A invocação mecânica e irrefletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito – vocábulo de sentido equívoco que tem servido de “palavra mágica” para deter o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração, excluirá da apreciação judicial uma série de situações em que ele seria possível. O juiz deve procurar dissociar o mérito do ato administrativo da discricionariedade, bem como discerni-la das hipóteses da valoração dos conceitos indeterminados de prognose, para o fim de identificar com segurança, em cada caso, onde se inicia e onde termina a autonomia ou margem de livre decisão da Administração Pública.⁹⁰

Nesta linha, não deve o magistrado permanecer inerte frente a qualquer conduta administrativa que seja pautada no mérito administrativo. Pelo contrário, insurge que haja sempre uma análise minuciosa acerca dos reais motivos que levaram o administrador a escolher determinada medida.

Urge atentar que o desvio de poder não se apresenta evidente. O gestor público, quando pretende utilizar indevidamente do poder que lhe é conferido pela ordem legal, o faz de forma camuflada, à surdina, tentando sempre encobrir o interesse vil que lhe move. Impossibilitar, de forma abstrata e absoluta, que o Poder Judiciário analise o mérito administrativo seria quase que legitimar a corrupção.

⁹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p162

Não nos parece, portanto, mais coerente defender que o motivo e o objeto dos atos discricionários são absolutamente insindicáveis pelo Judiciário, que supostamente deveria ater-se ao exame único da legalidade dos elementos vinculados do ato administrativo. Ousamos, desta feita, discordar dos ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes, para quem tais elementos eram intocáveis:

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que se respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária. A Propósito de tais atos, não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração. No mais, entretanto, ou seja, quanto à manifestação da vontade (falta de competência para agir e defeito pessoal na vontade do agente), finalidade e forma, o ato discricionário incide nos mesmo casos de invalidez dos atos vinculados.⁹¹

Nesta ótica, não só pode como deve o magistrado analisar o motivo e o objeto dos atos discricionários. O que não se confunde com a possibilidade de o juiz substituir a figura do administrador e valorar o mérito administrativo em si.

Explica-se: o exercício do controle jurisdicional acerca do mérito administrativo restringe-se em analisar a inexistência de vícios que lhe prejudiquem a legitimidade. Tal controle não confere ao magistrado a posição de “senhor da razão”. Não pode o juiz expurgar determinado ato por entender que este não se afigura o “mais conveniente”, ou que o caminho escolhido pelo administrador não se apresenta como o “mais correto”.

Não cabe ao Judiciário exercer a função que é conferida ao Executivo. O controle da legitimidade da discricção não significa o poder de exercê-la. Consoante é de notório conhecimento, ao administrador cabe a valoração do mérito administrativo, e não ao magistrado.

Um dos motivos que levam o legislador a positivar uma hipótese de discricionariedade consiste na possibilidade de, diante do caso concreto, emergirem várias medidas, impossíveis de serem previstas de forma abstrata, cabendo assim ao agente público optar por aquela que lhe melhor se apresenta idônea ao fim público. Tal valoração, repita-se, cabe ao administrador.

⁹¹ FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p91-93

Diante de uma escolha plausível e legítima, não eivada dos vícios acima apontados, não cabe ao magistrado exercer qualquer interferência sobre o ato. A escolha cabe ao administrador, que efetivamente detém o conhecimento necessário para efetivar tal valoração.

Aqui reside a maior problemática do assunto em tela: muitas vezes os magistrados, na pretensa sede de se fazer justiça, utilizam-se deste poder de controle que lhes é atribuído para valorar os atos administrativos perfilhados pelo agente estatal.

Sobressai aqui, então, a análise do princípio da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo, posto que se enquadra nas duas vertentes: tanto serve para que o magistrado exerça um controle ideal da legitimidade da atuação estatal, como acaba, muitas vezes, por servir de fundamento para uma indevida interferência entre poderes.

3.4.2 Violação à proporcionalidade como vício de legalidade ou de constitucionalidade

A primeira fonte de discussão acerca da utilização da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo consiste em enquadrar a respectiva violação como sendo um vício de legalidade ou de constitucionalidade.

A doutrina administrativista tende a enquadrar a hipótese como sendo um vício de legalidade, de modo que a conduta desproporcional ensejaria um ato ilegal, haja vista que violaria a finalidade do ato administrativo.

Não nos parece que seja esta a melhor solução. Consoante abordado no Capítulo I, o princípio da proporcionalidade tem sede constitucional, enquadrando-se como um princípio implícito inerente ao nosso ordenamento, cujo fundamento consiste, segundo a doutrina majoritária⁹², o devido processo legal, em sua acepção substancial.

Tendo em vista que não mais se admite ter as normas constitucionais como sendo normas impositivas de deveres a serem concretizados via regulamentação pelo legislador infraconstitucional, não há porque se esquivar de uma aplicação direta do princípio constitucional ao caso concreto. Não há razões para se utilizar de malabarismos interpretativos com fito a enquadrar possíveis lesões à Magna Carta em dispositivos infraconstitucionais para, só então, submetê-las ao controle jurisdicional.

⁹² vide Tópico 1.3

Vale lembrar que atualmente se apresenta inegável a força normativa da Constituição, e juntamente com esta de seus princípios, de modo que uma conduta que se apresenta violadora direta de um preceito constitucional não mais impescinde de um preceito legal para que seja combatida.

Cumpra repisar que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos não mais se restringe a um controle de legalidade. Todo e qualquer ato, administrativo ou não, deve guardar consonância com o ordenamento jurídico como um todo, inclusive com os princípios previstos, de forma expressa ou não, em nossa ordem constitucional. Desta feita, consoante pondera a professora Germana de Moraes, o controle de legalidade restou substituído por um controle de juridicidade, em que se observará a adequação da medida para com todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Oportuno se faz transcrever suas palavras:

O controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais espartilhado pelo critério necessário, porém insuficiente do controle de legalidade, transmutado que foi em controle de juridicidade, o qual se concretiza através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito.⁹³

Ainda no plano doutrinário, repousa nas palavras do professor Dimas Macedo ensinamentos que merecem transcrição:

A legalidade administrativa restrita, que serviu outrora de suporte a uma fase de maturação do Estado de Direito, é bem possível que não se preste mais a remarcar os novos sentidos da Justiça. Urge, portanto, que se possa pensar as ações e o modo de agir do poder do Estado como vinculados ao imperativo da celeridade e a princípios constitucionais que se tornaram hoje relevantes.⁹⁴

Desta feita, tendo em vista que há uma violação direta a um princípio constitucional, não há motivos para se buscar algum fundamento legal para embasar o combate ao ato administrativo. O ato apresenta-se, portanto, inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade. Não obstante, verificando-se que o ato administrativo também enseja violações no plano legal, não há resistência em apontá-las. A inconstitucionalidade de um ato não digere a ilegalidade que também paire sobre este. O que aqui se pontua é que a lesão ao princípio da proporcionalidade enseja uma inconstitucionalidade. A existência de outros vícios, de plano infraconstitucional, não se confunde com a premissa delineada.

⁹³ MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p137

⁹⁴ MACEDO, Dimas. *Ensaio de Teoria do Direito*. 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2010, p29

3.4.3 Da Essência do Controle com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

Repisando rapidamente o conteúdo explanado no Capítulo I, cumpre recordar que o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para que determinada medida seja designada proporcional deve obrigatoriamente satisfazer todos os três elementos citados: deve ser idônea a fomentar o fim almejado pela norma; deve ser a de menor gravidade possível; e, por fim, há que se ter coerência entre os prejuízos que dela advém com os benéficos que dela resultam.

Toda e qualquer medida que assim não se apresente deve ser, de imediato, expurgada, posto que paira sobre esta um patente vício de inconstitucionalidade.

Pois bem. Fazendo uso deste importantíssimo princípio de nossa ordem constitucional, o Poder Judiciário começou – e agora é cada vez mais frequente – a exercer um controle sobre todo e qualquer ato exarado pelo Executivo, seja ele vinculado ou discricionário.

Para tanto, o magistrado exerce um juízo acerca da caracterização ou não da lesão à proporcionalidade. Ocorre que a aferição acerca da desproporcionalidade de uma medida demanda do magistrado uma inevitável carga subjetiva de valoração, que muitas vezes pode acabar por permitir que este faça às vezes de administrador.

Para que se evitem excessos, deve o magistrado seguir rigorosamente a linha traçada pela doutrina ao conceituar o princípio da proporcionalidade. Deve o juiz aferir, de forma objetiva, se a medida escolhida pelo administrador é apta a adimplir com o fim visado para tal ato, se esta é a menos onerosa possível e se suas consequências positivas superam as negativas.

O magistrado realizará, destarte, um inevitável juízo de ponderação acerca da medida perfilhada pelo administrador e suas consequência com o interesse público envolvido, analisando o conteúdo propriamente dito do mérito administrativo para observar se sobre este não paira nenhum vício que o macule de ilegitimidade.

Esta aludida ponderação tem por objetivo controlar o exercício do poder discricionário, atentando se o administrador não destoou da margem de liberdade que lhe restou conferida, ultrapassando assim os limites do mérito administrativo. Verificar-se-á

assim se a medida apresenta-se desproporcional, podendo inclusive ser esta assim maculada em virtude de mostrar-se excessivamente onerosa – proibição do excesso – ou mesmo inadequada, insuficiente à consecução do fim almejado – proibição de proteção insuficiente.

Conforme aduz Willis Santiago Guerra Filho, “a importância do emprego da proporcionalidade será tanto maior, na medida da margem de discricionariedade deixada pelo legislador para a avaliação das autoridades administrativas”⁹⁵.

Não obstante, deve sempre o magistrado ser guiado por um especial cuidado nesta análise, posto que a margem de liberdade acima delineada restou conferida ao administrador, e não a ele, de modo que qualquer medida que se mostre regularmente inserida na circunscrição do mérito administrativo estará imune à correção por parte do Judiciário.

Ressalte-se que não se está aqui a defender que o magistrado somente poderia intervir em casos de flagrante inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade estrita, mas sim em casos de vícios concretos e reais, aferíveis de modo objetivo e devidamente demonstrados na fundamentação da decisão.

Assim, quando um magistrado anula determinado ato administrativo por julgá-lo desproporcional, deve demonstrar de forma fundamentada onde reside o vício, e não o apontar genericamente, sob pena de unicamente importar a violação constitucional para o seio do Judiciário.

Deve, portanto, traçar uma linha argumentativa que demonstre efetivamente a existência do vício. E este vício deve ser real. Não pode o magistrado pretender afastar determinada medida por não concordar com a visão do administrador. Caso a medida não seja desproporcional, por mais que não seja aquela, na visão do magistrado, a mais “adequada” ao caso, deve ela permanecer válida e eficaz, sob pena de malferimento à separação dos poderes.

Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para combater condutas ilegítimas perfilhadas pelos administradores, e não para que sejam estes substituídos pelos magistrados.

Neste ponto, reside a essência da separação dos poderes. O Constituinte, ao traçar quais são as funções precípuas ao Executivo e ao Judiciário, obviamente não almejou alçar este último Poder a um nível de superioridade frente aquele. Estão estes em um plano de

⁹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob. cit.*, p86-87

igualdade, de modo que somente pode o Judiciário interferir na atuação do Executivo quando esta se apresentar ilegal ou inconstitucional.

Uma conduta discricionária perfilhada pelo Executivo dentro da margem de liberdade que lhe é conferida não pode ser expurgada pelo Judiciário, posto que a este não cabe rever as decisões políticas exaradas pelo Executivo quando sobre estas não pairam os vícios supracitados. Falta aqui legitimidade ao Judiciário para conduzir a atuação estatal, porquanto não sejam os membros deste Poder investidos pela escolha popular.

Permissa venia a vulgaridade da expressão, mas ao Judiciário cabe julgar.

Conforme atesta José Afonso da Silva, quanto ao Executivo, “pode-se dizer, de um modo geral, que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração”⁹⁶; enquanto que “os órgão do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama de função jurisdicional ou simplesmente jurisdição(...)”⁹⁷.

Tendo em vista que ao Judiciário cabe, em linhas gerais, solucionar conflitos e afastar ilegalidades, aplicando o direito, optou-se pela investidura de seus membros pela via meritocrática do concurso público. Já ao Executivo restou designada uma função eminentemente política. Tendo em conta esta função política, cabendo ao Chefe do Executivo dirigir a máquina administrativa, restaram seus membros investidos pela forma do sufrágio, de modo a que Chefia de um ente federado restou conferida ao indivíduo escolhido pela população deste.

Conclui-se assim que o magistrado não detém a legitimidade para valorar as decisões políticas perfilhadas pelo administrador, substituindo a vontade deste pela sua. O que não implica dizer que não possui competência para afastar todo e qualquer ato exarado por membros de qualquer dos Poderes que sejam eivados de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, posto ser esta a sua função primordial: a jurisdicional.

O que se está aqui a defender é que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado como uma espécie de fundamento para a interferência do Judiciário no mérito administrativo. Trata-se de um importante instrumento de combate aos interesses vis que

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p542

⁹⁷ *Ibidem.* p553

muitas vezes movem os administradores, não podendo ser corrompido a uma falaciosa norma que tem por objetivo legitimar a indevida interferência do Judiciário no mérito administrativo.

Outro ponto que deve pautar a análise do magistrado acerca da proporcionalidade da medida adotada pelo administrador consiste em analisar o ato impugnado sobre um cenário mais amplo do que aquele apresentado no caso concreto.

Há de se atentar que o exercício da função administrativa não se opera com o casuísmo que marca, via de regra, a atuação jurisdicional. O gestor público quando atua não pode centrar sua atenção a uma hipótese específica e concreta. Deve pautar-se sempre nas consequências genéricas que determinado ato pode ocasionar, bem como nas circunstâncias extrínsecas que o envolvem.

Não há como negar que o administrador encontra-se em uma melhor posição para julgar qual ato mostra-se mais conveniente para o interesse público, porquanto detenha, teoricamente, uma visão genérica de todo o contexto que envolve o ato, algo que fatalmente não possuirá o magistrado, posto que este não lida diariamente com o exercício da administração pública, bem como não possui todo um aparato administrativo voltado a auxiliá-lo nesta função.

Desta feita, detém o administrador o conhecimento das áreas que necessitam com mais urgência de uma atuação estatal, bem como quais são as condições orçamentárias para tanto, haja vista a escassa condição financeira de muitos dos entes federados.

A interferência do magistrado nessa área de políticas públicas, pautada muitas vezes em uma análise singular de um caso concreto, pode desorganizar todo um planejamento estatal voltado para a real situação do ente federado como um todo.

Um exemplo concreto e real consiste na construção e reforma de presídios. Quando um magistrado de determinada comarca exara uma decisão compelindo o Estado a construir ou reformar um Presídio em um determinado Município, há inegavelmente uma invasão no âmbito do mérito administrativo, posto que ao administrador cabe julgar quais as áreas que merecem uma mais rápida atuação estatal frente à patente necessidade que demonstram. Decisões como esta acabam por prejudicar o exercício da função administrativa, posto que recursos que deveriam ser dirigidos à consecução de uma determinada finalidade mais urgente deverão ser transferidos para outro, renegada inicialmente a segundo plano na

visão do administrador, em virtude de uma decisão proferida por um juiz que, repita-se, não detém o conhecimento da situação genérica de todos os municípios.

Seguindo esta linha, importante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sistematiza este entendimento, merecendo transcrição parcial de sua ementa pela preciosidade das suas palavras:

(...) 6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. (...).⁹⁸

Não obstante, o magistrado também não pode tornar-se escravo desta sua condição de espectador singular, sob pena de ratificar, sempre que instado a se manifestar, uma ilegítima omissão estatal. A simples afirmação da carência de recursos orçamentários, cumulada com um suposto planejamento de atuação estatal, não pode servir para que o administrador esquive-se sempre de adimplir com sua função.

De imensa valia apresenta-se aqui a análise do princípio da proporcionalidade, haja vista emergir deste a vedação à proteção insuficiente⁹⁹. Assim como o excesso cometido por determinado ato administrativo mostra-se inconstitucional, também o é a insuficiência da atuação estatal, quando resta o Estado compelido a agir. Deve, portanto, o magistrado exigir do administrador a demonstração concreta e real da existência de uma situação que, momentaneamente, impeça a Administração de atuar em um caso concreto. Não pode se contentar com simples explicações e apontamentos esparsos, pautados na reserva do possível, com fito a afastar o controle jurisdicional daquela omissão inconstitucional.

Destarte, determinada medida, ou mesmo uma omissão, pode ser julgada desproporcional, quando analisada sobre o prisma de um cenário genérico, por infringir a vedação à proteção insuficiente. Para tanto, deve o magistrado lastrear sua decisão de uma

⁹⁸ STJ - RMS 28962 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 03/09/2009

⁹⁹ Vide Tópico 1.5

fundamentação que demonstre que efetivamente houve a omissão estatal e que o Estado não logrou êxito em afastar a ilegitimidade desta omissão. Há, portanto, de se demonstrar que efetivamente restou caracterizada a Proteção Insuficiente.

Percebe-se assim que no controle do ato administrativo, com alicerce no princípio da proporcionalidade, além da importância de se analisar a observância dos três elementos deste – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, de imensurável valor é a análise da medida pelo magistrado sobre o prisma das duas vertentes do princípio da proporcionalidade: Proibição do Excesso e Proteção Insuficiente.

Concluída estas premissas acerca da essência do princípio da proporcionalidade no controle jurisdicional do ato administrativo, até então com notável foco no ato discricionário, cabe debruçar-se na análise do controle, exercido com fundamento no princípio da proporcionalidade, do ato vinculado.

3.4.4 Do Controle do Ato Vinculado com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

Quando se afasta um ato vinculado por lesão ao princípio da proporcionalidade não nos parece que o controle jurisdicional, pautado no princípio em liça, esteja a ser exercido propriamente sobre o foco do ato administrativo em si, mas sim em face da norma legal que lhe embasa.

O ato administrativo vinculado resta caracterizado pela inexistência de liberdade conferida à atuação do administrador, que tão somente deve observar se determinada situação fática se enquadra na hipótese normativa, ou seja, se os requisitos legais estão presentes, para então exarar o ato administrativo.

Qualquer vício que se refira à subsunção propriamente dita enquadrar-se-á como lesão ao princípio de legalidade, de modo que, conforme exaustivamente visto, será plenamente sindicável pelo Judiciário.

Quanto ao vício à proporcionalidade existente em um ato vinculado, este vício não estará propriamente no ato, posto que este resulta de uma aplicação direta da lei, sem os percalços da valoração da conveniência e da oportunidade por parte do agente público. A desproporcionalidade recairá propriamente na escolha perfilhada pelo legislador, haja vista que liberdade alguma restou conferida ao administrador.

Não obstante, permanece sendo a infringência ao princípio da proporcionalidade como sendo um vício resultante da discricionariedade conferida a um agente estatal. Ocorre que, no ato vinculado, a discricção que resulta na inconstitucionalidade pertence ao legislador, e não ao administrador.

Quando um magistrado afasta um ato vinculado por lesão à proporcionalidade, está invariavelmente contestando a escolha perfilhada pelo legislador ao positivizar a respectiva norma que embasou a edição do ato. Há, portanto, um autêntico controle de constitucionalidade difuso da norma legal posta em discussão.

Ressalte-se que este controle não se afigura vedado, muito pelo contrário, apresenta-se de importância singular, tal como o controle sobre o mérito administrativo acima delineado. Não obstante, submete-se às semelhantes pontuações quanto aos limites e às restrições dispostas acerca do controle sobre o mérito administrativo, posto que não é dado ao Judiciário converter-se em legislador positivo, não lhe sendo, portanto, permitido substituir a figura do legislador, haja vista que também não detém legitimidade, bem como competência – funcional obviamente – para tanto.

Há de se lembrar que a lei tem por objetivo regular uma situação dotada de generalidade e abstração, de modo que exceções criadas de modo casuístico e singular por parte do Judiciário podem acabar convertendo-se em lesões ao princípio da isonomia.

A título de exemplo, cumpre analisar a restrição etária aposta em concursos públicos e o controle jurisdicional exercido sobre esta. Muitos dos concursos, principalmente aqueles destinados ao provimento de cargos da carreira policial, inserem como uma dos requisitos o limite etário. A justificativa apresenta-se óbvia: o rigor físico que tais cargos, principalmente no início da carreira, exigem.

Quanto à constitucionalidade em si da restrição etária em si não paira maiores controvérsias, posto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que não fere a Constituição a exigência de que os candidatos a determinados cargos do serviço público possuam até determinada idade, desde que previsto em lei, e não somente no edital, e que a restrição etária seja compatível com as peculiaridades do cargo, ou seja, com a natureza das atribuições acometidas a este, a exemplo dos cargos da carreira policial. Tal posicionamento encontra-se pacificado no enunciado da Súmula nº 683 deste Pretório Excelso:

Súmula 683 O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da , quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A problemática da questão encontra-se em dois outros pontos: a idade estabelecida pelo legislador como limite para o ingresso no serviço público para determinado cargo, bem como o momento de aferição deste requisito.

Não há dúvidas que a idade estabelecida pelo legislador deve obrigatoriamente guardar íntima relação com as imposições físicas relativas ao cargo, sob pena de ensejar uma lesão ao princípio da proporcionalidade, bem como aos princípios do livre acesso ao serviço público, da impessoalidade, da isonomia, dentre vários outros.

Desta feita, deve o magistrado analisar de forma objetiva e criteriosa se a escolha perfilhada pelo legislador é condizente com interesse público, ou mostra-se desproporcional. Caso a escolha seja coerente e legítima, não obstante não concorde com esta não pode o magistrado contestá-la, posto que fora realizada dentro da margem de discricção que é conferida ao legislador. Exemplificando: se a previsão legal registra como limite para o ingresso a idade de 30 anos, conquanto entenda o juiz que o ideal seriam 35 anos, não pode interferir na escolha, posto que a mesma se apresenta legítima e coerente. O mesmo não se verificaria caso o legislador tivesse previsto como idade máxima 21 anos ou idade mínima 43.

Não se está pontuando que deve o magistrado atuar somente em casos esdruxulamente desproporcionais, mas apenas ratificando que não deve o magistrado exercer um controle pautado em suas convicções e opiniões pessoais, mas sim na concretude de um vício existente no ato.

Outro ponto problemático consiste no momento da aferição deste requisito etário. Muitos dos concursos para a carreira policial exigem que o candidato perfaça tal exigência no momento da matrícula no Curso de Formação – uma das etapas do concurso –, o que possibilita que indivíduos se inscrevam no certame com idade hábil a assumir a função, todavia, no decorrer daquele, acabem por completar a idade máxima exigida, não podendo assim continuar participando do certame.

A cada concurso com esta peculiaridade, surgem várias demandas pleiteando o afastamento da restrição etária em prol de sujeitos que completaram o limite no decorrer do certame, afirmando para tanto uma suposta lesão ao princípio da proporcionalidade. Muitos magistrados acatam esta fundamentação e permitem que o sujeito participe das demais etapas

do certame e, muitas vezes até seja nomeado, com base em uma tutela antecipada. Para tanto afirmam que a oposição do momento de aferição do requisito etário no momento da matrícula no Curso de Formação consiste em uma lesão à proporcionalidade, posto que sujeitos inicialmente aptos a serem investidos no cargo acabam por perder tal condição em decorrência do atraso na realização do concurso. Sustentam que o “correto” seria que tal requisito fosse aferido no momento da inscrição no concurso.

Não obstante se respeite as opiniões em contrário, não há como concordar com tal ativismo judicial. Trata-se de uma indevida ingerência do Judiciário em matéria cuja competência está restrita ao legislador.

O momento que surge a necessidade de se exigir um maior vigor físico dos candidatos a cargos policiais consiste justamente no Curso de Formação, em que serão submetidos a um rigoroso curso em que devem demonstrar condição física e mental apta a qualificá-los para exercer o cargo pleiteado. O curso de formação consiste na porta de entrada dos candidatos ao exercício do cargo almejado, de modo que é nesta etapa que se apresenta exigível a condição etária aposta na lei da carreira para o respectivo ingresso.

O interesse público referente ao limite de idade dos candidatos a tais certames surge justamente na matrícula no Curso de Formação, posto que é nesta etapa em que a aptidão física dos candidatos será imprescindível.

Vale ainda lembrar que os requisitos apostados em concursos públicos devem ser, segundo pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, aferidos no momento da posse no certame, razão pela qual não nos parece ferir o princípio da proporcionalidade a aferição do requisito etário no momento da matrícula no Curso de Formação, posto ser desde esta etapa que se exige o vigor físico do candidato.

Não por outro motivo há de se discordar do posicionamento despertado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgado que restou presente no seu Informativo Semanal de jurisprudência de nº 524. No RMS 36.422/MT, da Primeira Turma, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, restou afastado requisito etário em concurso público por suposta lesão ao princípio da razoabilidade, julgando ilegal ato administrativo que impediu que indivíduo que não satisfazia a restrição etária mínima se matriculasse no Curso de Formação. Não obstante o ilustre Ministro tenha apontado como violado o princípio da razoabilidade, em

sua fundamentação levantou pontuações que mais se enquadram na esfera do princípio da proporcionalidade, conforme se observa pela simples leitura de trecho da ementa da decisão:

4. Essa interpretação foi aplicada com tal rigor no caso concreto que, a pretexto de cumprir a lei, terminou por ferí-la, porque: (a) desconsiderou a adequação entre meios e fins; (b) impôs uma restrição em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público e, também por isso, (c) não interpretou a lei da forma que melhor garantisse o atendimento do fim público a que se dirige.¹⁰⁰

Discorda-se da conclusão a que se chegou o ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça em virtude de que o mesmo, ao realizar um exame da proporcionalidade da medida, consoante delineado acima, não atentou para o cenário genérico que a cercava. Unicamente considerou a situação concreta posta em juízo, não atentando para as consequências que uma decisão como esta podem resultar.

Primeiramente, quando um requisito etário é disciplinado, estar-se estabelecendo um limite a partir do qual é permitido e aquém do qual é vedado determinada situação. O legislador, no caso em tela, com fito a conferir uma maior segurança jurídica à situação, estabeleceu que o limite mínimo para a matrícula no Curso de Formação seria de 18 anos de idade. Indivíduos com 17 anos, 11 meses e 28 dias de idade não se enquadram na situação, assim como aqueles que têm 15 ou 16 anos. A proporcionalidade não pode ser utilizada para permitir que, a despeito da previsão legal, um indivíduo menor de idade participe do certame, mesmo que seja este emancipado e que esteja prestes a completar a maioridade, como no caso. O objetivo do princípio da proporcionalidade é afastar condutas desproporcionais, e não estabelecer exceções pontuais a preceitos legais.

Por mais que se possa cogitar em uma desproporcionalidade da previsão legal quando deparada esta com uma situação concreta, há de se atentar que a solução deve ser perfilhada na ótica do cenário em que está inserida. O magistrado não pode desconsiderar os reflexos de sua decisão. A utilização do princípio da proporcionalidade para se criar exceções pontuais e específicas acaba por ensejar uma lesão aos princípios da isonomia, da legalidade e da segurança jurídica.

Repita-se que não se está aqui sustentando que o magistrado deve permanecer inerte. A simples existência de discricionariedade, seja do administrador, seja do legislador,

¹⁰⁰ STJ. RMS 36.422/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013

não significa que a matéria é dotada de insindicabilidade por parte do Judiciário, mas que apenas o exame deve ser pautado em limites e consequências diversas.

Percebe-se assim que as premissas necessárias à aplicação do princípio da proporcionalidade acima delineadas se repetem aqui. O magistrado não pode utilizar-se deste postulado para revisar a legítima escolha perfilhada pelo legislador, sob pena de invasão dos poderes.

3.4.5 Da Importância do Controle Jurisdicional exercido com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

Consoante já exaustivamente defendido, o mérito administrativo não pode ser elevado ao nível de um poder supremo conferido ao administrador para que possa utilizar-se da administração ao seu bel prazer. O motivo e o objeto dos atos administrativos vinculados não podem ser tidos como intangíveis pelo Judiciário, sob pena de praticamente incentivar o cometimento de ilegítimas condutas por partes dos gestores públicos.

Nesta linha, deve o magistrado estar sempre atento quanto à observância pelo Executivo dos limites de sua discricionária, sobressaindo aqui o princípio da proporcionalidade neste controle. O princípio da proporcionalidade serve assim para exercer um legítimo controle acerca do conteúdo do mérito administrativo, expurgando do ordenamento condutas desproporcionais e atentatórias à lédima justiça.

Não obstante, sua utilização no controle deve ser perfilhada com a cautela acima explanada, sob pena de o magistrado importar para si o cometimento da lesão à ordem constitucional.

Nesta linha, conforme aduz a ilustre autora Germana de Moraes, sempre persistirá em desfavor do magistrado uma área do ato discricionário não passível incursão, que consiste justamente na essência do mérito administrativa, decisão conferida com exclusividade pelo nossa ordem jurídica ao juízo legítimo do administrador. Eis suas palavras:

Todavia, essa possibilidade de incursão no âmago do ato administrativo não importa controlabilidade plena, porque restará, em cada caso, uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a largueza dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁰¹

Destarte, não pode o princípio da proporcionalidade ser utilizado para que o magistrado substitua a figura do administrador, mas sim para que exerça um controle sobre as

¹⁰¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.*, p148

deletérias condutas deste, afastando todo e qualquer ato eivado de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, posto ser este o real papel do Judiciário no ordenamento brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos com fundamento no princípio da proporcionalidade consiste, atualmente, em uma ferramenta de imensurável valia conferida ao Poder Judiciário para que possa controlar a legitimidade da atuação dos administradores públicos.

No atual panorama da evolução jurisdicional, não mais se afigura cabível entender que o magistrado deve permanecer inerte frente a qualquer atuação administrativa calcada na discricionariedade do gestor público.

O mérito administrativo não pode mais ser concebível como uma matéria insindicável ao Judiciário. Posicionamento neste sentido acaba por legitimar condutas deletérias, movidas por interesses vis de gestores públicos, sob o manto da discricção.

O motivo e o objeto do ato discricionário, assim como os demais elementos deste, encontram-se, portanto, submetidos ao controle por parte do Poder Judiciário, todavia este controle não apresenta os mesmos limites e consequências daquele exercido sobre as matérias vinculadas.

Cabe ao Poder Judiciário exercer um controle sobre a discricionariedade, o que não se confunde com o poder de exercê-la, substituindo assim a figura do administrador. Compete, portanto, ao magistrado atentar para o cumprimento do interesse público por parte do administrador público, observando se este não destoou dos poderes que lhe restaram conferidos pelo ordenamento legal.

Para tanto, conquanto seja imprescindível o exercício por parte do Judiciário do controle de legalidade, este não se mostra suficiente para, sozinho, afastar a imensa gama de possíveis desvios que possam ser cometidos por agentes públicos maus intencionados. Sobressai então a necessidade de se realizar o que restou denominado pela doutrina pátria¹⁰² de controle de juridicidade, analisando o ato administrativo sobre o prisma do ordenamento jurídico como um todo, o que inclui as normas constitucionais, expressas ou implícitas.

Neste ponto, releva-se o papel do princípio da proporcionalidade, que se tornou um importante instrumento de controle de constitucionalidade não só das leis em sentido material, como dos próprios atos administrativos, sejam eles vinculados ou não.

¹⁰² Vide MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p137

Por meio do princípio da proporcionalidade, o magistrado pode exercer um controle acerca da valoração feita pelo administrador da conveniência e da oportunidade do ato discricionário. Trata-se do exame de constitucionalidade do mérito administrativo.

Ao gestor público não se afigura permitido perfilhar toda e qualquer conduta, amparada no conceito do mérito administrativo e na observância dos requisitos formais para a expedição do ato, sem para tanto observar os preceitos constitucionais.

Cai por terra, portanto, o mito de que o motivo e o objeto dos atos discricionários consistem em matérias insuscetíveis de controle por parte do Judiciário, posto que de competência restrita ao Executivo.

Não só pode, como deve o magistrado exercer o controle sobre o mérito administrativo, atentando para a observância dos limites deste por parte do administrador público. Ressalte-se ainda que o Judiciário não pode ser contido neste exame. Vale lembrar que as condutas eivadas de interesses ilegítimos são, via de regra, muito bem camufladas pelos administradores corruptos, não podendo o magistrado permanecer omissos frente a qualquer atrocidade cometido sobre o pálido da discricionariedade.

Não obstante, o juiz deve sempre guardar uma especial cautela na análise supra citada, posto que o exame da proporcionalidade do ato administrativo não pode resultar na substituição da vontade do administrador pela vontade do magistrado.

Conquanto não seja livre de controle jurisdicional, o mérito administrativo permanece adstrito ao administrador, não cabendo ao magistrado invadi-lo e substituir uma legítima valoração perfilhada pelo gestor público pela sua.

Reitere-se neste ponto que a discricionariedade significa uma margem de liberdade conferida única e exclusivamente ao administrador. Ao Judiciário cabe analisar se esta margem não restou ultrapassada ou se o gestor público encontra-se movido por interesses não condizentes com o interesse público que justifica o ato. Neste ponto, sobressai a importância do princípio da proporcionalidade.

Perceba-se assim que uma conduta perfilhada pelo administrador dentro da margem de liberdade que lhe é conferida não pode ser anulada pelo magistrado, posto que a este não cabe valorar propriamente o mérito administrativo, mas sim exercer um controle sobre a valoração exercida pelo administrador, atentando para a observância por este dos

limites que condicionam sua atuação, dentre os quais se destaca a observância dos preceitos constitucionais, sejam estes expressos no texto da Magna Carta, sejam implicitamente decorrentes da ordem constitucional posta.

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser utilizado como um importante instrumento de controle do exercício do poder discricionário pelo administrador, e não como uma pretensa justificativa para que o Poder Judiciário invada a esfera de competência conferida exclusivamente ao Executivo e valere o mérito administrativo, fazendo-se substituir pelo administrador. Ao magistrado não é conferida nem competência, nem legitimidade para tanto.

Neste diapasão, deve o juiz estar sempre atento aos limites do controle a ser exercido, para que não enseje nenhuma indevida interferência entre poderes, de modo que sempre que afastar determinada medida administrativa com fulcro na violação ao princípio da proporcionalidade deve o fazer de forma fundamentada, apresentando parâmetros objetivos para demonstrar que restou violada a ordem constitucional, sob pena de unicamente invocar para si o cometimento da lesão ao ordenamento jurídico.

Destarte, urge que o magistrado, ao exercer o controle sobre o prisma da proporcionalidade, faça uma reflexão sobre o contexto no qual se encontra inserido o ato invocado, de modo a que sua decisão não seja fruto de uma análise casuística e singularmente determinada. Quer-se dizer aqui que o magistrado não pode “valorar” uma decisão discricionária do administrador analisando somente a questão sobre o prisma do caso singular que lhe restou apresentado, ao afastar uma conduta com fito na observância do princípio da proporcionalidade.

Vale lembrar que o administrador, via de regra, atua com vistas à generalidade, de modo que um controle jurisdicional calcado em uma análise singularmente impensada pode desnaturar todo um planejamento estatal. Nesta toada, uma decisão discricionária que analisada sobre o prisma individual de um caso concreto possa aparentar ser desproporcional, por exemplo por ensejar uma proteção insuficiente ou mesmo um suposto excesso, não assim se demonstra quando contextualizada na situação em que está inserida.

Perceba-se, portanto, que medidas administrativas que não estejam destoando da margem de liberdade conferida ao administrador, a título de discricionariedade, não podem

ser afastadas pelo Judiciário, porquanto caiba ao Executivo dirigir a máquina administrativa, perfilhando as decisões políticas necessárias para tanto.

Conclui-se, assim, que o princípio da proporcionalidade consiste em um instrumento de imensurável importância para o controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente para os discricionários, evitando que estes se convertam em medidas de favorecimento pessoal e perseguição política pelos gestores que se encontram no poder. Com vistas ao ideal cumprimento desta função, não se pode acatar o princípio em tela seja corrompido a uma ferramenta de legitimação à invasão do Judiciário sobre competência exclusiva dos outros poderes, sob pena de não só desmoralizar a essência do postulado em tela, como de inverter toda a ordem de valores posta em nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 14 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013

BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In Revista Forense. São Paulo, v. 336, pp125-136

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 10 ed., rev. e atual. – São Paulo: Dialética, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012

FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 2 ed. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002

MACEDO, Dimas. Ensaio de Teoria do Direito. 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013

_____. Discricionariedade e o Controle Jurisdicional. 2 ed., 11ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012

_____. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2 ed. – São Paulo: Dialética, 2004

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2 ed. 2 tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2011

_____. “O Proporcional e o Razoável”. Revista dos Tribunais 798/27: 23-50, São Paulo, 2002