

ATO ADMINISTRATIVO E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.

Pérsia Maria Bughi Freitas

Resumo

O objetivo deste trabalho é demonstrar a relevância do estudo do ato administrativo, de suas peculiaridades, requisitos, em especial o requisito motivo. A classificação do ato administrativo em vinculado e discricionário, em razão da liberdade de decisão do administrador. O mérito do ato administrativo discricionário, juízo de valoração da oportunidade e conveniência. O controle jurisdicional do ato administrativo vinculado quanto a sua legalidade, em razão de todos os seus requisitos serem vinculados. O controle pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário quanto a legalidade, requisitos: forma, competência e finalidade, não traz inovações restrito a legalidade do ato; ganha relevância e divergência com a tendência em ascensão da possibilidade de adentrar em seu mérito (juízo de oportunidade e conveniência), buscando a sua adequação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Ato administrativo; motivo; vinculado e discricionário; controle pelo Poder Judiciário; princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido com o objetivo de estudar do ato administrativo, apresentando a noção, peculiaridades, requisitos, classificação, especificamente no que se refere a liberdade de opção do administrador e a possibilidade de sua invalidação pela própria administração e pelo Poder Judiciário dos princípios constitucionais da razoabilidade e da discricionariedade.

O estudo sobre o ato administrativo é relevante quando se observa que produzirá efeitos diretos na vida dos administrados, conferindo, extinguindo ou modificando direitos e obrigações, sem, contudo, necessitar de sua concordância.

A ênfase do trabalho reside no controle jurisdicional do ato administrativo, em especial, a possibilidade de controle do ato administrativo discricionário, não de seus elementos vinculados, mas quanto ao seu mérito, utilizando, para tanto, a valoração do ato em consonância do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência, tem entendido ser possível adentrar no juízo de valores do ato administrativo discricionário na busca de coibir o abuso de poder por parte da Administração através de decisões desarrazoadas e desproporcionais, que acarretariam o desvio de poder não atingindo, ao final, o interesse público.

No entanto, ainda há bastante resistência à ampliação do controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que seria uma afronta ao preceito constitucional da tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si, considerando uma ingerência no juízo de oportunidade e conveniência próprio da Administração.

Tal questão é relevante quando se observa a tênue linha que separa um ato administrativo discricionário de um ato administrativo que, embora praticado revestido dos requisitos vinculados, exorbita na decisão de mérito, tornando-o arbitrário.

2. ATO ADMINISTRATIVO

Para melhor entender a questão é relevante ter ciência do conceito de ato administrativo. No conceito de 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 à si própria (1993, p.133).”

Portanto, o ato administrativo é o instrumento que a Administração Pública utiliza para exercer sua função típica. É uma espécie de ato jurídico, com denominação e peculiaridades próprias, cujo objetivo é atingir o interesse público.

Via de regra, o ato administrativo emana do Poder Executivo, podendo, entretanto, ser praticado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, quando não estão exercendo suas funções típicas.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

“... Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de disporem de órgãos administrativos (integrando o conceito da Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa. Juízes e parlamentares desempenham algumas atribuições tipicamente administrativas, que dizem respeito ao funcionamento interno de seus órgãos e servidores. No desempenho dessas funções, praticam atos administrativos...”.

O ato administrativo é espécie de ato jurídico, entretanto, difere do de direito privado porque é regido pelo direito público e possui características próprias, denominada pela doutrina como atributos, são eles: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutividade.

A presunção de legitimidade está diretamente ligada ao princípio da legalidade, que norteia todo ato administrativo. Essa característica atribui presunção de validade ao ato, autorizando a sua execução imediata.

Desta forma, mesmo que o ato administrativo esteja eivado de vício somente perderá sua validade, não produzindo efeitos, se for revisado pela administração ou invalidado pelo Poder Judiciário.

Imperatividade é a força impositiva da Administração Pública, independentemente da concordância dos administrados. Nem todos os atos administrativos possuem este atributo, presente nos atos normativos, ordinários e punitivos.

A autoexecutividade possibilita a execução imediata e direta do ato administrativo pela Administração, independentemente de autorização judicial, entretanto, somente existe quando a lei a prevê expressamente.

3. REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os requisitos compõem o ato administrativo e são essenciais para a sua validade. Na doutrina não há consenso quanto ao vocábulo requisito, também são utilizadas as expressões elementos e pressupostos.

Também não é pacífico, entre os doutrinadores, o número de requisitos do ato administrativo. Atualmente, para fins de elenca-los tem prevalecido o entendimento que a Lei de Ação Popular, quando fala do ato nulo (artigo 2º), os declina.

De acordo com essa lei são 5 (cinco) os requisitos do ato administrativo, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, “tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão(1993, p. 134).”

Assim, de suma importância a infraestrutura do ato administrativo que possibilita o controle da sua legalidade e, conseqüentemente, o da sua validade.

Partindo dessa premissa e de que alguns dos requisitos sempre são vinculados à lei, enquanto outros, dentro dos ditames legais, o juízo de conveniência e oportunidade fica a critério do administrador, importante conhece-los individualmente:

3.1) Competência é o poder legal conferido a um agente para praticar determinado ato administrativo expressando a vontade da Administração, pode-se dizer que é a delimitação do agente que pode praticar determinado ato.

A competência é prevista por lei e é condição de validade do ato administrativo. É um requisito de ordem público, portanto, intransferível e improrrogável por vontade das partes.

Mesmo sendo intransferível, quando houver previsão legal há a possibilidade de delegação ou avocação do ato administrativo, não sendo admissível essa mudança por manifestação de vontade discricionária.

Quando o ato administrativo é praticado por agente que não possui competência para praticá-lo é inválido, porque não possuía poder para expressar a vontade da Administração.

3.2) Finalidade, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato (2010, p. 209) ”.

A finalidade de todo ato administrativo é o interesse público, que esta sempre, explicita ou implicitamente, indicado na lei.

É um requisito que vincula o ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, não cabe ao administrador optar por outra finalidade que não a prevista em lei, se o fizer caracterizará desvio de poder e, conseqüentemente, a possibilidade de invalidação do ato.

3.3) Forma são os procedimentos exigidos em lei para exteriorização do ato administrativo, como ensinado por muitos é a sua exteriorização da vontade da Administração.

De maneira diversa da manifestação de vontade do particular, que se aperfeiçoa livremente, a manifestação de vontade da Administração deve seguir a forma prevista na lei.

Em geral, a forma é estabelecida por lei e escrita, vincula o ato administrativo e é indispensável para a sua validade.

A forma possibilita o controle dos atos administrativos pelos administrados, pela própria Administração e pelos demais Poderes.

A inobservância da forma prevista para o ato torna-o inexistente e a escolha de forma diversa da prevista na lei torna-o passível de invalidação, desde que não seja possível a sua correção/convalidação.

Nos ensinamento de Hely Lopes Meirelles a forma do ato administrativo é regra, sendo exceção a sua liberdade, justificando que “todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade (1993, p.135).”

Há casos, excepcionais, nos quais se admitem atos administrativos manifestados através de ordens verbais ou sinais convencionais, desde que todos os administrados possam entendê-los.

Até mesmo o silêncio por parte da Administração, quando houver previsão legal, pode ser considerado como forma de manifestação de vontade; exemplo clássico é a sanção tácita de um projeto de lei, ou seja, o poder executivo deixa de sancionar ou vetar uma lei no prazo legal, por conseguinte, seu silêncio é entendido como vontade positiva (sanção).

3.4) Motivo - São as situações de fato e de direito que embasam o ato administrativo autorizando-o. O motivo pode vir expresso em lei (vinculado) ou pode ser deixado a critério do administrador que, dentro de um campo de opções (juízo de oportunidade e conveniência), decide (discricionário).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a distinção entre motivo e motivação é que “motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram (2010, p. 210) .”

A doutrina diverge quanto à obrigatoriedade da motivação do ato administrativo. Há doutrinadores que defendem a obrigatoria a motivação somente quando a lei exigir, como forma de demonstrar sua consonância com a norma; outros defendem a motivação obrigatória dos atos

discricionários, justificando o posicionamento como meio de tomar ciência dos motivos que ensejaram o ato, forma de verificar a legitimidade dos motivos.

Vem ganhando destaque, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento que o motivo deve ser declinado em todo ato administrativo, independente de sua natureza (vinculado ou discricionário), por ser uma forma de verificar a validade do ato administrativo em consonância com os valores do senso comum, forma de evitar o desmando por negligência ou má-fé por parte do administrador, editando atos contrários aos princípios que norteiam a administração em geral.

Neste sentido, obrigatoriedade do motivo em todo ato administrativo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE.

1. O ato administrativo que determina a remoção de servidor público deve ser motivado. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

Não é possível o conhecimento do recurso especial na hipótese em que o estado recorrente sustenta que o ato administrativo de remoção de servidor público está inserido no âmbito do poder discricionário da Administração Pública e o Tribunal de origem declarou a nulidade do ato por falta de motivação, porque além do referido entendimento estar em consonância com a jurisprudência do STJ, a inversão do julgado demandaria o reexame fático-probatório, atraindo a incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ. (STJ, AgRg no AREsp 153140/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/05/2012, p. 15/06/2012).

A Teoria dos Motivos Determinantes, relacionada ao requisito motivo, entende que declarado um motivo para a prática do o ato administrativo fica a ele vinculado, desta forma, o motivo deve ser legal, verdadeiro e de acordo com o resultado, sob pena de invalidá-lo.

Na lição de Luiz Gomes Pagoraro, ao discorrer sobre motivo do ato administrativo, “os motivos alegados para a prática de um ato ficam a ele vinculados de tal forma, que, se um ato administrativo foi praticado diante de alegação de motivo falso ou inexistente, será tido como inválido (2010, p. 47)”.

Reconhecendo mencionada Teoria o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

HABEAS CORPUS. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA.

(STJ , Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 14/04/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Existem atos administrativos que por sua própria peculiaridade não exigem motivo ou são incompatíveis com ele, exemplo é o cargo em comissão cuja nomeação ou exoneração é ad nutum, entretanto, se o administrador ao realiza-lo indicar o motivo vincula o ato.

3.5) Objeto é o efeito imediato produzido pelo ato administrativo, quando cria, transforma, comprova ou extingue direito. É por intermédio do objeto que a Administração expressa seu poder e sua vontade.

O objeto do ato administrativo deve ser lícito, isto é de acordo com a lei; possível, natural e juridicamente; certo, quanto ao destinatário, efeitos, tempo e lugar; e moral, dentro do padrão do senso comum.

4. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

O ato administrativo exterioriza a vontade unilateral da Administração, demonstrando a supremacia do interesse público sobre o do particular, entretanto, o seu poder não é irrestrito estando limitado, principalmente, pelo princípio da legalidade, como forma de evitar abusos e arbitrariedades.

Desta forma, é importante a distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, pois, essa classificação está diretamente ligada ao grau de liberdade de atuação da Administração Pública, logo, diz respeito às possibilidades e as limitações da intervenção do Poder Judiciário.

O ato administrativo vinculado é praticado com total observância da lei, que não deixa margem de opção ao administrador, desatendido um dos seus requisitos torna-se passível de invalidação.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a administração, ao expedir-lo, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.

Assim, todos os requisitos do ato administrativo vinculado (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) podem sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário, porque estão objetivamente previstos na lei.

O ato discricionário decorre da impossibilidade de previsão legal de todas as situações possíveis que podem ocorrer na administração pública, há casos em que a norma deixa liberdade para o administrador, diante do caso concreto, optar, dentre algumas soluções, pela que melhor atingir o interesse público.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o poder da Administração é 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 (2010, p. 212)”.

A liberdade de decisão da administração não recai sobre todos os requisitos do ato administrativo discricionário, somente sobre o motivo e o objeto, os demais (competência, finalidade e forma) são vinculados.

Normalmente a discricionariedade decorre de permissão legal expressa prevendo duas ou mais possibilidades, podendo também decorrer de lei omissa por ser impossível prever todas as possibilidades e quando a lei prevê a competência, mas não a conduta a ser praticada.

Mesmo assim, a discricionariedade do administrador não é ilimitada, esta subjugada aos limites da lei, excedendo os limites torna-se um ato arbitrário.

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 (Hely Lopes Meirelles, 1993, p. 151).

5. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Em um Estado Democrático de Direito é dever da Administração, espontaneamente ou quando provocada, reavaliar os seus atos, invalidando-os quando eivados de vício, ilegalidade ou imoralidade, podendo, neste caso, considerar o mérito e/ou a legalidade do ato administrativo, é o poder de autotutela da Administração Pública.

O poder de autotutela do Estado foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao editar as Súmulas 346 e 473, nas quais reconhece a possibilidade da administração revogar os seus atos pelo juízo de oportunidade e conveniência e declarar a nulidade quando ilegais. Portanto, não resta dúvida que a Administração pode invalidar seus atos, revendo tanto o mérito como a legalidade.

Questão relevante e polêmica, diante do princípio constitucional da repartição dos poderes, é o controle pelo Poder Judiciário do ato administrativo.

Quando o controle jurisdicional é de ato administrativo vinculado não há maiores problemas, porque a análise se restringe à sua legalidade ou constitucionalidade.

Entretanto, quando o controle jurisdicional é do ato administrativo discricionário surge uma celeuma, é possível além do controle da sua legalidade o controle do seu mérito, do juízo de oportunidade e conveniência?

A doutrina é divergente e bastante conflitante, o entendimento dominante, até então, é o de que o controle judicial é apenas da legalidade do ato, sua adequação à lei.

Do ponto de vista de alguns doutrinadores que são contrários deve haver obse a utilização dos princípios como limitadores do ato administrativo discricionário, para evitar uma ingerência do Judiciário na esfera própria da Administração Pública.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho, contrário ao controle judicial do juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo discricionário, afirma que:

“O que é vedado ao Judiciário, como corretamente os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente a sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição, face ao sistema de tripartição dos Poderes (art. 2º). Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o exame da legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, tem sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é de competência exclusiva da Administração”.

É crescente, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que é possível o controle do mérito do ato administrativo discricionário, utilizando, inclusive, para justifica-lo o Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV), que reconhece o direito de toda pessoa buscar proteção judicial quando ocorrer ameaça ou lesão a direito.

Defendendo essa linha de raciocínio, Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 112), assevera que “(...) ocorreu no Brasil, a partir da Carta Política de 1988, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública, o que, por si só, possibilitou o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários”. E prossegue:

“A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle dos seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.”

Há corrente doutrinária que entende que o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário ao verificar sua consonância com os Princípios Constitucionais não é controle de mérito, é controle de legalidade que compreende, em sentido amplo, não só as disposições legais como os princípios, implícitos e explícitos, do ordenamento jurídico.

O controle pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário utilizando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como forma limitadora do juízo de conveniência e oportunidade, busca verifica se a Administração valorou sua escolha dentro dos padrões de normalidade,

razoabilidade, de forma a atingir o interesse público, ao contrário, poderá ser considerado inválido por ter agido em desvio de poder ou mesmo por ser o ato arbitrário.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que o princípio da razoabilidade é um norte para o ato administrativo discricionário, “A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável (2012, p. 96)

A aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como forma de controle do ato administrativo tem sido justificada como uma forma de que as escolhas da administração sejam mais éticas, justas, é a busca da melhor escolha sopesando os meios adequados e suficientes e o equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais.

Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Maria Sylvi Zanella Di Pietro (2007, p.194):

“Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo conduto para a administração agir de forma incoerente, ilógica, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando-conforme se viu, a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade. Também não se poderia admitir medidas desproporcionais com relação as circunstâncias que suscitaram o ato e, portanto, assintônicas com o fim legal, não apenas porque conduta desproporcional é, assim mesma, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um extravasamento de competência.”

O entendimento de que a motivação é obrigatória para todo o ato administrativo corrobora com o controle jurisdicional do ato discricionário, porque através dela é possível analisar se o meio utilizado para atingir o interesse público é razoável, proporcional ou não.

O doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello, entende que a violação de um princípio é mais sério que a violação da norma, afirma que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (...) É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão de princípios atingido, porque representa insurgência de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de as estrutura mestra (2007, p. 923).

Este entendimento esta em ascensão, inclusive perante os Tribunais pátrios que têm decidido a possibilidade de utilização dos princípios como controladores dos atos administrativos:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor militar aposentado. Exclusão da corporação. Prequestionamento. Ausência. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 3. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Incidência, no ponto, da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.

(STF - ARE: 717894 SC , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos do edital. Análise de cláusulas do instrumento convocatório. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ausência de repercussão geral da matéria. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade. 2. O Tribunal de origem consignou, com fundamento nos fatos e nas provas dos autos e nas cláusulas do instrumento convocatório do certame, que “a experiência profissional do autor é compatível com aquela exigida pela empresa ré em seu Edital de concurso público”. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise das cláusulas de edital de concurso público e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas n°s 279 e 454/STF. 4. O Plenário da Corte, no exame do ARE n° 690.113/RS, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo ao “preenchimento de requisitos exigidos em edital de concurso para provimento de cargo público”, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 5. Agravo regimental não provido.

(STF - AI: 832901 RJ , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 17/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo ressaltou a importância do ato administrativo, espécie de ato jurídico, ato típico do Poder Executivo, praticado também pelos demais Poderes quando exercem sua função atípica, destaca as peculiaridades do ato administrativo que o distingue dos atos jurídicos de direito privado, salienta a importância de seus requisitos para ser válido e eficaz e a possibilidade de revisão pela própria Administração.

O motivo tornou-se requisito relevante com o reconhecimento, por parte da doutrina e da jurisprudência, da possibilidade de apreciar, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os critérios adotados pela Administração ao emitir o ato administrativo discricionário.

A classificação do ato administrativo quanto à liberdade de decisão, ato discricionário ou vinculado é de suma importância para verificação pela própria administração ou pelos demais Poderes da sua legalidade.

A celeuma que se estabeleceu entre a possibilidade ou não do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, com relação à observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade dos motivos utilizados pela Administração ao emití-lo, tornando-os inválidos quando desproporcionais e desarrazoados ainda encontra-se longe de encontrar o consenso.

Corrente da doutrina entende que a prevalecer à possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários, mesmo por afronta aos princípios constitucionais acima citados, seria o mesmo que

permitir a ingerência do Poder Judiciário na esfera restrita do Poder Executivo, principalmente em sua valoração de mérito (oportunidade e conveniência).

Esta polêmica ganhou novos contornos com a ascensão do entendimento de que há a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, em razão do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e que não acarretaria afronta ao Princípio da Tripartição de Poderes, porque o ato discricionário desarrazoado ou desproporcional não atende o interesse público.

Há ainda corrente que entende que o controle jurisdicional do ato discricionário da Administração com base nos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, dentre eles os da razoabilidade e da proporcionalidade, nada mais é do que a aplicabilidade do princípio da legalidade do ato administrativo, que em sentido amplo abrange as normas legais e os princípios que as regem.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEGORARO, Luis Nunes. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários**. Campinas: Servanda, 2010.

MELLO, Antono Bandeiro de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAIS, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.