

PHILLIP GIL FRANÇA

**A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO E REALIZAÇÃO DOS
OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA BRASILEIRA – FUNDAMENTOS
E CONTORNOS DA AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL**

Tese apresentada, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Porto Alegre 2012

F814a Phillip Gil França

A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira – fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional / França, Phillip Gil. Porto Alegre, 2012.

298 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito,
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
2012.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro.

1. Ato Administrativo. 2. Discricionariedade. 3. Interesse Público. 4. Controle. 5. Tutela Jurisdicional. I. Molinaro, Carlos Alberto. II. Título.

CDD 341.3

Bibliotecária Responsável
Isabel Merdo Crespo
CRB 10/1201

RESUMO

A tese ora apresentada consiste na formulação de novas, ou renovadas, técnicas jurídicas – inclusive, processuais-judiciais – para viabilizar um melhor controle da atividade administrativa discricionária do Estado, com a finalidade de promover uma concreta efetividade dos objetivos da República do Brasil estampados no art. 3.º da CF/88. Visa apresentar o ato administrativo discricionário como parte, também, do âmbito de plena sindicabilidade jurisdicional, visto que representa a expressão do ônus público estabelecido no atual Estado republicano democrático de Direito, conforme dicção constitucional. Para tanto, faz-se análise do papel da Administração Pública no dever estatal de concretização e realização do interesse público, por meio de um concatenado e harmônico regime jurídico administrativo, viabilizado pelo exercício de prerrogativas (poderes) e sujeições (princípios) da atividade administrativa do Estado. Nesse cenário, evidencia-se a estruturação e operacionalização dos atos administrativos, com destaques aos que possuem determinada margem legal de gestão pública, denominados discricionários. Demonstra-se, também, a atual tendência jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre a tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário, apontando a heterogeneidade de decisões sobre o tema, fato que demanda o estabelecimento de um novo norte a ser seguido para a prestação da constitucional adequada tutela judicial da atividade administrativa estatal. Assim, analisa-se a necessidade de se adaptar antigas técnicas de interpretação do ato administrativo discricionário e indicam-se caminhos para a superação de práticas que não mais se sustentam no atual contexto constitucional, tais como: a blindagem do mérito administrativo ante o respectivo controle judicial; a rasa interpretação da teoria da tripartição dos poderes; a falta de legitimação democrática do Estado-Juiz. Desse modo, tem-se como caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema, a interpretação consequencialista, a ponderação racional dos valores envolvidos e a inclusão do critério do ato administrativo de demonstração do nexo causal entre a produção do ato e o interesse público a ser concretizado. Finalmente, a tese sugere técnica de Direito, processual-judicial, apta a tratar de ameaças e agressões a direitos provenientes de atos administrativos discricionários de interesse nacional que abalam o sistema estatal, trazendo instabilidade sistêmica, fato gerador de consequências negativas para o desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado. Conclui-se, então, que existem atividades administrativas estatais fora do alcance do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, criando, assim, zonas de sombra da atividade administrativa do Estado, disforme aos valores republicanos e democráticos estampados na Constituição. Isso posto, tais atividades discricionárias precisam ser reincorporadas ao constitucional tecido jurídico, em respeito à sua necessária sustentabilidade, por meio das técnicas sugeridas, visando à objetivação, ao máximo possível, da sindicabilidade do mérito administrativo, com destaque àquelas que tragam relevante abalo sistêmico nacional, como demonstração de que todo e qualquer ato público precisa estar sob a égide do constitucional regime republicano de responsabilidade e de controle da atividade pública.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Discricionariedade. Interesse Público. Controle. Tutela Jurisdicional.

ABSTRACT

The present thesis pursues to indicate the new, or renewed, legal techniques – including comprising legal procedural – to enable better control of discretionary administrative activities of the State, in order to promote a practical and concrete effectiveness of the goals of the Republic of Brazil printed on Article 3rd of the Brazilian Constitution 1988. The purposes to present as part of discretionary administrative act, also, the full scope of jurisdictional mastery (sindicabilidade), being that, it represents the expression of the public onus established in the current Democratic Republican State of Law, as diction of the Federal Constitution of 1988. Therefore, it is analyzed the role of Public Administration in the State duty of the concretization and to implement realization of public interest, through a concatenated and harmonious juridical administrative system, made possible by the exercise of prerogatives (powers) and constraints (principles) of the administrative activity of the State. In this scenario, it is unblemished the structure and operation of administrative acts, with highlights to those who have some legal margin of governance, known as discretionary. It is made known, also, the current tendency of jurisprudence of the Superior Courts on judicial review of discretionary administrative act, indicating to the heterogeneity of decisions on the subject, a fact that demands the establishment of a new "North" to be followed to provide adequate protection of Constitutional state's judicial administrative activity. Thus, this work analyzes the necessity to adapt old techniques of interpretation of the administrative discretionary act, and indicates ways to overcome practices that no longer maintain the current Constitutional context, such as, among others: the shield of administrative merit against the respective judicial control and review, the shallow interpretation of the Theory of Tripartition of Powers – the absence of democratic legitimacy of the State Judge. Consequently, there are appropriate ways to assist the maintenance and sustainability of the system as a legitimate form of protecting the lives of citizens: the consequentialist interpretation, the rational weighing of the values involved, and the inclusion of the criterion of administrative act demonstration of a causal nexus between the production of the act and the public interest to be achieved. In conclusion, the Thesis suggests a technique of Law, judicial-procedural, able to deal with intimidations and battering on rights arising from discretionary administrative activities unreached that undermine the state system legitimately established, bringing systemic instability, generating event of negative consequences for the development intersubjective for the participants of the State. It follows then that there are state administrative activities outside the scope of the constitutional principle of judicial protection of inseparability thus creating shadow areas of administrative activity of the State, misshapen republican and democratic values printed in the Constitution. Therefore, such discretionary activities need to be reincorporated into the Constitutional legal contexture, necessary in relation to their sustainability, through the techniques suggested in order to objectification, to extent maximum is possible, the mastery(sindicabilidade) of the administrative merit, especially those that bring relevant national systemic astonishment as evidence that any public act must be under the aegis of Constitutional Republican system of responsibility and control of public activity.

Keywords: Administrative Act. Discretionary. Control. Judicial Review.

SINTESI

Questa tesi si propone di indicare tecniche giuridiche – tra cui procedurale-legale – per proteggere l'attività amministrativa discrezionale dello Stato, con l'augurio finale per l'assistenza nella realizzazione degli obiettivi della Repubblica del Brasile stampato cui all'articolo 3.º della Costituzione Federale del 1988. Si propone di presentare l'atto amministrativo discrezionale anche come parte del campo di applicazione della corte sindacato, dal momento che rappresenta l'espressione del peso pubblico stabilito nella attuale legge dello Stato repubblicano democratico di diritto, come dizione della Costituzione federale del 1988. Pertanto, si sta esaminando il ruolo della Pubblica Amministrazione nel dovere dello Stato di implementazione e realizzazione di interesse pubblico, attraverso un sistema concatenato e armonioso legale amministrativa, reso possibile mediante l'esercizio di prerogative (poteri) e dei vincoli (principi) dell'attività amministrativa dello Stato. In questo scenario, è evidente la struttura e il funzionamento degli atti amministrativi, con riflessi a coloro che hanno un certo margine di governance giuridica, chiamato discrezionale. Mostra anche l'attuale tendenza giurisprudenziale dei Tribunali Superiore della discrezionalità giudiziaria dell'atto amministrativo, indicando l'eterogeneità delle decisioni in materia, un fatto che richiede l'istituzione di una nuova direzione da seguire per fornire un'adeguata tutela giuridica dell'attività stato amministrativo. Così, il documento esamina la necessità di adattare le antiche tecniche di interpretazione di una discrezionalità amministrativa e indica modi per superare le pratiche che non possono tenere nell'attuale contesto costituzionale, quali, tra gli altri: lo scudo dei suoi meriti contro l'amministrazione giurisdizionale, l'interpretazione superficiale della teoria della tripartizione dei poteri, la mancanza di legittimità democratica del giudice dello Stato. così si pensa di consequenzialista interpretazione, il razionale ponderazione dei valori coinvolti, così come, l'inclusione di una discrezionalità amministrativa della dimostrazione di un nesso causale tra la produzione dell'atto e l'interesse pubblico da realizzare, come gli strumenti adeguati per aiutare la manutenzione e la sostenibilità del sistema come un mezzo legittimo di proteggere la vita dei cittadini. Infine, la tesi suggerisce una specifica procedura tecnico-giudiziaria in grado di affrontare le minacce e gli attacchi ai diritti derivanti da atti amministrativi discrezionali degli interessi nazionali che minano il sistema statale legittimamente stabilito, portando instabilità sistemica, evento scatenante di conseguenze negative per lo sviluppo di partecipanti intersoggettiva nello Stato. Si è concluso, così, ci sono attività amministrative dello Stato al di fuori del campo di applicazione del principio di indisponibilità del rendering del controllo giurisdizionale, creando zone d'ombra dell'attività amministrativa dello Stato, deformato i valori repubblicani e democratici stampati in la Costituzione. La conclusione è quindi, ammesso ci sono stato delle attività amministrative al di fuori del campo di applicazione del principio costituzionale di inafastabilidade giudiziaria, creando zone d'ombra dell'attività amministrativa dello stato, deformato i valori repubblicani e democratici stampati in la Costituzione. Detto questo, tali attività discrezionali devono essere reintrodotte nel costituzionale tessuto giuridico, in rispetto alla sua necessaria sostenibilità, attraverso le tecniche consigliata al fine di oggettivazione, per quanto possibile, al controllo dei meriti amministrativo, specialmente quelle che portano rilevanti scosse nazionale sistemica, come prova che qualsiasi atto pubblico deve essere sotto l'egida della responsabilità, come valori rigidi di cura che è di tutti e di ciascuno.

Parole chiave: Atto amministrativo. Discrezionale. Controllo. Controllo giurisdizionale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DE UM CONCRETIZÁVEL INTERESSE PÚBLICO (PREMISSAS COGNITIVAS DAS BARREIRAS JURÍDICAS A SEREM ANALISADAS)	35
1.1 ATO ADMINISTRATIVO	40
1.1.1 Construção teórica do ato administrativo	41
1.1.1.1 Pressupostos do ato administrativo	47
1.1.1.2 Elementos do ato administrativo	48
1.1.1.3 Atributos do ato administrativo	56
1.1.2 Discricionariedade administrativa	62
1.1.2.1 Mérito administrativo: limites dos critérios de conveniência e oportunidade do Estado	68
1.2 INTERESSE PÚBLICO	70
1.2.1 A busca do interesse público como base do regime jurídico administrativo....	78
1.2.1.1 Supremacia (preponderância) do interesse público sobre o privado e os poderes da Administração Pública	81
1.2.1.2 Inafastabilidade do alcance do interesse público pela Administração e os princípios da Administração Pública	92
2 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O ADEQUADO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL (BARREIRAS JURÍDICAS A SEREM SUPLANTADAS)	110
2.1 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	110
2.1.1 Princípio fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional	112
2.1.2 Controle judicial do ato administrativo	123
2.1.2.1 Chancela, convalidação e invalidação do ato administrativo	126
2.1.3 Controle judicial da discricionariedade administrativa na atual jurisprudência brasileira	134
2.1.4 Questões acerca da insindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Estado juiz	147
2.2 BARREIRAS A SEREM SUPERADAS PARA A EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	152
2.2.1 Integração da clássica teoria da tripartição dos Poderes (Funções) do Estado à realidade atual	152

2.2.2 A legitimação democrática do Estado juiz	162
2.3 GESTÃO PÚBLICA E O ADEQUADO EXERCÍCIO ADMINISTRATIVO	166
2.3.1 Princípio da eficiência	170
2.3.2 Questões acerca da Administração ótima	171
2.3.3 Conclusões parciais	174
2.4 CAMINHOS PARA A DIMINUIÇÃO DAS ASSIMETRIAS DO SISTEMA JURÍDICO GERADAS PELAS BARREIRAS DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	177
2.4.1 Objetividade e subjetividade na Administração Pública	177
2.4.2 Regulação estatal	181
2.4.3 O dilema do sucesso estatal: escolhas públicas, assimetrias inter-relacionais, análise econômica do direito e consequencialismo administrativo	185
3 PERSPECTIVAS DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA (CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS JURÍDICAS ANALISADAS)	197
3.1 A REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA BRASILEIRA E OS MECANISMOS MÍNIMOS DE PERMANENTE DESENVOLVIMENTO INTERSUBJETIVO DE SEUS PARTÍCIPES	198
3.1.1 Sinérgico sistema de controle de escolhas públicas para o sucesso estatal	202
3.2 INSTRUMENTALIDADE DO ATUAL SISTEMA JURISDICIONAL ESTATAL A PARTIR DA SUA NECESSÁRIA LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL	207
3.2.1 Ponderação dos valores constitucionais envolvidos na tutela jurisdicional do ato administrativo	208
3.2.2 Insuficiência do modelo estabelecido para manutenção da sustentabilidade do sistema jurídico e o respectivo papel da informação neste contexto	214
3.2.3 Perspectivas do controle judicial da atividade administrativa do Estado a partir da sua necessária legitimação constitucional	221
3.3 O PAPEL DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO PARA O ADEQUADO E O EFETIVO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	226
3.3.1 Motivação e fundamentação do ato administrativo	226
3.3.2 Nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado	232
3.3.3 Controle judicial da discricionariedade administrativa e a sindicabilidade da conformação legal da motivação do ato administrativo	236
3.4 CONTORNOS DA AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL	239
3.4.1 Fundamentos e justificativa	239

3.4.2 Adequada tutela jurisdicional da discricionariedade administrativa de interesse nacional	242
3.4.3 Ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional	247
3.4.4 Estrutura da demanda jurisdicional	249
3.4.5 Efeitos da decisão judicial declaratória de ilegalidade (ou de legalidade) do ato administrativo discricionário de interesse nacional	255
CONCLUSÃO	256
REFERÊNCIAS	279
DOCUMENTOS CONSULTADOS	287

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta destina-se à análise da atividade administrativa discricionária estatal, sob a perspectiva dos reflexos do seu controle jurisdicional, inclusive, quando da ausência da respectiva sindicabilidade judicial de sua estruturação – com destaque à obrigatória *motivação suficiente* que conforma a *discricionariedade administrativa* do Estado¹ com os parâmetros de legalidade

¹ Da doutrina de Canotilho, depreende-se a noção de Estado como uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros '*poderes*' e '*organizações de poder*'. Para o autor, a primeira qualidade a ser destacada é o poder soberano. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor *efetividade* das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o caráter *originário* da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*) (Cf. R. ZIPPELIUS, **Allgemeine Staatslehre**, cit. p.47 e segs; K. DOEHRING, **Allgemeine Staatslehre**, cit., p.22 e segs. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003. p.90.) Isto é, conforme Canotilho, "a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num poder *independente* no plano internacional" (p.89-91). Finalmente, o autor leciona que, a partir da articulação da dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do *Estado*, é possível destacar os elementos constitutivos deste, quais sejam: *poder, povo e território*. Então, extrai-se da obra de Canotilho a formação do Estado a partir de um (1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo*= sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*. Finalmente, Canotilho estabelece que "o Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648). Este modelo, assente, basicamente, na ideia de *unidade política soberana* do Estado, esta hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada*: (1) o Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; (2) o *Estado constitucional* é uma tecnologia *política de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois "arbitrios" ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-coorportivo medievais" (*Id.*). Conforme Otto Mayer, encontra-se Estado como "um povo organizado sob um poder soberano para a *persecução de seus interesses*" (MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**: Parte General. 2.ed. Bueno Aires: Depalma, 1982. Tomo I. p.3). Dalmo Dallari destaca que a denominação *Estado* (do latim *status*=estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em *O Príncipe* de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Conforme assinala Dallari, "para alguns autores, em sua essência, para as sociedades denominadas Estado, tal como outras nominadas de maneiras diversas ao rótulo concedido por Maquiavel, é a designação de *todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros*." (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.51-52). Jorge Miranda indica duas perspectivas primárias das quais o Estado pode ser encarado: "como Estado-comunidade e como Estado-poder; como sociedade, de que fazemos parte e em que se exerce um poder para a realização de fins comuns, e como poder político manifestado através de órgãos, serviços e relações de autoridade. Mas essas perspectivas não devem cindir-se, sob pena de se perder a unidade de que depende a subsistência do político;

constituídos pelo sistema constitucional inaugurado em 1988. Para tanto, inicia-se a jornada esclarecendo importantes premissas que fundam os raciocínios e reflexões a serem apresentados, a partir do complexo axiológico do Direito² instituído no Brasil com a Constituição Federal.

e essa unidade é, para o que aqui interessa, uma unidade jurídica, resulta de normas jurídicas" (MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.7-8). Sobre características gerais determinantes do Estado, Jorge Miranda assim se pronuncia: "A complexidade de organização e atuação consiste em *centralização do poder*, multiplicação e articulação de funções, diferenciação de órgãos e serviços, enquadramento dos indivíduos em termos de faculdades, prestações e imposições". Para o autor, "o Estado é uma sociedade política com indefinida continuidade no tempo e *institucionalização do poder* significa dissociação entre a chefia, a autoridade pública, o poder e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder (como ofício, e não como domínio) para além da mudança de titulares; e sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à *realização do bem comum*" (*Ibid.*, p.35-36). Nesta linha de raciocínio, Jorge Miranda leciona que "a *institucionalização* é ainda a criação de *instrumentos jurídicos de mediação e de formação da vontade coletiva* – os órgãos e figuras afins". De igual forma, sublinha que "a *coercibilidade* não é uma característica geral do Direito, nem sequer, porventura, do Direito estatal; mas é, em certa medida, uma característica da *organização política estatal*" (*Id.*). Para o autor, "ao Estado cabe a *administração da justiça entre as pessoas e os grupos e, por isso, tem de lhe caber também o monopólio da força física*. O Estado *promove a integração, a direção, e a defesa da sociedade*, e por arrastamento, a própria sobrevivência como um fim em si; essa preservação – a segurança interna e externa, em particular – torna-se um fim específico; surge o fenômeno burocrático; mesmo sem ser absoluto ou totalitário, o Estado possui a sua mística de poder e justifica as suas ações em nome de objetivos próprios; as instituições políticas, instituições especializadas, adquirem autonomia". Conclui suas lições sobre o tema ao afirmar que "o Estado requer continuidade não só no *tempo* mas também no *espaço*, no duplo sentido de ligação do poder e da comunidade a um território e da necessária fixação nesse *território*. Está aí a *sedentariade*" (*Id.*). Jacy de Souza Mendonça afirma que a "finalidade essencial do Estado é gerar condições que possibilitem a plena realização das pessoas que nele convivem; que lhes possibilitem a concretude máxima dos valores na existência, a caminhada em direção à perfeição" (MENDONÇA, Jacy de Souza. **O homem e o estado**. São Paulo: Rideel, 2010. p.72-73). Para Chevallier, o Estado ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas; e ele permanece o elemento essencial em torno do qual se organiza a vida internacional – apesar da pressão cada vez mais insistente exercida pela globalização, por intermédio da constante confrontação de novos dados que modificam o contexto de sua ação. Segundo o autor, verifica-se que os Estados, atualmente, têm superado tais desafios, "mas, também, a existência de Estados 'robustos' é doravante considerada como a condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, bem como uma garantia contra a instabilidade do mundo [...]" (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.23). Conclusivamente, o Estado representa, em sua perspectiva *instrumental*, a conjugação dos *organismos que compõem a Administração Pública e o Governo* voltados a consecução do interesse público na integralidade de sua compreensão, bem como, a realização dos demais valores constitucionais destinados como seu *mister*. Delimita-se a partir da tutela e gestão das liberdades individuais em nome de um desenvolvimento comum, inclusive do seu próprio, pois, assim, manter-se-á na condição de gestor dos anseios da sociedade, permanentemente renovados. Em sua dimensão *material*, inclui-se o *povo*, o *território* e, muitas vezes, a identidade cultural. Tais fatores, *instrumentais e materiais*, caracterizam determinado Estado como soberano frente aos demais igualmente caracterizados e reconhecidos entre si.

² Para Carlos Alberto Molinaro o Direito, como produto cultural, é "revelado desde uma posição *parcial e participante*, constitui-se numa *tensionada dialética posição/disposição*, revelando o equilíbrio de tudo aquilo que tende a opor-se, pois é desde a parcialidade e da participação que se pode incluir um [mecanismo] *de antecipação conveniente para solucionar confrontações assimétricas*

Dentre elas, e talvez a mais importante, tem-se a ideia de que nada do que é público pode estar distante da atividade de controle, responsabilidade e responsabilização, pelo simples fato de que tudo o que é público pertence a todos e a cada um. E, conforme o enquadramento legal em um determinado regime jurídico constitucional – em específico, o *administrativo* –, há uma delegação ao detentor de específico ônus público de realização de um concreto (ou concretizável) interesse público. De forma mais direta, a atuação administrativa, inclusive a discricionária, precisa atender sempre ao interesse público e tem de ser efetivada sob as prerrogativas que determinam a preponderância do interesse público sobre o interesse privado para, assim, alcançar sua básica razão de existência: colaborar com as demais engrenagens estatais para realizar os objetivos da República Federativa do Brasil expressados no art. 3.º da CF/88.

A edificação da contemporânea noção de Administração Pública³, conforme

à *posição* do sujeito da relação opositiva". Conforme Molinaro, "assim, o Direito está na afirmação do *eu* e a sua recíproca interação com o *outro* (isto é participação). Uma ordenação deste jaez pode ser a base efetiva de um projeto liberatório com o objetivo de produzir, efetivamente, a emancipação dos sujeitos relacionados a esta ordem". (MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.35). Segundo Robert Alexy, "o *Direito* é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termo globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção" (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.151).

³ *Administração Pública* nada mais é do que a representação do maquinário estatal criado para concretizar a promoção e o desenvolvimento do cidadão e da sociedade que está adstrita à sua competência de atuação, mediante exercício de determinada função pública administrativa, eventualmente com auxílio de particulares em especiais ocasiões. Isto é, de forma geral, a Administração Pública pode ser compreendida como a conjugação de atividades realizadas pelo Estado, ou por aqueles que lhe representa, voltadas a assegurar o atendimento dos anseios. Conforme Otto Mayer, a *Administração é a atividade do Estado para cumprir seus propósitos, sob sua ordem jurídica*. Assim entendido, opõe-se à Constituição, que se circunscreve à delimitação desta atividade estatal; a Administração implica a existência de um poder soberano pelo qual o Estado torna-se capaz de agir (MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán...**, p.3). Como sublinha o autor, conquanto a atividade legislativa estatal se encontra '*sobre*' esta ordem jurídica e a atividade judicante do Estado se encontra '*pela*' ordem jurídica, a atividade da Administração que está '*sob*' a ordem jurídica pela qual atua é menos estrita e mais variada. Como já anunciado, o *estabelecimento de melhores condições de delimitação desse espaço de menor vinculação à ordem jurídica é o ponto central deste trabalho* (*Ibid.*, p.15), bem como a satisfação das necessidades dos administrados em nome do sempre renovado bem-estar comum. Tema pacífico na doutrina especializada sobre o tema, a Administração Pública detém uma dupla perspectiva: uma em sentido objetivo, outra em sentido subjetivo. Objetivamente é uma ação, uma realização de atividades para um fim. Por outro lado, subjetivamente, implica em uma estrutura orgânica, um ente ou pluralidade de entes a que se atribui a função de administrar. Sublinha Sérvulo Correia que "em sentido orgânico ou subjetivo, a Administração Pública é o conjunto de órgãos hierarquizados ou coordenados do Estado ou de outras pessoas coletivas que com ele colaboram, aos quais é conferido por lei, como competência característica e normal, o desempenho da função

a Constituição de 1988 (CF/88), para a realização dos mencionados objetivos da República, basicamente, precisa ser fundada na: i) atividade de gestão estatal sistêmica, harmônica e concatenada do que é público; ii) organização de meios e fins para o apropriado atendimento a um objetivo comum de realizar um futuro

administrativa" (CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de direito administrativo**. Lisboa: Danibio, 1982. p.31-32). Leciona João Caupers: "Em sentido orgânico, a Administração Pública confunde-se com o conjunto das organizações públicas, entre as quais a mais importante é o *Estado*; este tomado em sentido jurídico-administrativo, não se confunde com o Estado soberano, sendo apenas uma – embora a principal – das organizações públicas" (CAUPERS, João. **Introdução ao direito administrativo**. 10.ed. Lisboa: Âncora, 2009. p.30). Para o autor, "a Administração Pública em sentido orgânico é constituída pelo conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações públicas que asseguram, em nome da coletividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar" (*Ibid.*, p.33). Conforme Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fenández, a Administração Pública é, antes de tudo, uma pessoa jurídica – e não um simples conjunto de órgãos ou, menos ainda, uma função abstrata – para o Direito Administrativo. Sua presença é requisito necessário para que exista uma relação jurídico-administrativa, extensiva aos seus entes delegados e agentes (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11.ed. Madri: Civitas, 2002. v.1. p.62). A Constituição Federal trata dos contornos da Administração Pública nos seus arts. 37 e seguintes. Estabelece, em seu art. 84, II, que o chefe da Função Executiva do Estado é, também, o da Administração Pública federal, tendo como compromisso primordial, por força do art. 78 da CF/88, a promoção do bem geral do povo brasileiro. Daí o fato de se estabelecer, alguma vezes, a relação próxima entre o Poder Executivo do Estado e a atividade da Administração Pública. Isto porque, tem-se a Administração como instrumento de efetivação dos deveres executivos de concretização da lei à realidade, regulamentando-a, bem como, da auto-organização de sua estrutura e dos serviços e tarefas públicas próprios do mister estatal. Entretanto, não se pode deixar de registrar que as atividades complementares, em especial, da Função Legislativa e da Função Jurisdicional do Estado de igual forma necessitam se *estruturar hierárquica e disciplinarmente, mediante um regime de prerrogativas e sujeições públicas para o desenvolvimento de uma determinada função administrativa*, fato que revela a presença da Administração Pública além da Função Executiva do Estado. Luciano Parejo Alfonso destaca algumas técnicas de atuação administrativa para uma melhor relação da Administração Pública entre seus órgãos e os cidadãos que estão sob sua gestão, fundadas nos pilares do exercício administrativo a partir de critérios de respeito e lealdade institucional e com o cidadão, mútuo compartilhamento de informações, bem como, princípios de colaboração, cooperação e coordenação. Conforme o autor, a lealdade institucional comporta o dever geral de colaboração, conforme o caso, pode se densificar em cooperação e coordenação. Daí que se, como regra geral do princípio, as relações interadministrativas se desenvolvem e concretizam sobre a livre vontade, inclusive enquanto aos instrumentos e procedimentos, a cooperação, mais claramente, a coordenação podem comportar a imposição de determinadas soluções. Destarte, a colaboração própria da lealdade institucional implica que as Administrações, em suas relações recíprocas, devem: i) respeitar o exercício legítimo da competência administrativa por outras Administrações, bem como das respectivas consequências que derivam do aludido exercício administrativo; ii) ponderar, no exercício de competências próprias, a totalidade dos interesses públicos implicados e, em concreto, aqueles cuja gestão está encomendada a outras Administrações; iii) facilitar a outras Administrações a informação que precisam sobre a atividade que desenvolvam no exercício das próprias competências; iv) Prestar, no próprio âmbito de atuação, a cooperação e assistência ativas que as outras Administrações possam pedir para o eficaz exercício de suas competências. A Administração Pública, movida pelo Poder Executivo, é a indispensável engrenagem da máquina pública concatenada para o contínuo oferecimento de proteção e promoção do bem comum – geral ou individualizado – da segurança nacional e da manutenção da paz social. É o instrumental do Estado, guiado por determinado Governo, idealizada para o atendimento direto do cidadão, movida pela necessidade de guiar seus administrados por entre o caminho do futuro sustentavelmente melhor do a realidade que ora vivencia. Para tanto, é fundamental que sua performance apresente-se na mais pura *transparência*, como já tratado, para viabilização do seu amplo controle, superando, neste trilho, arcaicos dogmas de *blindagem* de determinadas esferas de sua atuação.

melhor do que o presente vivenciado pelos administrados; iii) viabilização de caminhos para a racional legitimação de emprego de instrumentos voltados ao bem comum, mediante um regime de controle e responsabilidade estatal das ações empregadas – com destaque, neste contexto, ao papel do Estado-Juiz na construção e na realização do Direito.⁴

A partir desse prisma, compreender que *escolhas públicas* não estão em um espaço de *livre* agir administrativo, tampouco possuem blindagem suficiente para se alocar acima de um regime de *sindicabilidade e responsabilização* de qualquer atividade pública, motiva a proposta de se estudar como concretizar mecanismos jurídicos para estabelecer o *controle jurisdicional da atividade discricionária estatal*, com destaque àquelas atividades que possuem uma repercussão nacional. Isto porque, tal como assenta Berbard Shawartz⁵, "verdadeiramente, de que trata o Direito Administrativo senão do *controle da discricionariedade*?"

Controlar escolhas administrativas é um dos grandes desafios a serem superados pelo Direito Administrativo. Determinar o objeto, a finalidade e as consequências do agir administrativo significa a superação de dogmas que já não mais representam respostas aos anseios do atual Estado brasileiro. Até porque, como ensina Rui Barbosa⁶, "*administrar é, primeiro de tudo, saber o que se quer, a razão por que se quer, as conseqüências do que se quer*". Inevitavelmente, tais respostas, mediante uma interpretação conforme a Constituição, são alcançadas a partir da proporcional e correspondente atividade de controle das escolhas administrativas. De igual forma, quando tais escolhas representam ameaça ou concreta agressão a direitos, as respectivas respostas conformam a legitimidade do controle jurisdicional do agir administrativo constitucional – quando adequadamente

⁴ Para Carlos Alberto Molinaro o *Direito*, como produto cultural, é "revelado desde uma posição *parcial e participante*, constitui-se numa *tensionada dialética posição/disposição*, revelando o equilíbrio de tudo aquilo que tende a opor-se, pois é desde a parcialidade e da participação que se pode incluir um [mecanismo] *de antecipação conveniente para solucionar confrontações assimétricas à posição* do sujeito da relação opositiva". Conforme Molinaro, "assim, o Direito está na afirmação do *eu* e a sua recíproca interação com o *outro* (isto é participação). Uma ordenação deste jaez pode ser a base efetiva de um projeto liberatório com o objetivo de produzir, efetivamente, a emancipação dos sujeitos relacionados a esta ordem" (MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental...**, p.35).

⁵ SHAWARTZ, Berbard, *apud* ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democraia, Jueces y Control de la Adminitracion**. 4.ed. Madri: Editorial Civitas, 1998. p.48.

⁶ MATTOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa**. São Paulo: Migalhas, 2010. v.1. p.68.

provocado – conforme se espera da Administração Pública voltada à promoção e proteção do cidadão.⁷

Diante do exposto, pretende-se sugerir a mudança de perspectiva da interpretação jurisdicional do direito administrativo, fundado na *monológica* noção do princípio da legalidade, para uma interpretação *consequencialista* hábil o bastante para realizar os valores constitucionais e viabilizar os vetores de *sucesso estatal*, ao promover os objetivos constitucionais estabelecidos no art. 3.º da CF/88. Para tanto, primeiramente, faz-se necessário superar o dogma jurídico da insindicabilidade judicial do aspecto discricionário do ato administrativo, bem como estabelecer que o controle integral da atividade pública é uma das mais importantes garantias de que a construção de um aparato estatal para a promoção do desenvolvimento do cidadão possa ser benéfica, útil e verdadeiramente voltada ao seu desiderato fundamental.

i) O dilema do sucesso estatal

O Estado existe a partir de um dilema constitucional, aparentemente sem perspectiva de solução. O dilema do sucesso estatal materializa-se da seguinte forma:

a) Ao que parece, a razão de existir do Estado está voltada, basicamente, à realização de um futuro melhor para seus criadores e fornecedores de legitimidade, porque assim se determinou no atual pacto constitucional, conforme preconizado em seu art. 3;

b) No entanto, tem-se a impressão de que se o Estado cumprir com os seus objetivos fundamentais, deixará a sua razão de existir e ficará sob o domínio daqueles que o criaram, pois a plenitude de suas tarefas estará realizada, tendo em vista seus básicos deveres de *bem servir* e de *impor proporcionais limites* ao povo.

Assim, forma-se o dilema do sucesso estatal, qual seja:

a) ou o Estado *realiza plenamente* sua tarefa fundamental de concretização dos ditames constitucionais de desenvolvimento intersubjetivo do cidadão, a partir de valores que consubstanciam o atual entendimento acerca da dignidade da pessoa humana;

⁷ Vale lembrar que "o conceito de administração somente pode ser apreendido no contexto de um grupo humano: administrar é algo que passa por estruturar um grupo humano em função dos fins que este se propõe atingir. Ora, um grupo humano estruturado em função dos fins a atingir é uma organização. Administrar é uma atividade que se concretiza na combinação de meios humanos, materiais e financeiros levada a cabo no seio de uma organização; *administrar é uma ação humana que consiste exatamente em prosseguir certos objetivos através do funcionamento da organização*". (CAUPERS, João. **Introdução ao direito administrativo**, p.27).

b) ou realiza o mínimo necessário para que o objeto de sua existência – o cidadão – não deixe de ser atendido, pois, do contrário, também o Estado perderá sua razão de existência.

Logo, emergem daí algumas inquietudes: o Estado busca o *sucesso* ou pretende *perpetuar-se* ao longo do tempo? Aspira atender ao seu *desígnio fundamental* ou ambiciona *existir despregado de sua missão maior* junto ao cidadão que o criou? O Estado pretende *servir* ou *existir*? Almeja *coexistir com seus partícipes* ou *realizar-se independente deles*?

Eis, então, o dilema estatal: *ser para atender* ou, simplesmente, *atender para ser*. *Servir para existir* ou *existir para servir*?

O que se percebe, como notório, é o Estado servindo nos limites do interesse próprio, para não perder sua razão de existência caso, teoricamente, alcance sua missão maior de não mais ser necessário para regular seus integrantes, ainda incapazes de se desenvolverem satisfatoriamente sem o seu auxílio. Isto é, o Estado, em tese, não pode realizar *plenamente* seus objetivos primordiais e, de outro ângulo, não pode realizar *insuficientemente* seus objetivos fundamentais. O que o Estado, então, *deve fazer*? Certamente a resposta está direcionada ao ideal de que o Estado deve fazer o *máximo possível para o pleno alcance de seus objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional*. E se assim o fizer, aproximando-se, dessa forma, das fronteiras da razão de sua existência, *como poderá garantir que o ente público atuará em prol deste básico desiderato, capaz de viabilizar meios de um futuro melhor do que o presente*?

ii) Controle integral da atividade pública

Seguramente imagina-se que a *melhor resposta* está vinculada à concatenação de uma *robusta atividade de controle* de tudo o que o Estado faz. Sem margem de equívocos, a *efetividade* do controle do Estado, com destaque à atuação da Administração Pública, promove o constante empenho da máquina pública para a realização do primado dos direitos fundamentais e afasta a sempre presente sombra do abuso do poder, o qual poderia originar uma autojustificação estatal – isto é, a justificação do Estado por si próprio, fato que remonta às tiranias já testemunhadas ao longo da história.

Poucas dúvidas existem sobre a positiva tendência de aumento e sofisticação do controle da atividade pública, fato este festejado e realmente produtivo para o desenvolvimento sinérgico dos participantes do Estado. Com efeito, o advento de

novas tecnologias, o incremento de estruturas de reclamação e ouvidorias sociais, a democratização da informação (via novos meios de interação intersubjetiva, como a internet), dentre outros, demonstram claramente que o Estado, hoje, possui um controle maior de sua atuação do que em tempos passados.

Entretanto, apesar dessas alvissareiras conclusões sobre a atividade de controle necessária para a manutenção da existência do Estado, voltado a beneficiar o titular do poder, *ainda há muito para se caminhar na trilha da viabilização do desempenho estatal em prol do alcance dos objetivos fundamentais constitucionais.*

O presente trabalho, então, *propõe* indicar caminhos para a superação de uma intrigante *questão, que abre espaço para que o Estado se afaste dos seus objetivos fundamentais: como algumas manifestações do que é público podem blindar-se do controle jurisdicional, em determinadas situações, autoproclamadas insindicáveis, de forma a imaginar a possibilidade de existência de verdadeiras zonas de penumbra ante o obrigatório controle de tudo o que é público?*

A dúvida se evidencia quando se vislumbra a atual tendência jurisprudencial – com relevantes destaques – voltada a cancelar a insindicabilidade judicial do mérito dos atos administrativos. Entende, tal corrente jurisprudencial, ora combatida, que o espaço discricionário da Administração Pública, ou seu juízo de conveniência e oportunidade (mérito), não pode ser novamente analisado por uma função estatal diversa da Executiva, mesmo considerando o papel constitucional do Estado-Juiz estabelecido no art. 5.o, XXXV da CF/88.

O estudo visa demonstrar, inclusive, que é imprescindível a constante ampliação de ferramentas de controle da atividade administrativa do Estado, mediante a instrumentalização de critérios objetivos que caracterizam o ato administrativo e estabelecem sua conformidade de acordo com os valores do Direito. Iniciativa realizada, por exemplo, por meio da indispensável verificação do *nexo de causalidade* entre a produção do ato administrativo e a correspondente realização de um determinado interesse público concretizável. De equivalente maneira, por meio do exercício da primordial *interpretação consequencialista da atuação administrativa*, considerando, neste trilha, quais são os respectivos reflexos práticos e jurídicos.

A análise tem como escopo claro, então, apontar meios que contribuam para a mudança da mencionada tendência jurisprudencial e doutrinária no sentido de que se viabilize o pleno controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, sem

substituir a atividade Executiva do Estado pela atividade Judicial. Da mesma forma, visa-se afastar a atuação do Estado que esteja em desacordo com seu *primordial dever de promoção e proteção do cidadão*. Inclusive, via a sugestão de técnica processual judicial própria para a tutela jurisdicional do *ato administrativo discricionário de interesse nacional*, com competência originária do STJ.

iii) Questões constitucionais sobre a Administração Pública

Como objetivos complementares, abordar-se-ão algumas propostas de superação de determinadas questões constitucionais quando se trata de atuação administrativa estatal. Destacam-se, entre outros questionamentos, os seguintes: i) os princípios determinam a forma de agir da Administração Pública ou tratam-se apenas de normas indicativas de limites de sua atuação?; ii) espera-se, realmente, a atividade administrativa *eficiente*, conforme as possibilidades fáticas do seu executor – o ser humano – ou se espera uma atividade utopicamente *ótima*?; iii) as más escolhas administrativas – falhas da Administração – devem ser *afastadas* do sistema jurídico ou devem ser consideradas para que possam ser *superadas* e, assim, fazer parte de um real desenvolvimento sinérgico dos envolvidos desse mesmo sistema?; iv) critérios de racionalidade econômica podem ser úteis para aferir a eficiência administrativa e, assim, determinar onde se precisa do Estado de forma mais presente e onde sua presença pode (ou deve) ser menos presente?

Lança-se ainda outro questionamento: qual é a relação entre todas essas questões e o presente clamor do pleno controle da atividade discricionária administrativa do Estado? Na realidade, todas elas desembocam no mesmo caminho: *a realização do Estado é a sustentação do constante desenvolvimento dos seus partícipes, com sua mínima participação*.

Admitir, controlar e superar suas imperfeições; buscar metas proporcionais à respectiva capacidade de realização; ser eficiente conforme valores humanos de viabilidade; gerenciar suas potencialidades e reduzir suas dificuldades são fundamentos para que o Estado atenda ao seu povo, longe de utópicas promessas do *cidadão participante da gestão do que é público*. O cidadão, quando realmente fizer parte da gestão pública, transformar-se-á na gestão de si próprio e, se assim for, deixará de ser *incompetente* para sua autorregulação e não mais precisará de um Estado para cumprir tal mister. Ou seja, trata-se de uma ideia ainda utópica para compreensão das relações intersubjetivas nos Estados hodiernamente conhecidos, pois não há desenvolvimento suficiente de tais relações para a completa exclusão

da tutela estatal das relações estabelecidas entre os indivíduos, viventes em um determinado espaço minimamente organizado para lhes proporcionar dignidade como seres humanos.

A atividade pública recria aquilo que o ente escolhido para tutelar as liberdades em uma sociedade faz em prol desta, com todo o poder concedido pelo povo de determinada nação. A partir dessa ideia, observa-se a necessidade de análise de alguns ditames constitucionais que tratam do exercício de tal atividade pública. Isto porque, depreende-se da Constituição Federal os vetores de garantias do cidadão ante o Estado e a indicação das formas de concretização do ônus estatal de aprimoramento e promoção do seu sistema jurídico, de forma a viabilizar constantes melhorias a todos aqueles que estão sob sua responsabilidade de desenvolvimento.

iv) Escolhas públicas

Assim, teoricamente, considerando o constantemente renovado interesse do cidadão sobre a boa gestão pública de sua vida e como o respectivo gestor público realiza os ditames constitucionais voltados ao seu desenvolvimento, revela-se a importância das questões que circundam as *escolhas públicas*. Tais escolhas definem o caminho a ser seguido pelo povo de determinada nação e, desse modo, precisa estar em plena consonância com o objetivo maior de realização de desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do sistema estatal, uma vez que por essa razão que cada cidadão dispõe de parte de sua liberdade em nome de uma gestão unificada dessas liberdades por um ente externo: o Estado.

O percurso para o alcance desse bem maior não está livre de barreiras e entraves que desvirtuam sua essência e o afastam do seu objetivo. Isto é, produzir '*boas escolhas públicas*' é tarefa hercúlea, pois, para aferir tais escolhas, retoma-se a necessidade de estabelecimento de critérios claros, democraticamente legítimos e, principalmente, objetivos da atividade administrativa. Isto porque, para se tratar do que é público – de todos –, precisa-se primordialmente afastar das tarefas estatais o caráter *subjetivo* do seu conteúdo e, ao máximo possível, incutir a natureza *objetiva* própria do ônus da atividade pública, pois é assim que o Estado se manifesta: *longe de paixões e vontades pessoais e próximo ao padrão comum responsável e responsabilizável estabelecido pelo Direito*.

O agir estatal administrativo, de forma *objetiva*, visa estabelecer maior: *previsibilidade, segurança, viabilidade de controle, legitimidade democrática, força*

coativa, padronização do sistema, confiança, dentre tantos outros benefícios que caracterizam a *boa administração pública* – assim como aquele que realiza, na plenitude de sua possibilidade, o primado dos direitos fundamentais, de forma a assegurar a existência digna do ser humano, suficiente para lhe fornecer energia e razão de existência. Entretanto, não se espera encontrar atividades públicas integralmente *objetivas*, isto é: que concedam plena capacidade de determinação de como atuarão (*previsibilidade*); que concedam os exatos limites de razões e finalidade de sua existência (*segurança*); que viabilizem a integral sindicabilidade de sua formação e reflexos (*controle*); que sejam total e livremente aceitas pelo povo (*legitimidade democrática*); que efetivamente determinem padrões de conduta (*força coativa*); que promovam a ampla concatenação lógica do sistema jurídico (*padronização do sistema*); e, finalmente, que gerem inquestionável aceitação popular (*confiança*) do agir público – cenário que certamente desenharia a clamada *boa administração pública*.

A utopia do pleno e adequado agir público, então, se aproxima – ou pode ser determinado – da atuação *objetiva* do Estado, conforme padrões democráticos legítimos e que concretamente realizem a promoção e proteção do cidadão com a estrita finalidade de gerar real desenvolvimento intersubjetivo dos integrantes do seu sistema. No entanto, como não é possível usufruir desse ideal de Estado, pois se encontram elementos *subjetivos* no agir público e as escolhas estatais não podem ser integralmente *objetivadas*, busca-se *estudar* como aproximar o ideal de bem agir estatal da realidade equivocada de '*liberdade de escolhas administrativas*' determinadas, basicamente, pelo atual entendimento majoritário jurisprudencial sobre o '*poder discricionário administrativo*', resumido na limitação inconstitucional do seu pleno controle.

Destarte, para superar a questão da ausência de pleno controle jurisdicional do ato administrativo, tratar-se-á da capacidade estatal de escolher caminhos para melhor atender ao cidadão e, principalmente, da sindicabilidade jurisdicional dessas escolhas, isto é, sobre a '*plena e concreta viabilização do controle da discricionariedade administrativa*'.

v) *O controle da discricionariedade administrativa e a atual tendência jurisprudencial sobre a matéria*

A maior preocupação está em torno da atual tendência jurisprudencial brasileira de afastamento do pleno controle da atividade administrativa do Estado⁸ e, na mesma linha, a possibilidade de aceitar-se '*liberdades administrativas*' ou, também, atos administrativos afastados da tutela jurisdicional constituem algumas das maiores preocupações deste estudo. Isto porque, a plena e absoluta viabilidade do controle judicial do ato administrativo – por todos os envolvidos no ônus público – é tarefa fundamental da máquina administrativa e essencial para a sua legitimidade e justificativa de existência.

O Estado que se autodenomina *democrático de direito* deve não apenas ter a consciência do exercício da justiça como meio de pacificação e de desenvolvimento social, mas também precisa saber instrumentalizar tais meios para conceder efetivos resultados de suas constitucionais pretensões. Esse papel compete também ao Judiciário. O controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a Administração Pública existe para que aqueles que concederam parcelas de sua *autodeterminação* (liberdade individual) possam encontrar a paz e a segurança de que seus direitos não serão ameaçados, e, na ocorrência de ameaça ou dano a tais direitos, prontamente o ente criado para agir para o seu *bem-estar* reprimirá essas atividades. O controle do Judiciário é a engrenagem final da atividade estatal, é o eixo da balança do poder do Estado, é – finalmente – o modo como se consegue determinar o grau de exercício *democrático de direito* de um dado Estado.

O que se sabe sobre a limitação administrativa coincide com aquilo que se pretende para o detentor de coisa alheia. O controle exercido diretamente pelo dono da coisa – ou por pessoas fiscais indicadas por esse – deve ter parâmetros e regras claros, com meios, inclusive, que garantam sua efetividade empírica. Nessa linha, o Estado – que gere a coisa pública (de todos) – precisa atuar sempre em prol do atendimento do interesse do titular dessa coisa pública: o *cidadão*. Nesse desiderato, para segurança do cidadão, indispensável se faz o estabelecimento de regras objetivas, coerentes, factíveis e conectadas aos anseios dos partícipes do Estado para aqueles que exercem o mister público (em qualquer esfera) e da própria coisa pública. O controle do Estado-Juiz possui essa característica: de conceder ao titular da coisa a oportunidade de confiar que o detentor dessa coisa está atuando com o nobre fim de promoção do desenvolvimento de todos, sinergicamente. Como

⁸ Conforme será demonstrado no item 2.1.3.

visto, a questão estatal aqui levantada não se encontra propriamente nas *falhas da atividade pública, mas em como o Estado promove o seu adequado controle e se desenvolve a partir da superação de tais falhas.*

O incremento de controle sugerido recobra a necessidade do afastamento de ilusões prejudiciais ao desiderato proposto de melhor desenvolvimento possível do sistema jurídico e social atualmente vivido. Não se trata, apenas, de buscar o controle de um espaço de penumbra da atividade pública, mas também da indicação de mudança de tendências jurisprudências e doutrinárias, logicamente, feita com fundamento em bons exemplos já externados nesta mesma direção. A tese, destarte, *sugere operacionalização desta nova tendência já existente para auxiliar a plena concretização desta primordial forma de manutenção coerente do sistema jurídico posto com o propósito final de realização dos objetivos da República brasileira.*

vi) *Direito Administrativo como palco e cenário da discricionariedade administrativa*

Pretende-se estabelecer o presente estudo tendo como fio condutor as relações circundantes do ato administrativo, mais propriamente, aquelas estruturantes da *discricionariedade administrativa*. Para tanto, faz-se necessário firmar o palco e o cenário jurídicos onde a discricionariedade administrativa está inserida, ou seja, o *Direito Administrativo*, organizado a partir de um regime jurídico e função próprios diante do Estado, com objetivos finais de promoção e proteção do cidadão.

Desse modo, ao estabelecer o cenário e o palco para aplicação da tese em tela, o estudo não irá furtar-se em caminhar já no objeto próprio da contestação da atual perspectiva do controle judicial da discricionariedade administrativa, para, depois, apresentar a indicação da nova realidade proposta, como meio auxiliar de desenvolvimento do sistema jurídico estabelecido.

Buscar-se-á levar o leitor aos passos da necessária concepção constitucional do exercício da discricionariedade administrativa, conforme a realidade hoje vivida no Estado brasileiro. Isto é, pretende-se estabelecer um corte de *tempo e espaço* próprios para que o atual sistema jurídico normativo brasileiro finalmente possa ser respeitado perante o seu agente legitimador: o cidadão. A tendência de afastamento do objetivo de promoção do ser humano, como se constatam, por exemplo, nas

restrições do Estado ao seu direito de ação protegido pelo art. 5.o, XXXV⁹, precisa ser frontalmente combatida, pois encolhe o sistema, em um retrocesso inconstitucional. É dever, então, de qualquer operador do Direito, promover a sua interpretação e aplicação no sentido de expansão do sistema, no máximo de suas possibilidades para atendimento daquele que justifica sua existência: o indivíduo, a sociedade e o povo.

Daí porque é preciso estabelecer quais são as premissas cognitivas das *barreiras a serem superadas* no presente estudo. Tais barreiras se consubstanciam no constante abalo do sistema causado pelo afastamento do controle jurisdicional do aspecto *discricionário* do ato administrativo – conforme se verifica empiricamente – e pela insuficiência de força jurídica dos atuais critérios conformadores do ato administrativo para viabilizar o seu necessário 'amplo controle judicial'.

A superação dessas barreiras, nesse sentido, ajudará a encaminhar o sistema jurídico brasileiro aos trilhos do *desenvolvimento* com o destino de manutenção de sua legitimidade e razão de existência. Legitimidade que se consubstancia na tarefa de *servir ao ser humano e impor limites à sua liberdade em nome de um bem maior*. O ser humano, neste contexto, é o protagonista que necessariamente precisa ter o objetivo de realização de uma vida cada vez mais próxima aos valores de existência digna e com propósitos de permanente alcance de desenvolvimento individual e intersubjetivo.

Desse modo, tem-se a necessidade de firmar o que este estudo compreende por institutos jurídicos seminais para alcançar seu objetivo principal: *encontrar caminhos para superar as barreiras que dificultam a sindicabilidade judicial do mérito administrativo*. Indicar-se-ão, assim, algumas sugestões práticas e viáveis para o alcance desse desiderato.

Assim, importa, neste momento, destacar pontualmente a compreensão sobre Direito Administrativo, como palco e cenário do desenrolar da *discricionariedade administrativa* para se estabelecer o recorte do tema a ser tratado.

O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público voltado à organização da *contenção da atividade estatal destinada à persecução do interesse público concretizável para o real benefício do cidadão*. Estabelece os limites da gestão do poder que é exercido em nome do povo. Trata-se da *concatenação do agir*

⁹ Sobre o tema, vide: FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 3.ed. São Paulo: RT, 2011. p.70-83.

responsável e responsabilizável do Estado, conforme um regime jurídico próprio de poderes e sujeições. Apoiar-se e se justificar para o sistema jurídico pátrio em dois pilares: a inafastabilidade do alcance do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Nas palavras de Sérvulo Correia, "Direito Administrativo é o ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública [no âmbito das três funções do Estado] e disciplinam em termos específicos as relações entre órgãos da Administração e entre a Administração e particulares"¹⁰. A partir da doutrina de Prosper Weil, verifica-se que o Direito Administrativo não procura somente assegurar à atividade administrativa a expansão que lhe permita realizar os seus fins de interesse geral. Tende, também, a proteger o indivíduo das ameaças de um poder sempre perigoso para os direitos e liberdades individuais. Comporta, igualmente, um importante aspecto de controle interno da Administração, como salvaguarda das respectivas competências, não somente do Estado em si, mas também de todo o regime jurídico que o sustenta.¹¹

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹² leciona que o Direito Administrativo juridicamente ordena a atividade do Estado quanto à organização (quanto aos modos e aos meios da sua ação), bem como quanto à forma da sua própria ação (legislativa e executiva), por meio de atos jurídicos normativos ou concretos, na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, em que participa, de forma direta e imediata, e das pessoas de direito que façam as vezes do Estado-poder. Para o autor, "tais atos jurídicos envolvem a ação na disciplina, na fiscalização, na garantia e publicidade dos atos jurídicos dos particulares; no fomento das atividades livres dos particulares; nas limitações à liberdade, à igualdade e à propriedade deles em favor do bem comum; na execução de obras públicas e na efetivação de serviços públicos de oferecimento de comodidades de coisas e prestações; e na exigência de encargos análogos aos particulares, para atender ao interesse do todo social"¹³.

¹⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de direito administrativo**, p.54.

¹¹ Cf. WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Tradução de Maria da Glória F. Pinto. Coimbra: Almedina, 1977. p.105.

¹² Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v.1. p.72.

¹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, p.72.

Ruy Cirne Lima ensina que Direito Administrativo, em sua literalidade, significa Direito relativo à Administração. "O Direito supõe relações que devam ser reguladas e pessoas que se encontram umas diante das outras, sendo necessário estabelecer uma linha de separação entre o que elas podem fazer"¹⁴. Logo, para o autor, "as relações de que se cogita no Direito Administrativo são aquelas indicadas pela noção de administração. E a Administração será sempre a atividade desenvolvida pelo Estado (Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, 1903 t. I, p.15)"¹⁵. Dessa maneira, segundo Cirne Lima, pode-se dizer que não se envolve no Direito Administrativo senão pela via do *Direito Público*. "Pública é a atividade da Administração. Públicas são as pessoas que a exercem. Pública é a mesma disciplina jurídica que as regula. Diante do Estado administrador se encontram os destinatários de sua atividade, os habitantes de um território, cidadãos ou não, que fatalmente terão de se relacionar com o Poder Público"¹⁶.

Para Cirne Lima, "como o Estado tem por finalidade, por meio da atividade administrativa, realizar a utilidade pública, está presente no direito público o interesse público"¹⁷. Esclarece que, em princípio, o Estado atua como ente soberano para o exercício desta atividade, e assim se relaciona nesta condição com os administrados – apesar da já verificada superação da perspectiva puramente vertical do Estado ante o cidadão administrado. "De outra parte, o Estado, na procura do bem comum, atua como mandatário da sociedade e é titular de [prerrogativas] e de obrigações de natureza especial, que estão definidos pelo direito público"¹⁸. Conclui o autor que "a normação jurídica que concerne, de modo imediato, à essência do Direito e à essência do Estado, e que tem como finalidade a proteção do bem comum, inequivocamente é direito público. Quando esse Direito se concretiza numa atividade do Estado para a realização imediata de seus fins, [está-se] diante do Direito Administrativo"¹⁹.

Nesses termos, "destinado a assegurar o bem individual e o bem coletivo e ainda a própria sociedade organizada como um bem em si mesma, reclama o Direito

¹⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.31-32.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Ibid.*, p.33-34.

¹⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**, 7.ed., p.33-34.

¹⁹ *Id.*

Administrativo uma intensidade de comando e uma eficiência de realização²⁰, que, recusadas às relações dos indivíduos entre si ou com o agregado, seria impossível fossem encontradas alhures²¹.

Exalta-se, por oportuno, o conceito formulado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pois, como bem expressa, "esse conceito expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo, que o tinha como um *direito do Estado*, enquanto administrado monopolista do interesse público, para incorporar a nova perspectiva, que enfatiza o *direito do administrado* em face do Estado, este, agora, enquanto instrumento e parceiro da sociedade na realização do *interesse público*"²². Conforme o autor, "Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação legal e de sua aplicação judiciária contenciosa"²³.

Assim estabelecido, cada vez mais se observa a aproximação desse ramo jurídico ao Direito Constitucional. Fenômeno natural, tendo em vista que o Direito Administrativo consiste na operacionalização e concretização dos valores fundamentais instituídos pela CF/88. "Nem sempre hoje se consegue traçar com nitidez as fronteiras do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. O Direito Administrativo não compreende só as normas reguladoras da estrutura e da disciplina interna da Administração e as da atuação dos seus elementos como sujeitos de direitos no exercício dos seus poderes e deveres legais para com os administrados; compreende, também, as normas de garantia dos direitos e interesses destes". Para Jorge Miranda, "Surgido, tal como o Direito Constitucional, como o constitucionalismo, nele perpassa a tensão entre os poderes de decisão e de execução dos órgãos administrativos e a necessidade de defesa dos direitos e

²⁰ 'Handlungseffizienz' no dizer de Norbert Achterberg (*Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1982, p.77-78 *apud* LIMA, *op. cit.*, p.32).

²¹ *Id.*

²² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.47.

²³ *Id.*

dos interesses dos administrados. O princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade da lei.²⁴

Na concepção desse autor²⁵ assevera que será de Direito Constitucional tudo quanto estiver imediatamente relacionado aos valores e às concepções que prescindem à legitimação e ao exercício do poder político. De outro lado, de Direito Administrativo tudo quanto contender com a sua concretização ou efetivação, por meio das formas próprias de agir da Administração.²⁶

Conforme Fabricio Motta²⁷, a submissão da Administração à Constituição, no caso brasileiro, foi feita com intensidade antes inimaginável, a ponto de transformar a Constituição na maior fonte do Direito Administrativo pátrio. Tal submissão aproximou o Direito Administrativo do Direito Constitucional, trazendo como consequência a necessária vinculação da Administração Pública à força normativa da Constituição. A vinculação, é certo, ocorre inspirada pela dogmática constitucional atual e pelas características do Estado contemporâneo – ao contestar a conhecida frase de Fritz Werner segundo a qual o Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado. Canotilho esclarece que "[...] não se trata de concretizar tão só ou principalmente o direito constitucional por meio do direito administrativo, mas de inventar regras (*rulemaking*) e de solucionar litígios (*adjudication*) dentro de contextos jurídicos políticos colocados nas mesmas redes e apertados pelas mesmas malhas". Ainda, conforme texto de Motta, sob essa mesma inspiração deve ser considerada atualmente a famosa frase de Otto Mayer, aduzindo que *o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece*. "A impermanência, marca do atual tempo da velocidade da informação e do pensamento, deixa suas impressões em todos os ramos do direito, notadamente no Direito Administrativo,

²⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 8.ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2009. Tomo I. p.23.

²⁵ *Id.*

²⁶ "O alargamento da intervenção do poder público na vida econômica, social e cultural e as mutações sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e daquelas outras que devem ter-se por administrativas. Quando o Estado do século XX ou do século XXI se apresenta como um Estado *administrativo*, em vez de *legislativo* (para empregar uma expressão de Carl Schmitt), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei se traduz em medidas concretas ou emana do Poder Executivo, é esse ato de Direito Constitucional que parece convolar-se em ato de Direito Administrativo." (*Id.*).

²⁷ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.81-82.

exigindo flexibilidade e abertura para as necessárias adaptações ao alcance dos objetivos do Estado"²⁸.

Fabricio Motta²⁹, arrimado nas lições de Luís Roberto Barroso, dentre outros, aponta as seguintes consequências decorrentes da constitucionalização do Direito Administrativo, conforme se defende no presente trabalho:

a) O limite à discricionariedade da Administração, em razão da normatividade dos princípios constitucionais, possibilitando inclusive o controle judicial do mérito do ato administrativo;

b) A imposição, à Administração, de deveres de atuação, notadamente voltados à realização dos direitos fundamentais e dos objetivos da República, determinando e orientando a realização de políticas públicas, assim como a prestação de serviços públicos;

c) A relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, impondo-se à Administração o dever de proporcionalidade no sopesamento dos interesses.

Sem perigo de equívocos, importa saber que o Direito Administrativo existe para contenção do poder estatal de gestão do que é público, com especial destaque à atividade discricionária administrativa, em função da margem legal de atuação concedida ao gestor público, quando da busca do melhor caminho a ser percorrido em razão de sua atividade. Seu desempenho precisa estar intimamente conectado com as garantias de que o Estado arbitrará o funcionamento da máquina pública *conforme os ditames fundamentais da Constituição*. Nessa realidade, então, se a Constituição, eventualmente, não for rigorosamente realizada pelo Estado, o cidadão possui meios e mecanismos aptos para que a irregularidade seja resgatada aos valores do Direito, via um regime jurídico legitimamente constituído para compelir o Estado a cumprir com seus deveres e auxiliar o cidadão no seu projeto de desenvolvimento.

Isto é, prega-se "o reconhecimento de que a Administração Pública existe para o cidadão e a realização dos direitos fundamentais, e não para justificar interesses secundários da pessoa do Estado"³⁰. Como destaca Paulo Ricardo

²⁸ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, p.82-83.

²⁹ *Id.*

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a constitucionalização do direito administrativo no contexto brasileiro: complexidade do processo. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: ICJP, 2011. p.234.

Schier, "não é o homem que gira em torno do Estado, mas o contrário. A ideia, manifestada no âmbito de um discurso do Direito Administrativo constitucionalizado, expressa um movimento de democratização"³¹.

Mediante lições de Diogo Freitas do Amaral³², tem-se que o Direito Administrativo nasceu precisamente para garantir aos administrados a possibilidade de recorrerem aos tribunais contra os atos administrativos ilegais que os ameaçassem ou trouxessem algum prejuízo aos seus direitos.

E embora atualmente o Direito Administrativo tenha uma função muito mais ampla e diversificada – quer como garantia contra outros comportamentos, quer como sistema que comporta outras garantias para além da impugnação anulatória –, não há dúvida de que a ação impugnatória (de anulação) de atos administrativos ilegais, bem como o pedido (cautelar) de suspensão provisória da eficácia do ato administrativo, continuam a ser as armas jurídicas mais utilizadas pelos particulares, junto dos tribunais, contra as decisões ilegais da Administração que considerem lesivas dos seus direitos ou interesses legítimos.³³

Sugere-se, então, o estabelecimento de *demanda jurisdicional própria para o resgate da conformação do sistema diante de eventuais atos administrativos discricionários ilegais* – a ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional – sob a competência do STJ, para a homogeneização da adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário, de maneira a conceder maior segurança nas relações sociais e jurídicas desenvolvidas no Estado brasileiro. De igual forma, indicar-se-á o fortalecimento do tecido constitucional administrativo democraticamente firmado e fortalecido ao longo do tempo, por meio de interpretação consequencialista do Direito Administrativo e demais técnicas jurídicas a serem tratadas no decorrer do presente estudo.

Isso posto, faz-se necessária a análise do ato administrativo e suas relações e reflexos com os demais institutos jurídicos que envolvem o *bem agir administrativo*, com intuito de demonstrar a necessidade do estabelecimento de novos passos de desenvolvimento do regime jurídico administrativo, e sua tutela jurisdicional, com o

³¹ *Id.*

³² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011. v.2. p.260-261.

³³ *Id.*

claro objetivo de promover a permanente renovação da maneira como o Estado atende aos anseios, sempre renovados, dos seus administrados.

vii) Roteiro

Para o alcance das propostas supradestacadas, de sugerir caminhos para a *adequada tutela jurisdicional da discricionariedade administrativa como ferramenta de promoção e concretização dos objetivos fundamentais da república brasileira*, não se pode prescindir da reflexão sobre:

a) a teoria geral do ato administrativo, seus caracteres, atributos, limites e regime jurídico-administrativo que determinam sua forma de expressão sempre voltada à realização de um concretizável interesse público (Capítulo 1);

b) o aspecto vinculado e discricionário do ato administrativo e consequências fáticas e jurídicas decorrentes (Capítulo 1);

c) o controle judicial da discricionariedade administrativa e como ele pode avançar para um melhor atendimento dos objetivos fundamentais da República estampados no art. 3.º da CF/88, via legítima superação das falhas estatais (Capítulo 2);

d) a operacionalização de outros critérios objetivos do controle do ato administrativo discricionário, para a ampla *sindicabilidade* das falhas e das ilegalidades administrativas, tais como: o estabelecimento do nexo causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado e a determinação da conformidade legal das consequências do ato administrativo para melhor viabilização do seu controle (Capítulo 2);

e) a assunção de que a Administração Pública pode sustentavelmente *falhar*, quando de sua atuação discricionária, se concretamente superar a sua falha e assim realizar determinado interesse público, considerando a possibilidade de promoção de escolhas públicas, sem deixar, assim, de atender aos seus valores fundamentais estruturantes. Ou seja, deve desenvolver-se por meio da necessária superação de suas *falhas* de escolhas públicas para uma sólida realização dos direitos fundamentais que a condicionam, com o constante vetor de proteção e promoção do cidadão (Capítulo 2);

f) a determinação de limites discricionários administrativos proporcionais ao necessário desenvolvimento do sistema estatal. Isto é, limites que não se demonstrem fortes a ponto de incorrer numa substituição da atividade administrativa estatal pela atividade judicante do Estado, bem como não se demonstrem

insuficientes, a ponto de não promover um mínimo controle da atuação administrativa estatal em conformidade com os valores fundamentais do Estado (Capítulo 3);

g) como aceitar que a atuação do Estado, feito por um sistema criado por pessoas, para pessoas, pode ser pensada a partir da superação de suas falhas e não na mera exclusão delas. E como tal linha de raciocínio pode ajudar a viabilizar um melhor engajamento dos partícipes estatais que, ao final, estarão voltados à consecução de um objetivo comum: tornar-se, constantemente, *melhor* do que já foi, no maior número de dimensões possíveis para que finalmente se compreenda como tal (Capítulo 3);

h) finalmente, a sugestão de técnica processual jurisdicional própria para a tutela judicial de ato administrativo discricionário de interesse nacional, tendo em vista a necessidade de proteção da estabilidade do sistema sociojurídico estabelecido, ameaçado pela atual forma de controle judicial de tais atos (Capítulo 3).

Nesse contexto, o empenho nuclear desta tese está voltado para o afastamento das barreiras jurídicas que dificultam o amplo controle judicial da discricionariedade administrativa. Para tanto, faz-se necessário identificá-las, definir caminhos para sua superação, assim como estabelecer o efetivo resultado produtivo desse processo. Tendo isso presente, o trabalho será realizado, primeiramente, a partir das (i) *premissas cognitivas das barreiras jurídicas a serem analisadas*, após, sobre (ii) *barreiras jurídicas a serem suplantadas*. Ato contínuo, tratar-se-á dos (iii) *caminhos para superação das barreiras jurídicas analisadas* e, finalmente, do *desenvolvimento do sistema a partir da superação das barreiras apresentadas*.

Este é o projeto que se apresenta para reflexão: sobre o critério de análise objetiva do ato administrativo (em especial a discricionariedade administrativa) – *nexo causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado* – e acerca de novos mecanismos do controle judicial da discricionariedade administrativa – *ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional*. Isto é, intenta-se propor um sério debate sobre a *adequada tutela jurisdicional da discricionariedade administrativa como ferramenta de promoção e realização dos objetivos fundamentais da República brasileira*.

CONCLUSÃO

A presente tese dedicou-se a indicar técnicas jurídicas – inclusive, processual-judiciais – para tutelar a atividade administrativa discricionária do Estado, com o desiderato último de auxílio na efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil estampados no art. 3.º da CF/88. Fundada na premissa de que o ato administrativo discricionário também está sob o manto da plena sindicabilidade jurisdicional da atividade estatal, procurou-se desenvolver técnicas hábeis e suficientes para viabilizar a manutenção da sustentabilidade sistêmica dos valores que conformam o Direito. Isto porque o exercício discricionário administrativo estatal também representa a expressão do ônus público estabelecido no atual Estado republicano democrático de Direito, conforme dicção da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, fez-se análise do papel da Administração Pública no dever estatal de concretização e realização do interesse público, mediante um concatenado e harmônico regime jurídico administrativo, viabilizado pelo exercício de prerrogativas (poderes) e sujeições (princípios) da atividade administrativa do Estado.

Assim definido, destacam-se as principais conclusões sobre o tema, tendo como trilhos a concretização do interesse público e a viabilização dos objetivos fundamentais da República. Logo, apresentar-se-á quais são os vetores indicados como essenciais para que o administrado possa receber o que o administrador público tem como dever de lhe proporcionar, minimamente, por meio de novas (ou renovadas) técnicas jurídicas, e processual-jurídicas, para a realização de um amanhã melhor do que o presente vivenciado pelos cidadãos do Estado brasileiro.⁴⁸⁸

1) *Tarefa do Estado*

Primeiramente, considerando os multifacetados feixes de forças e interesses existentes atualmente no ambiente social da República Federativa do Brasil, como lugar de interação *subjetiva*, observa-se que o Estado brasileiro se desenvolve mediante a persecução *do interesse público*, promovendo sua concretização a partir

⁴⁸⁸ Logicamente, as conclusões aqui exaradas foram desenvolvidas a partir de um determinado corte espacial (Estado brasileiro) e temporal (dias atuais). A mudança do entendimento sobre as premissas desenvolvidas no presente texto, naturalmente, podem ensejar o alcance de conclusões diversas dessas ora apresentadas.

da consagração material da preponderância do interesse público sobre o particular, em benefício do permanente e equitativo desenvolvimento intersubjetivo (quantitativo e qualitativo) do *povo* que lhe confere legitimidade e razão de existência, via eficiente instrumentalização de mecanismos *objetivadores* dessa relação.

2) *Interesse público*

A noção de interesse público pode ser consubstanciada como o produto da conjugação dos interesses de uma determinada nação voltado à promoção do máximo desenvolvimento intersubjetivo possível e concretizável. Assim exposto, conclui-se que interesse público possui relevância jurídica apenas quando é passível de determinação e concretização. Do contrário, trata-se de discurso vazio e sem força jurídica vinculante. Fato que, por si, afasta a ideia de conceito jurídico indeterminado, muitas vezes vinculado à concepção de interesse público.

Interesse público é objeto buscado por quem compõe um Estado (pessoa privada ou pública) para o benefício daqueles que precisam desse objeto para, assim, proporcionar condições de vida digna neste Estado, inclusive para si próprios. Nesses termos, interesse público é objeto que se condiciona como concretizavelmente positivo e produtivo, de forma proporcional, para quem carece de uma eficiente atividade estatal, conforme objetivos e estrutura normativa, social e política definida pela Constituição Federal. É fim a ser alcançado e promovido pelo Estado e pelos particulares em razão do dever geral de realização do sucesso estatal, via consolidação dos ditames constitucionais.

Nesse contexto, conforme mencionado, interesse público pode ser compreendido como produto das forças de uma dada sociedade (jurídicas, políticas, econômicas, religiosas, dentre outras) concretizadas em um determinado momento e espaço que exprime o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas dessa mesma sociedade. Então, alcançar esse produto, considerando as forças de uma determinada sociedade, é o dever primordial do Estado, conforme o art. 3.º da Constituição Federal.

Vale frisar que o interesse público não é necessariamente o que o Estado diz por si. Na verdade, aproxima-se de uma noção mais concreta de interesse público o produto que se extrai do inter-relacionamento das diversas forças que conformam a vida da pessoa humana em dado tempo e lugar. Ou seja, para a compreensão de interesse público, faz-se importante a definição do momento e do espaço que se

está a analisar o interesse a ser rotulado. Isto porque o produto das relações vinculadas ao ser humano que buscam definir o interesse comum que precisa ser protegido perante o interesse individual (quando este prejudica o desenvolvimento qualitativo da sociedade que se está a analisar) jamais será o mesmo em momentos e espaços diversos, pois depende das demandas expressadas nessas duas variantes das atividades humanas. Isto é, o que o indivíduo precisa neste momento e lugar certamente já não será o mesmo do que necessitará amanhã, ou em lugar diverso, fato que abre a moldura determinista de tentativas de conceituação estanque de interesse público e torna este elemento jurídico algo a ser estabelecido como princípio – consubstanciado no dever estatal de concretização do interesse público – pelo qual se estabelece por meio de efetiva atuação do Estado voltada ao desenvolvimento quantitativo e qualitativo de uma sociedade em um determinado momento e lugar.

O interesse público, então, define a priorização dos anseios e das necessidades de uma sociedade, a partir de critérios temporais e espaciais, para que as escolhas públicas possam ser tomadas para a concretização de um interesse público determinado, ou determinável, mediante um constitucional procedimento administrativo estabelecido para o alcance deste específico desiderato. Assim, controlar a determinação de um interesse público, a partir das escolhas administrativas feitas para promover a sua realização, é tarefa primordial do Estado, fato que demanda uma adequada instrumentalização da atuação jurisdicional estatal para realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mediante o alcance da concretização do interesse público e efetiva contribuição decorrente dessa tarefa no cotidiano dos administrados.

3) *Ato administrativo*

Ato administrativo é a atuação jurídica (comissiva ou omissa), unilateral e concreta, exteriorizada pela Administração Pública, ou por aqueles legalmente legitimados para tanto, advinda do seu exercício de função administrativa do Estado. Trata-se de manifestação do maquinário público para que se façam valer, para que se justifiquem, para que se sustentem a escolha e a confiança da sociedade em um regime estabelecido com vistas a melhorar sua vida incessantemente. Nesse cenário, não se pode permitir retrocessos e aberturas para sombras no exercício jurisdicional de controle da atividade administrativa do Estado.

Como visto, a premissa aqui adotada de ato administrativo é indivorciável da ampla capacidade de seu controle pelo Estado-juiz. Não se admite, nesta concepção, ato administrativo blindado da tutela jurisdicional. Se assim pretender ser, dissocia-se de sua característica de ato administrativo e torna-se manifestação da Administração Pública frontalmente contrária aos valores do sistema jurídico constitucional estabelecido hoje no Estado brasileiro.

Considera-se como uma das mais importantes conclusões parciais deste estudo, pois é da assunção da impossibilidade de existência de atos administrativos não sindicáveis jurisdicionalmente que se passa a compreender que, na dificuldade concreta (prática) de se promover o pleno controle dos atos administrativos – inclusive, os discricionários –, faz-se necessário desenvolver o sistema jurídico para que essa demanda seja adequadamente atendida. Ou seja, é imprescindível que o sistema se adeque às atuais demandas da sociedade no sentido de viabilizar o dever do Estado de promover o desenvolvimento e a proteção do cidadão, por meio de uma jurídica e socialmente legítima gestão de tudo o que é público, a partir de um regime de responsabilidades e responsabilização integral da atuação estatal.

Em suma, é momento de se convencer que *ato administrativo* é ato viabilizador dos valores concebidos no art. 3.º da Constituição. Apresenta-se como promotor primordial dos objetivos da República consubstanciados na ideia de desenvolvimento e bem comum. Isto é, *ato administrativo* invoca o Estado como ente legitimamente escolhido para proporcionar, permanentemente, um amanhã melhor para os titulares do poder originário que o criou.

4) Discricionariedade administrativa

Discricionariedade administrativa é a margem legal concedida ao gestor público para seguir o caminho que mais se aproxime da plena realização de determinado interesse público a ser concretizado, quando não expressa vinculação legal de assim seguir. Trata-se de escolha pública do que fazer, de como fazer, quando fazer e para que fazer, conforme obrigatória promoção de benefícios sociambientais concretamente realizáveis.

É muito importante lembrar que as escolhas administrativas precisam coincidir, e se harmonizar, com as escolhas constitucionais. Em outras palavras, imperiosamente a clamada *discricionariedade administrativa*, com destaque para aquelas com alargada amplitude legal de indeterminação, precisa estar fortemente enraizada em sólidos valores constitucionais para ser coberta da imprescindível

legitimidade jurídica apta a estabelecer a sua recepção no Direito determinante da vida em coletividade no republicano Estado de Direito brasileiro.

Ao que parece, este é o caminho para que a discricionariedade administrativa, como atividade pública, tenha seu regime jurídico construído a partir da atual dimensão constitucional de gestão pública estabelecida conforme os valores democráticos e de participação (e controle) popular, inclusive, por meio de exercício de seu direito de ação.

5) *Limites do mérito administrativo*

Entende-se como mérito do ato administrativo o conteúdo compreendido pelos critérios de conveniência e oportunidade da produção do ato, consubstanciando-se na definição de pretensão de se produzir o ato e a indicação do momento compreendido como o mais adequado. Isto é, trata-se da escolha pública de se realizar uma atividade administrativa e de definir qual o momento em que se pretende concretizar tal atividade.

Esse mérito administrativo, inicialmente estabelecido em um universo subjetivo de escolha de se fazer e quando se fazer em nome da Administração Pública, precisa ser objetivado ao máximo. Isto porque, uma vez que se define como atividade pública, a atuação administrativa estatal subsume-se aos critérios objetivos de controle do ato administrativo do Estado.

E é essa uma das grandes questões que envolvem o controle judicial do ato administrativo. Qual é o limite da sindicabilidade judicial do mérito administrativo, visto em evidência quando se trata de atos administrativos discricionários, sem que ocorra uma mera substituição do ato executivo pelo ato jurisdicional? Certamente tais limites são estabelecidos na racional motivação suficientemente apoiada em critérios objetivos e objetivadores da escolha pública fixada na definição em realizar, bem como quando realizar o ato administrativo, com destaque à capacidade de se estabelecer o nexos causal entre a produção do ato administrativo e a concretização de determinado interesse público.

6) *Controle estatal do Estado*

A constituição de poder sem controle é dominação. Da dominação decorre humilhação que, em longo prazo, por meio de superação, gera o fim deste poder. Isto é, *controle é elemento mantenedor do poder legitimamente constituído*. Deixa-se claro que o poder estatal só consegue alcançar seus objetivos produtivos de promoção do bem de todos por meio de um estreito, eficiente e efetivo *sistema de*

controle do que é público, com destaque ao papel do Judiciário, conforme determinação constitucional estampada no art. 5.o, XXXV da CF/88.

Nesses termos, sublinhe-se, *não há liberdades no agir público*. Todo e qualquer ato estatal precisa de linhas limítrofes objetivamente estabelecidas para que se viabilize o *controle de tudo aquilo que é público* – pois não pertence ou está disponível a este ou a aquele, mas a todos e para o bem de todos (nos limites da possibilidade de alcance do maior número de pessoas possível).

O controle do ato administrativo é necessário quando o Estado atua de maneira furtiva aos valores que conformam o Direito como um sistema harmônico e concatenado, ou, até mesmo, quando se faz necessária a chancela do ato administrativo questionado, concedendo maior força coercitiva e legitimidade para as atividades administrativas eventualmente questionadas. O pleno controle do aspecto discricionário do ato administrativo, então, justifica-se quando *se caracteriza a noção doutrinária e jurisprudencial de que é supostamente 'normal' a existência de espaços de sombra na atuação estatal e livre de controle externo próprio de regimes democráticos republicanos*.

Desse modo, torna-se fundamental a *busca de instrumentos que selem e retomem os trilhos dos valores fundamentais de um Estado criado para o claro propósito de fazer e trazer benefícios concretos para a sociedade e cidadãos que representa e que precisa promover seu desenvolvimento intersubjetivo*. Logo, se admitidos tais espaços insindicáveis, certamente perderá sua legitimidade e forma coativa de promoção dos seus objetivos constitucionais, fato que ensejará seu desmoronamento, tal qual um castelo de cartas.

7) Controle judicial da discricionariedade administrativa

Espera-se da sindicabilidade jurisdicional da discricionariedade administrativa o *'controle racional'* da *'racionalidade administrativa'* estatal quando concretizada, sem o qual deixa a Administração numa atividade *automática*, longe das necessárias superações das fricções negativas da atuação Executiva do Estado. Fato que remonta ao Estado não criativo, conseqüentemente, sem o controle dessa atividade racional. O controle racional da discricionariedade administrativa indica que há *racionalidade* na discricionariedade administrativa, elevada ao status de atividade pública em conformidade com a Constituição, inclusive, em razão da viabilidade de chancela judicial de tal atividade.

O controle judicial da discricionariedade administrativa, desse modo, não pode mais ser efetivado apenas nas linhas limítrofes da verificação da legalidade estrita do ato administrativo em questão. Isto é, não basta ao Judiciário verificar se aspectos formais da composição do ato administrativo estão em conformidade com a letra legal normativa. Não mais se aceita, em nome de inúmeros valores que estruturam o Direito – conforme vastamente apontados neste estudo – que o aspecto material do ato administrativo, com destaque ao seu teor discricionário, possa ficar fora da análise jurisdicional. Assim, o que se conclui sobre o tema é algo muito simples e que guarda coerência com o eixo estruturante desta tese: *a atividade discricionária estatal pertence ao universo da atuação pública do Estado, logo, não pode estar dispensada da plena possibilidade de correspondente controle jurisdicional, em todas as dimensões possíveis, aptas a auxiliar o atendimento dos objetivos da República estabelecidos no art. 3.º da CF/88.*

8) *Atual dimensão da harmonia entre as Funções do Estado*

A perspectiva clássica e estanque sobre a tripartição dos Poderes, em que se estabelece predeterminados limites de atuação de cada Função do Estado, sob as respectivas dimensões primordiais, não traz mais respostas suficientes aos anseios das questões que demandam a sua aplicação. Isto porque, faz-se necessário interpretar a tripartição das Funções estatais conforme o constitucional vetor da cooperação e coexistência harmônica entre as Funções Jurisdicional, Legislativa e Executiva do Estado. Em especial, ao assunto abordado na presente tese, imaginar que o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é ato contrário à teoria da separação das Funções do Estado, por suposta usurpação – ou substituição – de competência administrativa, pelo Judiciário, é conclusão incoerente.

Tal situação não representa agressão ao art. 2.º da CF/88, mas o pensamento recíproco, sim. Imaginar que qualquer atividade administrativa do Estado possa estar distante da plena sindicabilidade jurisdicional é o retrato da usurpação da competência jurisdicional do Poder Judiciário por extensão ilegítima da atividade administrativa do Executivo com força decisória final (uma vez que não poderia ser revista pelo Estado Juiz).

Logo, admitir o pleno controle da atividade administrativa estatal – inclusive, a discricionária – é fortalecer a teoria da separação das Funções do Estado, conforme expressão do art. 2.º da CF/88, aplicando-a tal como a imprescindível interpretação

sistemática do Direito, de modo a dar legitimidade da produção do ato administrativo. Isto porque, o ato administrativo apenas será legítimo, portanto, cogente, se for produzido conforme a plena verificação – e nova verificação, se necessário – de sua conformação legal e aos valores do Direito. Realização tal feita por escolha constitucional estampada no art. 5.o, XXXV, da CF/88, pelo Estado Juiz – sem que, por isso, simplesmente (ou sem motivação constitucionalmente aceitável), promova a substituição da vontade executiva por sua vontade judicial.

9) *A legitimação democrática do Estado Juiz*

O Judiciário é acusado de não representar os valores democráticos, pois o juízes não são escolhidos pelos cidadãos, mas são escolhidos dentre os cidadãos, num procedimento democrático aberto a todos os que cumprirem com as condições mínimas exigidas para representação da justiça, conforme critérios constitucionais legitimamente estabelecidos. A raiz democrática que nutre a atuação jurisdicional é conferida por via de sua vinculação e realização dos preceitos constitucionais. A aplicação do sistema jurídico legitimamente estabelecido ao caso concreto, por meio de garantias de aplicação de suas resoluções, define o fundamento democrático de que as normas indiretamente escolhidas pelo povo, como as ideias para promoção do seu desenvolvimento, serão interpretadas e indicadas como o melhor caminhos para a solução de eventuais questionamentos sobre *como*, *quando* e *onde* possam ser dirigidas.

Se alguma dúvida há sobre o critério democrático da atuação do Estado Juiz, certamente ocorre em função da (para alguns, em alguns momentos) '*incômoda*' realização de suas atividades primordiais de poder realizar o Direito ao caso concreto, mesmo se tal atividade encontrar barreiras executivas e legislativas, conforme escolha constitucional estabelecida no art. 5.o, XXXV, da CF/88. Atende, ao que parece, à legitimidade democrática exigida para qualquer manifestação estatal a atividade jurisdicional que aplica a lei e os preceitos constitucionais no cumprimento do seu legítimo mister, bem como que oportunize aos isonomicamente qualificados para tanto a possibilidade de participar de seus quadros para, assim, atuar em nome da Constituição e do povo que a representa.

10) *Gestão pública e o adequado exercício da atividade administrativa estatal*

Pode-se definir gestão pública como a concatenação de esforços estatais para alcançar um claro objetivo predeterminado, mediante um planejado caminho, a partir da demonstração objetiva de realização de um interesse público

constitucionalmente previsto, de maneira eficiente. Para a realização do princípio constitucional da eficiência estabelecido no *caput* do art. 37 da CF/88 no exercício de gestão pública, a Administração precisa, basicamente: i) determinar qual realização pretende perseguir, ou, mais especificamente, qual interesse público a se concretizar; no mesmo trilho, faz-se importante a ii) indicação de qual força precisa empregar para se alcançar o desiderato determinando; finalmente, o iii) estabelecimento de quanto de força dispõe e de quanto precisará buscar para efetivamente realizar o interesse público legalmente indicado para ser concretizado por meio de sua eficiente atuação. Isto é, o Estado precisa estabelecer objetivamente qual é o melhor caminho para que o máximo dos valores fundamentais e sociais do ser humano possam ser atendidos com o mínimo de impacto negativo do cidadão.

Nesse contexto, trata-se de dever estatal a utilização dos instrumentos jurídicos existentes de proteção e promoção do ser humano de forma a atender ao primordial sentido da ordem estabelecida, qual seja, manter condições ambientais jurídicas para que o indivíduo se insira no Estado; trabalhe para o progresso deste e para o seu desenvolvimento pessoal e intersubjetivo; propulsione a organização e a atuação estatal; e, assim, receba a suficiente intervenção do Estado em sua vida – nem em demasia, tampouco insuficiente, mas a necessária para a sua promoção como personagem principal da República.

Finalmente, importante lembrar que a responsabilidade estatal de exercer a atividade administrativa voltada ao bem do cidadão de forma eficiente para que, destarte, os valores conformadores da Constituição finalmente sejam sentidos e praticados do acordar ao dormir de cada partícipe da sociedade. Isso faz parte do constante esforço do ser humano para uma vida sempre melhor do que se vive. Do contrário, no agir ótimo, não se pode esperar, ou cobrar, qualquer benefício além do congelado na perfeição imprópria dos indivíduos que sobrevivem, fundamentalmente, da esperança do melhor, da certeza que pode alcançá-lo, mas na dúvida de quando realizá-lo. E é sob essa dimensão que a análise acerca do ato administrativo discricionário – e seu necessário controle pleno – está amparada.

Almeja-se, então, o agir administrativo eficiente, com o esforço de gestão pública voltado à superação dos problemas e não no mero afastamento das questões, desafios e, até mesmo, das falhas ocorridas decorrentes da atividade administrativa estatal. Gerir o que é público é interagir com o interesse público a ser

concretizado por meio da atuação administrativa do Estado e com o destinatário do empenho público de permanente incremento das estruturas e dos instrumentos estatais em favor do povo. Tal interação precisa ter o norte bem definido, qual seja: viabilizar, permanentemente, melhores condições de qualidade de vida de cada cidadão e de todos os envolvidos no Estado brasileiro.

11) *Objetividade e subjetividade na Administração Pública*

A busca da objetivação das relações administrativas do Estado precisa ser o norte da Administração Pública. Em que pese a aceitação de algum resíduo subjetivo em qualquer atividade que demande a intervenção do ser humano, como atividade jurídica, a impressão objetiva deve preponderar para, desse modo, viabilizar o pleno controle de tal atividade estatal. A objetivação do ato administrativo é tarefa diretamente proporcional ao estabelecimento de meios legítimos de controle da atividade administrativa estatal, com o forte destaque aos princípios da *moralidade, impessoalidade e proporcionalidade*.

Entretanto, vale lembrar que a produção do ato administrativo não depende apenas de sua dimensão *subjetiva* e *objetiva*, mas também da *concretização do respectivo controle*, da forma mais ampla possível, fato que denota a sua capacidade de ser colocado à prova e, assim, de fortalecimento das boas escolhas administrativas como o melhor caminho escolhido para a realização do interesse público justificador do ato produzido.

O agir estatal administrativo, de forma *objetiva*, visa estabelecer maior: *previsibilidade, segurança, viabilidade de controle, legitimidade democrática, força coativa, padronização do sistema, confiança*, dentre tantos outros benefícios que caracterizam a boa administração pública – assim como aquele que realiza, na plenitude de sua possibilidade, o primado dos direitos fundamentais, de forma a assegurar a existência digna do ser humano, suficiente para lhe fornecer energia e razão de existência.

Entretanto, logicamente, não se espera encontrar atividades públicas integralmente *objetivas*, isto é: que concedam plena capacidade de determinação de como atuarão (*previsibilidade*); que concedam os exatos limites de razões e finalidade de sua existência (*segurança*); que viabilizem a integral sindicabilidade de sua formação e reflexos (*controle*); que sejam total e livremente aceitas pelo povo (*legitimidade democrática*); que efetivamente determinem padrões de conduta (*força coativa*); que promovam a ampla concatenação lógica do sistema jurídico

(*padronização do sistema*); e, finalmente, que gerem inquestionável aceitação popular (confiança) do agir público – cenário que certamente desenharia a clamada *boa administração pública*.

12) *Regulação e informação*

A regulação da informação pelo Estado estabelece seus limites entre o autoritarismo e a abertura democrática necessária para a promoção do desenvolvimento responsável de uma nação junto com o povo e, assim, com cada partícipe desse Estado. Destarte, a utilização de instrumentos jurídicos sofisticados, fruto de uma adequada estruturação do crescimento político-econômico nacional, é essencial para conceder ao Estado meios adequados para a promoção do cidadão, conforme seus valores básicos de ser humano digno e necessária interpretação constitucional de um sistema jurídico, em determinado tempo e lugar.

Conclui-se, então, que essa busca está intimamente ligada à tutela da dignidade do indivíduo como ser humano; à priorização do cidadão ante eventuais interesses egoísticos de alguns partícipes do ambiente estatal; ao respeito do Poder Executivo em utilizar suas prerrogativas constitucionais conforme os limites que lá se impõe; à necessária flexibilidade jurídica e jurisdicional para compreensão – e absorção – das transformações sociais do Estado brasileiro e, finalmente, à preocupação de governo em criar, utilizar e efetivar *políticas de Estado* onde se refletem os interesses plurais, dialogados e passíveis de efetivação. Para tanto, este caminho possui os trilhos da democratização da informação e de uma regulação realizada por um Estado institucionalmente sólido.

O papel da informação, nesse contexto, é crucial – uma vez que se trata do elo entre o promotor do bem comum e o sujeito desta promoção. Pela informação – ou pelo grau de qualidade e quantidade da informação – consegue-se mensurar como o cidadão está sendo atendido pelo Estado. Assim, a concretização do Estado Democrático de Direito – com sua novel roupagem conferida pela CF/88 – deve ser aproveitada para conduzir novos rumos de difusão de informação à população. Isso, sem medo de que esta informação possa voltar-se aos eventualmente questionáveis interesses *de governo*, mas sim se preocupando em formar uma consciência *de Estado* para toda a população, pois esta – sem dúvida – busca o mesmo objetivo comum: ser feliz, para assim atender à sua índole de evolução como ser humano e aproximar seu sentir livre para fomentar esse fim comum, com ponto de partida nos *fundamentos da República* estabelecidos no art. 1.º da CF/88 e ponto final na plena

realização dos *objetivos fundamentais da República* expressados pelo art. 3.o da CF/88.

13) *Ponderação dos valores constitucionais envolvidos na tutela jurisdicional do ato administrativo e a respectiva interpretação consequencialista*

Não se está a propor o caminho da *judicialização da tarefa administrativa estatal, como se a atividade judicante tivesse maior relevância do que aquela. Defende-se a constitucionalização efetiva do exercício administrativo do Estado, a partir de uma real interpretação, inclusive, consequencialista de sua atuação. De igual maneira, propõe-se a possibilidade de chancela da legitimação do exercício administrativo estatal por meio de critérios objetivos passíveis de sindicância jurisdicional, dentre outras possíveis e fundamentais para construção e manutenção de uma verdadeira República Democrática de Direito.*

Assim considerado, espera-se do Estado-Juiz a prestação de seu dever constitucional jurisdicional a partir de uma ponderação racional dos valores postos em questão, com fins de objetivação da determinação sobre qual valor prepondera ante o outro, estabelecendo, dessa forma, uma legítima resposta apta a definir o alcance do sucesso pelo Estado, no objetivo de promoção e concretização do interesse público envolvido.

Isto porque, no regime republicano democrático de Direito em que se vive, para a atuação estatal receber a chancela de legitimidade necessária para a respectiva força cogente entre os partícipes do seu sistema, impõe-se a permanente busca de um exercício ponderativo, humanamente racional, dos valores envolvidos (não há como escapar de uma subjetividade mínima) em questões postas à apreciação jurisdicional. Não se pode furtar, nesse sentido, do juízo de proporcionalidade da medida a ser definida como adequada (verificando sua adequação, necessidade e razoabilidade) para o estabelecimento do melhor caminho da questão apreciada.

Assim, na solução de determinado caso concreto – em que se reconheça colisão de valores fundamentais – deve-se verificar, conforme o processo narrado, qual caminho (ou solução) prepondera perante o outro, sem que, para isso, resulte na eliminação do remanescente. Objetiva-se, então, filtrar o que há de bom e alcançar a almejada melhor resposta.

Entretanto, na prática, em questões difíceis que envolvem atos administrativos (notadamente aqueles discricionários), ainda não se observa tal regra no agir

jurisdicional, apenas iluminadas exceções. Isto porque – frisa-se – é vivo o imperialismo da discricionariedade do Executivo. Desse modo, vale ressaltar a importância da utilização de instrumentos jurídicos adequados para estancar esse inapropriado dogma do ordenamento jurídico pátrio como, por exemplo, o emprego da objetiva verificação da adequação do ato administrativo conforme a perspectiva sistemática e consequencialista do Direito.

14) *Insuficiência do modelo estabelecido para manutenção da sustentabilidade do sistema jurídico*

É extremamente relevante firmar que a tendência jurisprudencial aqui destacada – de evidente afastamento do pleno controle do ato administrativo discricionário – é *um retrocesso marcante do sistema jurídico brasileiro*, pois demonstra estar voltado a *proteger o Estado*, não o cidadão. A criatura está a tomar conta do criador. Se essa tendência não for freada, chegar-se-á a um tempo em que não mais haverá forma de se recuperar o controle do Estado. A ruptura da sustentabilidade sistêmica estatal é evidente. Isto porque, verifica-se nesses trilhos o retorno ao regime *de mero controle formal do ato administrativo*, admitindo a posição autoritária do Estado que não pode ser questionado, ou, se questionado, apenas a casca – a *forma e a competência* de sua prática – pode ser sindicada, em uma superficial justificativa de garantia dos direitos dos cidadãos, própria da realidade configurada logo após a Revolução Francesa. Situação que definitivamente não coincide com as demandas sociais da atualidade.

Diante disso, a mudança de rumos torna-se urgente, no sentido de se abrir caminhos para o *controle da legitimação nuclear e material do ato administrativo discricionário* – na mais ampla perspectiva possível – chancelando, assim, a *transparência* e aferição que o concreto interesse público promovido, via execução do ato administrativo, é o melhor caminho para o desenvolvimento do Estado democrático de direito voltado ao bem dos cidadãos.

Conforme já sublinhado, é cediço que no momento em que se agride o flexível tecido que cobre o sistema jurídico a tal ponto de rompê-lo, faz-se necessário o pronto *curativo* jurisdicional. Ao estudo em destaque, esta situação ocorre, principalmente, nos casos em que Administração adota critérios técnico-científicos *desarrazoados e desnecessários* à estrita produção do ato, bem como à fiel observância de sua finalidade inevitável de atender ao interesse público. Acontece, na maioria das vezes, nas hipóteses em que há determinada margem legal de

atuação do agente administrativo (*discricionariedade*) e, nesta linha, existe um leque de opções de caminhos legais para prosseguir, o qual será escolhido de acordo com critérios de *conveniência* e *oportunidade* intimamente vinculados aos valores constitucionais que sustentam o Estado de Direito, criando, assim, para alguns, a problemática *névoa* que, em princípio, impede a atuação do respectivo controle pelo Judiciário. A aludida *névoa* não é negativa em sua essência, todavia, pode sim ser utilizada de uma forma imprópria. E assim se concretiza, vale lembrar, quando a Administração evita o controle jurisdicional em virtude da inexistente (mas incessantemente alegada) *insindicabilidade* do mérito do ato administrativo, bem como pela incorreta crença de que o Judiciário não detém instrumentos hábeis para sindicat e questionar o caráter relativo ao arbítrio dos atos administrativos. O combate contra ideias como essa precisa ser imediato e incansável.

Ao apontar a atual tendência jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre a tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário, destacando a heterogeneidade de decisões sobre o tema, torna-se necessário o estabelecimento de um novo norte a ser seguido para a prestação da constitucional adequada tutela judicial da atividade administrativa estatal. Nesse cenário, evidencia-se a importância de uma nova estruturação e operacionalização dos atos administrativos, com destaques aos que possuem determinada margem legal de gestão pública, denominados discricionários.

A novel instrumentalização da tutela estatal do ato administrativo discricionário, visando à superação da *insuficiência do modelo estabelecido para manutenção da sustentabilidade do sistema jurídico*, é representada nesta tese, basicamente, em duas frentes: a) nova demanda judicial de tutela do ato administrativo discricionário de interesse nacional; b) novo critério objetivo de conformação do ato administrativo, qual seja: o nexo causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado.

15) *Perspectivas do controle judicial da atividade administrativa do Estado a partir da sua necessária legitimação constitucional*

A falência moral, o insucesso de realização dos objetivos da República e a ineficiência administrativa sistêmica do Estado retratam e representam a incapacidade de o ser humano viver entre si, e com todos os outros elementos que conformam seu ambiente interno e externo, conforme os objetivos constitucionais da República, a partir dos mecanismos jurídicos existentes. Desse modo, buscou-se

apresentar caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema jurídico pátrio, como forma legítima de tutelar a vida dos administrados.

Objetivou-se adaptar antigas técnicas de interpretação do ato administrativo discricionário, assim como indicar caminhos viáveis para a superação de práticas que não mais se sustentam no atual contexto constitucional, tais como, dentre outras: a blindagem do mérito administrativo ante o respectivo controle judicial; a rasa interpretação da teoria da tripartição dos Poderes; a falta de legitimação democrática do Estado-Juiz.

Com isso, tem-se como a *interpretação consequencialista*, a *ponderação racional dos valores envolvidos*, bem como a *inclusão do critério do ato administrativo de demonstração do nexo causal entre a produção do ato e o interesse público a ser concretizado* como caminhos adequados para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema, como forma legítima de tutelar a vida dos administrados. Tais técnicas de aplicação do ato administrativo, somadas à técnica processual-judicial de *Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional*, consubstanciam-se nas perspectivas do *controle judicial da atividade administrativa do Estado a partir da sua necessária legitimação constitucional*, sentido e objeto do estudo que se apresenta.

16) *Motivação do ato administrativo*

Sob a óptica da atuação administrativa estatal, *motivar* é explicar as razões fáticas e jurídicas da Administração para prática de ato administrativo de forma suficiente para se conferir legitimidade substancialmente legal de tal atividade pública. *Fundamentar* é determinar as razões viabilizadoras da Administração para realização do ato, via conexão entre o ato e o correspondente ditame legal e fático, por meio do exercício de subsunção entre o apanhado fático e o sistema legal pertinente. Isto é, enquanto a primeira trata-se do *por quê* a Administração atua de determinada forma, a segunda indica *como* a Administração atua para alcançar o seu desiderato fundamental.

Pode-se dizer, então, que a *fundamentação* do ato administrativo decorre do respectivo dever de *motivação*. Uma adequada *motivação*, destarte, pressupõe a robusta e suficiente exposição – e coerente conexão – de razões fáticas e jurídicas para a realização do ato administrativo, além da demonstração de como tal atuação se conecta com a imprescindível legitimidade constitucional do ato. Nesse diapasão, importante ressaltar a necessidade de congruência entre os motivos e a conclusão

do ato para a formação da sublinhada adequada motivação do ato administrativo. A motivação dos atos administrativos se apresenta como atividade determinante de sua conformação constitucional, tendo a Administração integral vinculação aos motivos jurídicos e fáticos indicados. Tal situação é compreendida dogmaticamente como *'teoria dos fatos e motivos determinantes'* dos atos administrativos.

O grande elo entre a atuação administrativa escorreita e seu necessário controle jurisdicional ocorre pelas vias da *adequada motivação e fundamentação do ato administrativo*, de forma ainda mais evidente quando se trata do aspecto discricionário do ato administrativo, pois demanda uma motivação mais consistente e robusta, em função da sua necessidade de justificação da escolha do caminho escolhido. Nesse sentido, apenas com a demonstração objetiva sobre o que se fez, como se fez e quais os objetivos fitados a se alcançar, na expressão clara dos motivos que consubstanciam o ato administrativo, e a correspondente justificação, haverá possibilidade de se cumprir com os respectivos ditames constitucionais que determinam a atuação administrativa harmônica e plenamente sindicável, inclusive, pelo Estado-Juiz.

17) *Nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado*

A técnica jurídica não processual que se destaca na presente tese é a inclusão de um novo requisito objetivo da conformação de um ato administrativo, qual seja: *o nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado*.

Em outros termos, o estudo apresentado tratou, inclusive, sobre a inserção de um novo critério objetivo de controle da discricionariedade administrativa, com o fito de se estabelecer a obrigatoriedade de *demonstração do nexo causal entre o ato administrativo exarado e o interesse público concretamente promovido para viabilizar o amplo controle do ato administrativo*. Isso em razão da necessidade de avanço do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em face do atual cenário jurisprudencial brasileiro sobre o tema, conforme demonstrado, de distanciamento da plena sindicabilidade do ato administrativo discricionário.

Para tanto, torna-se importante a operacionalização da mencionada ferramenta jurídica para reforçar a capacidade de controle judicial do ato administrativo discricionário a partir de algumas premissas, tais como:

- i) afirmação do dever estatal de concretização do interesse público a ser promovido e protegido; ii) ideia de conceitos jurídicos determináveis quando concretizados para realização de um ato para alcance de um dado fim, pois, nesse momento, desaparece a indeterminação para viabilizar o respectivo controle judicial; iii) afirmação do dever de viabilizar o controle de tudo o que é público; iv) afirmação da Teoria da Tripartição dos Poderes, adaptada ao atual contexto social e jurídico brasileiro; v) retomada do caminho jurisprudencial voltado ao amplo controle da atividade administrativa estatal; vi) afirmação da ampla possibilidade de sindicabilidade jurisdicional sem, assim, a ocorrência de desnecessária substituição do ato administrativo; vii) afirmação de ausência de liberdade discricionária – tendo em vista a determinação de proporcionalidade administrativa (adequação objetiva entre meios e fins) na gestão de escolhas públicas exercitada sob o manto da discricionariedade administrativa; viii) adequado exercício do regime jurídico administrativo estabelecido no país, conforme valores constitucionais, bem como interpretação sistêmica e consequencialista de tal atividade; ix) necessidade de estabelecimento de novo critério de legitimação para se cancelar ou para corrigir o ato administrativo, voltado ao real controle da atividade discricionária estatal; x) afirmação da coerência entre a motivação e os procedimentos administrativos viáveis para a realização do concreto interesse público; xi) dever estatal de viabilização do controle do ato administrativo via simplificação dos respectivos motivos conformadores; xii) dever estatal de máximo aproveitamento do ato administrativo; xiii) conexão lógico-jurídica entre a ação (ou omissão) administrativo e o fim buscado

Logo, faz-se necessária a verificação do nexo de causalidade entre o ato administrativo exarado e o concreto interesse público promovido, como critério objetivo do controle da discricionariedade administrativo, com o fito de viabilizar a ampla sindicabilidade do ato administrativo, pois a concatenação lógica de toda sua formação e justificação, para a plena verificação de sua legitimidade, apresenta-se como a síntese constitucional de um sistema administrativo harmônico e coerente com o dever estatal de proteção e promoção do cidadão.

18) *Os objetivos fundamentais da República brasileira e os mecanismos mínimos de desenvolvimento dos partícipes do Estado*

Os objetivos fundamentais da República brasileira, estabelecidos no art. 3.º da CF/88, são metas a serem promovidas por todo o sistema estatal com força

coativa imediata, possuindo eficácia vinculante de seu conteúdo, como norte a ser concretizado em toda e qualquer ação dos integrantes do Estado brasileiro. É dever estatal proporcionar o máximo de efetivação dos objetivos da República no menor tempo possível, como farol guia daqueles que necessitam, ou são interdependentes desta iluminação pública.

Entretanto, imaginar que todos os objetivos expressados na norma constitucional supracitadas irão se realizar como um passe de mágica, sem olvidar as respectivas consequências da busca de concretização de tais determinações constitucionais, é ingenuidade. Cabe aos operadores do sistema estatal, então, a viabilização de um mínimo de realização de tais objetivos fundamentais da República para que se mantenha a harmonia desse mesmo sistema, uma vez que possui expressamente um conjunto de desideratos finais a serem cumpridos. Tal mínimo de realização é estabelecido mediante verificação da concretização de determinado interesse público a ser promovido em cada atuação administrativa do Estado, com destaque àquelas discricionárias, pois permitem uma maior efetivação de determinado interesse público, mediante a escolha do melhor caminho a ser seguido para alcance de tal fim.

O verdadeiro dever final do Estado – e de todos os seus partícipes – é de proporcionar dignidade e futuro viável ao indivíduo, ao outro, ao próximo, como parte de um complexo de engrenagens harmônicas fundamentais para o funcionamento do sistema público viabilizador da vida em sociedade do povo que lhe traz fundamento. Quando *todos* assumirem suas responsabilidades, proporcionalmente aos seus deveres, quem depende do atendimento dessas tarefas correspondentes poderá planejar um amanhã melhor e, assim, poderá degustar uma realidade produtiva de positivo desenvolvimento de existência digna. Então, talvez, finalmente a espécie humana poderá realmente superar o seu autoengano evolutivo, por meio de uma adequada gestão pública da *solidariedade* entre os semelhantes, liderados por semelhantes. Então, quem sabe, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil não serão mais metas a serem concretizadas e passarão a ser realidade que demandará novas tarefas a serem atendidas.

19) A Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional

Finalmente, a tese sugere uma determinada técnica processual-judicial apta a tratar de ameaças e agressões a direitos provenientes de atos administrativos

discricionários de interesse nacional que abalam o sistema estatal legitimamente estabelecido, trazendo instabilidade sistêmica, fato gerador de consequências negativas para o desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado.

É cediça a noção de que o Estado tem o dever de implementar normas de organização e procedimento que propiciem reais melhorias na qualidade de vida daqueles que o compõe. Logo, a partir disso, precisa-se definir qual é o procedimento adequado para a verificação judicial de adequação legal da discricionariedade administrativa, que tenha efeito geral e vinculante em razão das próprias características do ato administrativo, para a manutenção da sustentabilidade e para o desenvolvimento do sistema jurídico que está adstrito. O objetivo é muito claro: *viabilizar instrumentos públicos para se promover a adequada e efetiva tutela estatal do ato administrativo discricionário de interesse nacional*.

Dessa forma, indica-se demanda jurisdicional específica, com competência originária (ou decorrente, de forma incidental) do STJ, para tutelar a *atividade administrativa discricionária estatal de interesse nacional*, com o objetivo de viabilizar e homogeneizar o tratamento jurisdicional dos atos administrativos discricionários que ameacem ou agridam direitos. A *Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional (ADIDAIN)* tem como desiderato, então, proporcionar ao Estado novas formas de manutenção de sua sustentabilidade sistêmica e auxiliá-lo a alcançar a satisfação dos objetivos fundamentais da República.

Conforme destacado durante o trabalho, objetiva-se, então, por meio da ADIDAIN, a homogeneização das decisões jurisdicionais voltadas ao controle da atuação discricionária administrativa de interesse nacional. Afastam-se, desse modo, o dispêndio de energia, tempo e dinheiro em demandas judiciais isoladas que, ao fim, precisam de uma decisão comum para alcançar seu desiderato de pacificação social e estabelecimento do Direito ao caso concreto. Se em várias demandas, diferentes decisões judiciais tornam inseguros os caminhos a serem seguidos pela nação, mister é o estabelecimento de nova técnica processual que traga mais segurança e eficiência na atuação jurisdicional.

Assim, torna-se relevante a consideração da técnica ora sugerida, de forma a viabilizar a realização de valores constitucionais que asseguram o acesso, o adequado prazo de duração do processo e a efetiva tutela jurisdicional de situações levadas à apreciação do Estado-Juiz.

20) *Considerações finais*

Identificar atos *inválidos* e eliminá-los; superar eventuais falhas administrativas, *convalidando* o conteúdo aproveitável para o alcance do melhor caminho para a realização do interesse público; cancelar os atos *válidos* e prestigiar a adequada escolha administrativa, demonstra o compromisso do Estado com os objetivos da República Federativa do Brasil estabelecidos no art. 3.º da CF/88. Tratam-se de ações voltadas ao respeito à sustentabilidade do sistema jurídico que, por sua vez, é diretamente proporcional ao seu desenvolvimento.

Desse modo, apesar do dever da Administração Pública indicado na súmula n.º 473 do STF, *de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*, destaca-se o papel do Judiciário para *cancelar, invalidar ou convalidar* o ato administrativo. Controle judicial, em especial, da discricionariedade administrativa, quando chamado para analisar eventuais ameaças ou agressões ao Direito decorrentes da respectiva atividade administrativa estatal, para estabelecer sentido à gestão do poder público constitucionalmente instituído, pois, sem tal *controle*, estar-se-ia a tratar de *dominação estatal* e não de *poder estatal*.

Compreende-se, a partir do estudo ora apresentado, que o Estado mede a qualidade de suas ações pelos reflexos que causa na vida do povo que o compõe, mas não domina, pois exerce seu poder por meio de atividade legal e democraticamente legítima. Assim definido, as escolhas públicas externalizadas em um determinado espaço discricionário administrativo apenas serão válidas se trouxerem reais benefícios aos cidadãos, conformando a ideia de realização do interesse público primário, como atividade final do Poder Público. Ou seja, depreende-se da atuação estatal, quando indica um melhor caminho a ser percorrido, o produto da conjugação dos anseios sociais como aquele que representa mais proximamente os objetivos da República estampados no art. 3.º da CF/88.

Entretanto, apesar do adequado caminho da atividade pública ora destacado, verifica-se constantemente a ocorrência de atividades administrativas estatais fora do alcance do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional,

criando, assim, zonas de *sombra* da atividade administrativa do Estado, disforme aos valores republicanos e democráticos estampados na Constituição.

Isso posto, tais atividades discricionárias precisam ser reincorporadas ao constitucional tecido jurídico, em respeito à sua necessária sustentabilidade, por meio das técnicas sugeridas, visando à objetivação, ao máximo possível, da sindicabilidade do mérito administrativo, com destaque àquelas que tragam relevante abalo sistêmico nacional, como demonstração de que todo e qualquer ato público precisa estar sob a égide do regime de responsabilidade e responsabilização da atuação estatal, conforme rígidos valores públicos do cuidado do que é de todos e de cada um.

Desse modo, torna-se claro que urgem providências para que o Estado cumpra seus deveres fundamentais da República Federativa do Brasil, por meio de atuação verdadeiramente voltada ao afastamento de barreiras impeditivas de amplo controle de quem age em nome do povo e para o povo. Do contrário, aceitando o aumento de restrições aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, é certo que, em um próximo momento, não mais se poderá sequer reclamar que o futuro representa um retrocesso das históricas conquistas democráticas e republicanas expressadas na Constituição cidadã.

Pretendeu-se, então, demonstrar que instrumentos para se fazer o bem – para o bem – existem, ou podem ser criados concretamente. Todavia, a vontade de *somar*, *multiplicando-se*, depende do operador e da sua consciência que *dividir*, racionalmente, é viver sem *subtrações* proporcionais, conforme controle e objetivos realizáveis por meio da esperada sinergia pública entre quem *administra* e quem é *administrado*. Desiderato tal almejado e justificador da existência, da manutenção, da legitimação e, principalmente, da crença popular em um Estado *realizador* – *fato que o mantém com capacidade de gestão do que é público, essencial para a adequada atuação administrativa estatal*.

Assim, espera-se que as técnicas sugeridas nesta tese possam somar-se à vontade pública de se *desenvolver* e de viabilizar o *desenvolvimento* de todos aqueles que compõem o seu concatenado e harmônico sistema de pessoas e ideias voltado à renovação do bem comum e da realização do interesse público, como produto dos anseios das diferentes vontades exaradas da nação.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l'escplicazione della funzione amministrative. 4.ed. Milão: Giufrè Editore, 1978. v.1.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 2003.

_____. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011. v.2.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.223, p.199-230, jan/ mar. 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: HACHEM, Daniel W., BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Renovar. Rio de Janeiro. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2012.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. v.1.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 280

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Bolonha: Il Mulino, 1994.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Salvador: JusPodium, 2009.

CAUPERS, João. **Introdução ao direito administrativo**. 10.ed. Lisboa: Âncora, 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v.1.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.35, n.138, p.39-48, abr./jun. 1998.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de direito administrativo**. Lisboa: Danibio, 1982.

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF**. São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política mínima**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democraia, Jueces y Control de la Adminitracion**. 4.ed. Madri: Editorial Civitas, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11.ed. Madri: Civitas, 2002. v.1.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. **Revista da Ajuris**, v.34, n.105, p.153-189, mar. 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Atualização de Gustavo Binenboam. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Elementos de direito municipal**. São Paulo: RT, 1993.

_____. **Direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n.6, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 3.ed. São Paulo: RT, 2011.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAROFOLI, Roberto; FERRARI, Giulia. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 4.ed. Roma: Neldiritto Editore, 2010.

GIANETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo 3.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributario**. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.26, p.115-136, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7.ed. São Paulo: RT, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

_____. **Princípios do direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, v.28, p.342-381, 2003.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, v.1, p.68-81, 2006.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa**. São Paulo: Migalhas, 2010. v.1.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luis Afonso Heck. Baueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán: Parte General**. 2.ed. Bueno Aires: Depalma, 1982. Tomo I.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

_____. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v.1.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O homem e o estado**. São Paulo: Rideel, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **Manual de direito constitucional**. 8.ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2009. Tomo I.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

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

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9784/99. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORÓN, Miguel Sanches. **Discrecionalidade Administrativa y Control Judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 5.ed. São Paulo: RT, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Derecho Administrativo**. 8.ed. Madrid: EISA, 1962.

PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo I: Organización y empleo público**. 16.ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: RT, 2005.

PINTO, Bilac. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial**. Disponível em: <http://www.idcb.org.br/pdfs/Aessencia_daIndependencia.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco G.; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.292-336.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder judiciário brasileiro na tutela e efetivação do direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: ICJP, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - separação de poderes - eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro - observatório do direito à saúde**. Porto Alegre: PUC/RS, 2011.

SCHARZE, Jürgen. The principle of proportionality and the principle of impartiality in European Administrative Law. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n.1, p.53 e segs., 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a constitucionalização do direito administrativo no contexto brasileiro: complexidade do processo. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: ICJP, 2011.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, v.2, 1999.

SEN, Amartya. **Sobre a ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Fernando Quadros da. **A independência das agências reguladoras e o princípio do estado democrático de direito**. 2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt Soares. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4.ed., 6.a tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____ (Org.). **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2005.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos 'poderes' do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.29. out. 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Sónia. **A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia**. Lisboa: AAFDL, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral de direito processual civil e processo de conhecimento**. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1.

TORRES, Ricardo Lobo. Considerações sobre o futuro da hermenêutica tributária à luz dos princípios da liberdade e da justiça tributária. **Revista de Direito Tributário**, n.88, p.24-32, 2004.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EdiPucRS, 1999.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Tradução de Maria da Glória F. Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo**. Tradução de Antonio F. de Souza. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.1.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.