

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2021

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2021.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

INTERESSE PÚBLICO E UMA ALTERNATIVA PROCESSUAL PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

PUBLIC INTEREST AND A PROCESSUAL ALTERNATIVE FOR THE CONTROL OF ADMINISTRATIVE LEGALITY

Alexandre Barbosa da Silva¹
Phillip Gil França²

Data da Submissão: 16/11/2020

Data da Aprovação: 05/01/2021

RESUMO: Vivencia-se uma limitação do sistema jurídico estatal de conformação legal de determinados atos administrativos – via de regra, aqueles *discricionários* – em se submeter ao controle jurisdicional de seu conteúdo, fato que traz, de forma geral, maior insegurança das relações jurídicas e sociais desenvolvidas pelos Estados, dos cidadãos diante dos seus desafios de desenvolvimento e daqueles que confiam e dependem de um Estado Democrático de Direito, pautados no regime republicano de responsabilidade e responsabilização das ações realizadas nos seus limites de competência normativa. Tal situação de insegurança nas relações intersubjetivas do Estado enfraquece o tecido jurídico do sistema estabelecido, trazendo uma séria ameaça de ruptura insustentável desse mesmo sistema, fato que abre espaço para o retorno de *autoritarismos*. Nesse cenário, *sugere-se a operacionalização da técnica processual* a seguir desenvolvida, inclusive, via indicação de ampliação da competência originária do STJ, estabelecida pelo art. 105, I da CF/88, criação de competência incidental (decorrente) e a sugestão de projeto de lei definidor de demanda jurisdicional própria que atenda aos fins ora destacados de suprimir a questão acerca da instabilidade das relações sociojurídicas causadas pelo inadequado controle de atos administrativos discricionários de interesse nacional. Controlar judicialmente a atividade administrativa discricionária de interesse nacional é tutelar a atuação administrativa que repercute não apenas de forma local ou regional, mas sim impacta *interesses* e *direitos* espalhados em todo o território nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Controle do Estado. Legalidade administrativa. Discricionariedade. Interesse público. Demanda jurisdicional.

ABSTRACT: There is a limitation of the state legal system of legal conformation of certain administrative acts – as a rule, those discretionary – in submitting to the judicial control of its

¹ Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulações do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL. Procurador do Estado do Paraná. E-mail:

² Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche – CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da graduação e do Mestrado em Direito da UNIVEL. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail:

content, a fact that brings, in general, greater insecurity of the developed legal and social relations by the State, by citizens in the face of their development challenges and by those who trust and depend on a Democratic State of Law, guided by the republican regime of responsibility and accountability for actions carried out within their limits of normative competence. Such a situation of insecurity in intersubjective relations in the State weakens the legal fabric of the established system, bringing a serious threat of an unsustainable rupture of that same system, a fact that opens space for the return of authoritarianism. In this scenario, it is suggested the operationalization of the procedural technique developed below, including via an indication of the expansion of the original jurisdiction of the STJ, established by art. 105, I of CF / 88, creation of incidental jurisdiction (arising) and the suggestion of a bill defining its own jurisdictional demand that meets the purposes just mentioned of suppressing the question about the instability of socio-legal relations caused by inadequate control of administrative acts national interest. Judicially controlling the discretionary administrative activity of national interest is to protect administrative action that has repercussions not only locally or regionally, but also impacts interests and rights spread throughout the national territory.

KEYWORDS: State control. Administrative legality. Discretion. Public interest. Jurisdictional demand.

INTRODUÇÃO

O exercício da atividade administrativa e regulatória estatal, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas desta própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional. Assim, estabelecer-se-ão indicativos para a adequada prestação jurisdicional estatal, com a finalidade de apontar os elementos basilares para o efetivo controle da Administração Pública e o consequente desenvolvimento responsável que esta atividade acompanha.

Da expressão normativa estampada no art. 5º, XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, compreende-se que nenhum ato normativo³ (inclusive regulatório) poderá impedir o questionamento ao Judiciário de ações ou omissões que agridam ou ameacem os valores fundamentais da ordem jurídica estabelecida. Tem-se, então, que “o Poder Judiciário, quando provocado, utilizará de sua legítima força estatal – por intermédio de um sistema harmonicamente organizado – dotado de poder decisório final (fazer coisa julgada material) para dirimir o uso (ou ameaça de uso) impróprio da força, mesmo se tal impropriedade provir de atos estatais”.⁴

3. Leia-se *lei* no sentido amplo – logo, toda expressão normativa do Estado.

4. Sobre o tema, vide: Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução por Luis

Além desse trilho estabelecido na leitura da citada norma constitucional, é imprescindível mencionar a ligação entre o dever do Estado de sempre proporcionar a adequada tutela jurisdicional, quando incitado, e o direito fundamental de ação – possibilidade de busca de uma pretensão jurídica mediante requerimento ao Judiciário. Não há sobrevivência desse princípio fundamental sem o direito fundamental supra destacado, considerando que a efetivação de seus enunciados está diretamente correlacionada.⁵

Existe, assim, a proteção de um direito do cidadão por um lado, e, por outro, a determinação normativa de viabilização desse direito pelo Estado. Trata-se de um instrumento de garantia em face da ultrapassagem dos limites do direito de autodeterminação individual, condicionado pelo exercício normativo⁶ tanto daquele privado, como daquele público, fincado no exercício monopolizado de dicção do direito por uma determinada função estatal. Sublinha-se a relevância do citado princípio processual constitucional para o alcance dos objetivos propostos na Constituição: o *integrado desenvolvimento de uma sociedade mediante a busca da preservação de sua paz social*.

Com base na ideia de que apenas um Estado possuidor de instituições fortes – notadamente o Poder Judiciário – e com legitimidade para atuar de forma a assegurar um fiel cumprimento das garantias de proteção ao cidadão,⁷ faz-se necessária a obtenção do selo de *inafastável* ao princípio em tela, pois é este um dos principais instrumentos protetores do desenvolvimento e da manutenção do Estado Democrático de Direito nacional.

Esse princípio expressa a plena possibilidade de auxílio aos partícipes da nação quando

Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵. Tema que será analisado com maior afinco adiante.

⁶. Compreendido como o gerenciamento de poder estatal (tanto na relação entre privados, ou junto ao Estado) e da sujeição-base do controle do abuso do poder.

⁷. Aqui compreendido como sujeito destinatário dos valores fundamentais – expressos e implícitos – estabelecidos como supremos, perante o Estado e o ordenamento jurídico constituído, para a viabilização de seu desenvolvimento e proteção de sua dignidade como pessoa humana. Nesta linha, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, lembrando as lições de Clèmerson Merlin Clève, expressa o seguinte: “No direito brasileiro, cidadão é o indivíduo titular dos direitos públicos de votar e ser votado e suas consequências necessárias. Porém, como técnica de democracia participativa, o termo ‘cidadão’ é tomado em uma perspectiva mais ampla, não circunscrita ao universo daqueles que, detentores de direitos políticos, podem votar e ser votados. Cidadão é o sujeito ativo da cena política, provocador da mutação do direito, agente reivindicante que possibilita a contínua floração de direitos reivindicantes que possibilita a contínua floração de direitos novos (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Administração Pública e a nova Constituição. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, 155/12). Essa participação do cidadão, adverte o Prof. Clèmerson Clève, vai além daquela que se efetua no momento de votar, pois não se pode esquecer que não é nação como um todo que comparece perante as seções eleitorais, mas apenas parcela dela, ou seja, somente aqueles que são detentores dos direitos políticos. Parte dela permanece à margem do processo eleitoral, não manifestando sua vontade, não imprimindo seu desejo no território das opções sociais, administrativas ou políticas” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993).

ocorrerem agressões – ou mesmo ameaças de agressões – a seus direitos. Sem esta garantia, não há segurança mínima para o relacionamento intersubjetivo. As relações jurídicas tornam-se inviáveis, pois a exigência de cumprimento das obrigações estabelecidas não consegue alcançar um grau de confiança mínimo e aceitável para uma exequível convivência social. Por mais que exista um consenso social de respeito à liberdade do seu semelhante, sem a atuação estatal – como terceiro justo, apaziguador e com dicção coercitiva – a vida em sociedade não seria viável, pelo menos para o alcance do esperado desenvolvimento pessoal de seus membros. De igual forma, na ausência deste pilar de sustentação da sociedade e da nação, inexistente padrão racional de superação de problemas, fatos que auxiliam a estagnação do progresso de uma sociedade, bem como impedem a atividade executiva estatal, o que, por conseguinte, abre perigosas brechas para cometimento de abusos.

Essencialmente, o *Controle da Administração Pública* é a força aplicada ao maquinário administrativo estatal com o objetivo de impedir sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, contrariando os valores que conformam o Direito, como se identifica em atos de corrupção. É, basicamente, *a atividade que determina como a Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional*.

Estabelecida a ideia que se propõe, além da análise do princípio processual fundamental estampado no art. 5º, XXXV, da Carta Cidadã, demonstrar-se-á a relevância do controle da atuação normativa da Administração Pública, como efetivo meio de proteção do cidadão em face do Estado, considerando que esse titular (cidadão) do poder propulsor da máquina pública – gerenciado por aquele detentor desse poder (Estado) – estará na condição de hipossuficiência perante a ordem estatal, justificando, assim, o vasto rol de instrumentos garantidores do seu desenvolvimento individual e intersubjetivo. Exemplo claro desse caráter constitucional de proteção e promoção do cidadão é o *status de fundamentabilidade* conferido a alguns direitos subjetivos que o homem detém em face da atividade do Estado, expressados em sua maioria no art. 5º da CF.

Além desses valores fundamentais, outros devem ser somados (como os princípios constitucionais que coordenam a Administração Pública, estampados no *caput* do art. 37 da CF/88), com intento da consagração das atividades públicas exercidas pela Administração, ou por quem lhe represente. Assim, imperioso se faz – para o alcance de seu principal objetivo constitucional – a manutenção da constante busca dos fatores de *eficiência, transparência, desburocratização e democratização* de sua estrutura e do serviço público que presta e regula.

A partir das lições de Roberto Dromi (2004), depreende-se que o controle da Administração tem por objetivo verificar a legitimidade (razão jurídica) e oportunidade (razão

política) da forma (procedimento) e o fim (causa final) da atuação pública, como modo de constatar a correspondência entre “antecedente e consequente”, entre “forma prevista e fim proposto” com “forma executada e finalidade realizada”.

O poder de controle é um dever, considerando a obrigatoriedade que implica seu exercício e sua natureza integradora a uma função estatal, de conteúdo jurídico. É, ao mesmo tempo, um poder-dever estruturado sobre a ideia de tutela, cuidado e salvaguarda da ordem jurídica, que adquire uma importância fundamental dentro do Estado delineado pelo constitucionalismo moderno (DROMI, 2004).

Aquele que administra tem o dever jurídico de dar conta de sua administração e de responder por seus atos, conforme essa noção de controle. Significa, então, pedir conta (controlar) por uma parte e responder (ser controlado) por outra. Estes princípios, fundadores de todo ordenamento jurídico, são aplicáveis ao administrar a *coisa pública* e constituem o princípio da juridicidade da atuação da Administração (DROMI, 2004).

A máquina estatal, por determinação constitucional, está sujeita a um efetivo controle externo do Poder Legislativo – com auxílio do Tribunal de Contas –, do Ministério Público, da sociedade e do Judiciário, além do mister essencial de zelar pela excelência de sua própria atuação, conforme o obrigatório exercício do *autocontrole*. Vale destacar que o desenvolvimento do presente estudo se fundamenta na concepção de que a Administração Pública deve funcionar de forma diáfana, para tanto, é essencial a existência de órgãos de controle *legitimamente* constituídos que atuem harmonicamente de maneira a vigiar, guiar e corrigir suas condutas.

Fundamentalmente, todos os entes administrativos estão adstritos a regras estreitamente dirigidas e, para seu estrito cumprimento, encontra-se imprescindível o estabelecimento de meios procedimentais viáveis de verificação de sua atuação. Portanto, faz-se necessária a manutenção do convívio regular entre os poderes do Estado, conforme reza o art. 2º da CF de 1988, bem como a criteriosa proteção da finalidade do bem comum dos atos provenientes do Poder Executivo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 622-623),

a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa”. Conforme a autora, “o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função,

precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Para Caio Tácito (1975, p. 136),

o controle da legalidade da administração não é, afinal, monopólio ou privilégio de ninguém. Dele compartilham os vários poderes do Estado. Dele se utiliza qualquer do povo quando ferido em direito seu ou em interesse legítimo. A defesa da ordem jurídica é, sobretudo, um dever de cidadania: a mística da lei e a fidelidade ao interesse público são a essência mesma da sociedade livre e moralizada. O culto à liberdade não se coaduna com a tolerância do arbítrio ou aceno à violência. A legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade. A todos incumbe, assim, o dever elementar de vigilância, a paz social traduzida na lei e no direito.

Nesse contexto, analisar e controlar o que faz a Administração Pública, especialmente como o faz, é vital para a garantia dos direitos do cidadão e da boa qualidade do regime democrático atualmente vivenciado. Para tanto, é essencial que os instrumentos estatais de realização do interesse público estejam voltados à viabilização do eficiente controle do que é público.

Entretanto, ao se constatar a incapacidade dos instrumentos disponíveis de atendimento das questões perturbadoras das relações intersubjetivas no Estado, urge a necessidade de adaptação do aparelhamento estatal para conformar sua capacidade de resposta aos anseios concretos da sociedade.

Isto porque, segundo Sarlet e Fensterseifer (2011)

a razão suprema de ser do Estado reside justamente no *respeito, proteção e promoção* da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente perseguido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade, constitui já um dos lugares-comuns e postulados do Estado Constitucional (democrático e socioambiental de Direito) contemporâneo.

Além do dever de a Administração Pública anular seus atos eivados de ilegalidade, conforme preconiza a Súmula 473 do STF⁸, subsidiariamente, tal obrigação se recai ao Estado, como compromisso de manutenção e *sustentabilidade* de seu sistema jurídico sob a perspectiva, principalmente, de legitimidade constitucional de determinar normas de conduta – e controlar seu fiel cumprimento – para os seus integrantes, a partir de valores racionalmente aceitos por todos e, assim, entendidos como adequados a serem seguidos como vetores de bem comum e de desenvolvimento intersubjetivo.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte assentamento jurisprudencial do STF, "*cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do poder público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam*" (BRASIL, STF, RE 365.368-AgR, 2007)⁹. Para tanto, obrigatoriamente, o Estado precisa criar meios de *instrumentalização* para efetivação de suas incumbências constitucionais e, se assim não se verificar, resta ao *Judiciário o dever de sindicat e impor ao Executivo o cumprimento regular de seu mister público*.

Vivencia-se uma limitação do sistema jurídico estatal de conformação legal de determinados atos administrativos – via de regra, aqueles *discricionários* – em se submeter ao controle jurisdicional de seu conteúdo. Fato que traz, de forma geral, maior insegurança das relações jurídicas e sociais desenvolvidas pelos Estados, dos cidadãos diante dos seus desafios de desenvolvimento e daqueles que confiam e dependem de um Estado Democrático de Direito, pautado no regime republicano de responsabilidade e responsabilização das ações realizadas nos seus limites de competência normativa. Tal situação de insegurança nas relações intersubjetivas no Estado – em suas multifacetadas dimensões – enfraquece o tecido jurídico do sistema estabelecido, trazendo uma séria ameaça de ruptura insustentável desse mesmo sistema, fato que abre espaço para o retorno de *autoritarismos*, já vivenciados em outrora.

Extraí-se da lições de Luiz Guilherme Marinoni (2016), que "a segurança jurídica, vista como *estabilidade e continuidade da ordem jurídica* e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser 'Estado de Direito'. Inclusive, complementa o autor, "o Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem".

8 "A Administração pode 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."

9 No mesmo sentido: ADI 4.125, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2010, DJE 15.02.2011.

Destarte, faz-se necessário urgentemente estabelecer novos caminhos (ou adaptação daqueles já existentes) para proteção do tecido jurídico do sistema de Estado de Direito estabelecido com fito de manter a razão de existência do próprio Estado e, assim, torná-lo mais próximo possível dos seus objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da CF/88 – isto é, alcançar, pelo menos, o *mínimo sustentável de sucesso estatal*.

Tais caminhos, sob a perspectiva aqui defendida, além da adaptação do direito administrativo material – via nova instrumentalização de requisitos do ato administrativo e formas de interpretação do direito administrativo –, precisam de uma adaptação da *técnica de tutela jurisdicional* correspondente. Isto é, a adaptação da atual máquina processual estatal de viabilização do constitucional direito de ação, para a realização do controle judicial da discricionariedade administrativa de interesse nacional, é providência pública que não mais pode ser procrastinada.

Desse modo, sugere-se a operacionalização da *ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional, com competência originária do STJ*, para atender a eventuais ameaças ou agressões a direitos decorrentes de atos administrativos dessa natureza.

Destaca-se a necessidade de criação de determinada tutela jurisdicional apta a não promover a mera substituição da atuação executiva pelo Estado-Juiz, bem como a viabilizar a resposta estatal suficiente – não em demasia, tampouco insuficiente – para provocações realizadas pelos jurisdicionados eventualmente ameaçados ou agredidos pelos efeitos da atuação discricionária administrativa.

1 ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL

Partindo da dogmática elaborada em torno da ponderação na planificação administrativa, Michael Gerhardt tem desenvolvido recentemente um modelo básico unitário de *controle judicial concentrado*, que coloca a construção do ato administrativo¹⁰ no centro da mira. Conforme destaque de Assmann, Gerhardt trata, em termos gerais, do modelo ponderativo (ou de ponderação) da

¹⁰ O autor se refere ao procedimento administrativo. Considera-se, conforme vetores do presente estudo, a construção do ato administrativo – ou seja, os elementos que, concatenadamente encadeados, consubstanciam a formação do ato administrativo.

atuação administrativa, considerando aplicável ao controle de qualquer *decisão administrativa de natureza discricionária*. Este modelo de controle compreende *dois* níveis ou escalas.

No primeiro, *verifica-se a ocorrência dos pressupostos jurídicos do poder discricionário administrativo*. Concorrem os elementos do suposto fato normativo que se encontra sujeito ao exercício do Poder? Fez-se uso efetivo do poder discricionário conferido? As normas de procedimento e demais elementos regulados do Poder foram observadas? Incorre-se em desvio de Poder? Todos esses aspectos devem ser fiscalizados pelo judiciário de forma plenária – em um Tribunal.

Em uma segunda escala, tem-se o *controle da ponderação realizada*, que, por sua vez, compreende três aspectos: o controle da observância das diretrizes que serão utilizadas como orientação da produção do ato administrativo; o controle do material (dos elementos) fático ponderado; e o controle da ponderação em si mesma.

As diretrizes da ponderação constituem indicativos de concreção que têm por finalidade guiar a Administração, direcionada ao resultado global da ponderação, na seleção do material fático a ser ponderado. Como diretrizes, a observância delas apenas é suscetível a um respectivo controle concentrado.

Os fatos que devem constituir o material fático a ser ponderado precisam ser *determinados judicialmente de maneira direta*, respeitando a atribuição específica da função instrutora da Administração que, no seu caso, resulta da respectiva legislação aplicável.

Assim, quando a cognição fática alcança seus limites, far-se-á necessária a determinação dos fatos da maneira mais concreta possível, por meio do diálogo entre os envolvidos. Neste caso, deverá recorrer-se ao assessoramento de peritos. Embora, também, seja possível ocorrer a determinação dos fatos pela Administração a partir de sua perícia própria. Nesta hipótese, torna-se importante o reconhecimento do valor de um ditame pericial, que, em tal caso, só poderá ser desvirtuado mediante um esforço argumentativo bastante considerável.

O controle jurisdicional da racional ponderação administrativa em si mesmo se refere, fundamentalmente, ao processo da ponderação realizado pelo gestor público na atuação administrativa e aos elementos de motivação manifestados no exercício da respectiva atividade. Como sucede também em outros ordenamentos¹¹, as análises detidas na motivação deveriam constituir o aspecto principal do controle da ponderação.

11 Como em Portugal, Alemanha, Itália, Espanha etc.

Não se trata, de forma alguma, de uma análise meramente *formal*. Pelo contrário, o controle do resultado da ponderação se limita – dependendo da densidade com que são formuladas as diretrizes da ponderação – à verificação se algum interesse *ou elemento da ponderação considerado sob uma valoração não proporcional à sua relevância objetiva*.

Obviamente, com o critério de relevância objetiva dos interesses ou elementos ponderados se introduz em última escala de controle de ponderação um critério ou teste de mera evidência. Daí que se a decisão administrativa controlada pelo Judiciário for fundamentada em considerações adequadas ao seu objeto, esta deve ser declarada pelo tribunal conforme o Direito. Caso contrário, a decisão deverá ser anulada pelo Tribunal. Em nenhum caso o Tribunal poderá simplesmente substituir a vontade da Administração pela sua própria.

Não se pode esquecer que o direito de acesso à justiça é o cimento de todos os demais direitos que protegem o polifacetário direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva. E, assim, como quem nega a uma pessoa seu direito à vida, ou à liberdade, priva-lhe de todos os seus direitos constitucionais, o representante estatal que nega uma decisão sobre a materialidade de uma controversa levada à sua análise converte em inúteis as demais garantias constitucionais (INIESTA; GIMENEZ; FARRERES *apud* TEIXEIRA, 1998, p. 26).

Os cidadãos possuem o direito subjetivo de uma efetiva e adequada tutela jurisdicional, isto é, que o *poder público se organize de forma a garantir que a justiça não lhes seja negada, mas sim efetivada, com um bem comum de toda a humanidade*. Trata-se de um instrumento de defesa que o Estado coloca nas mãos das pessoas, concedendo-lhes assim a possibilidade de efetivarem as pretensões a que têm direito através de órgãos supra partes, responsáveis e coerentes que julgam com base num sistema preestabelecido de normas, obstando assim à autotutela e consequentemente à anarquia.

Como evidenciado, o direito a buscar o justo e recebê-lo devidamente, via um poder legitimamente constituído para tanto, é básico instrumento de convivência em sociedade e, desse modo, precisa ser ofertado da *melhor forma possível pelo Estado responsável pelo desenvolvimento dos seus membros conformadores*.

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o ato administrativo discricionário não tem recebido o adequado tratamento sob a perspectiva do constitucional controle jurisdicional da atividade administrativa do Estado. Fato que se pretende ser superado via, inclusive, a sugestão de mecanismos processuais específicos que tratem dessa falha do tecido jurídico que pode levá-lo aos patamares de *insustentabilidade*, em razão da instabilidade sistêmica que ocasiona, situação que precisa ser urgentemente enfrentada e superada.

Para tanto, *sugere-se a operacionalização da técnica processual* a seguir desenvolvida, inclusive, via indicação de ampliação da competência originária do STJ, estabelecida pelo art. 105, I, da CF/88, criação de competência incidental (decorrente) e sugestão de projeto de lei definidor de demanda jurisdicional própria que atenda aos fins ora destacados de suprimir a questão acerca da instabilidade das relações sociojurídicas causadas pelo inadequado controle de atos administrativos discricionários de interesse nacional.

Controlar judicialmente a atividade administrativa discricionária de interesse nacional é tutelar a atuação administrativa que repercute não apenas de forma local, ou regional, mas sim impacta *interesses e direitos* espalhados em todo o território nacional.

Os atos administrativos de interesse nacional trazem consequências em esferas além daquelas limitadas ao espaço administrativo donde são exaradas, pois abalam – positiva ou negativamente – demais estruturas estatais e privadas nos demais âmbitos do país. Casos, por exemplo, como o da anulação das questões da prova do ENEM de 2011, ocorrido em uma cidade do Nordeste brasileiro, gerou consequências nos demais Estados do Brasil, pois, conforme pedido do Ministério Público Federal do Estado do Ceará, a justiça federal local determinou a anulação de 13 questões da respectiva prova voltada à seleção de acesso de alunos de segundo grau ao ensino superior. Assim, todos os demais alunos do país também tiveram as mesmas questões anuladas em suas provas.

Entretanto, passadas algumas semanas, o Tribunal Federal da 5^a Região suspendeu tal decisão e determinou que apenas aqueles alunos da Escola que teve, em tese, a prova vazada, receberiam os efeitos de anulação das tais 13 questões em discussão no processo, inclusive, mais uma questão que não foi objeto do pedido inicial.¹²

Outro exemplo pode ser representado pelo caso de determinação judicial de realização de nova prova para alguns candidatos do V exame de ordem unificado da OAB, também em 2011, ocorrida no Estado de Tocantins, mas com repercussão de efeito no âmbito nacional. Conforme amplamente noticiado pela mídia nacional, os candidatos não aprovados na avaliação da segunda fase do respectivo exame de ordem, prova prático-profissionais em Direito Penal e Direito Constitucional, poderão realizar novas provas nestas disciplinas sem qualquer custo adicional.

A decisão da 1^a Vara da Justiça Federal de Tocantins considerou que os erros materiais não anulavam o exame, mas a medida adotada pelos organizadores da prova, de conceder tempo

12 Após a Administração Pública responsável pelo exame ampliou, por conta, a abrangência de alunos afetados pela referida anulação de questões, gerando, assim, ainda maior instabilidade do sistema. Vide repercussão na mídia sobre o caso: <<http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2011/12/mec-amplia-anulacao-de-questoes-do-enem-para-mais-candidatos-do-ce.html>>.

adicional aos examinados, não recuperou a isonomia do certame, já que a prorrogação não ocorreu em todos os locais.

A decisão foi tomada em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal no Tocantins em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Fundação Getúlio Vargas.¹³ Entretanto, pouco tempo depois, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para reformar a decisão da 1ª Vara Federal de Tocantins, que havia determinado a reaplicação das provas prático-profissionais do V Exame de Ordem para candidatos reprovados nas áreas de Direito Penal e Constitucional.

Ainda, como exemplos da instabilidade causada pelo controle judicial local de atos administrativos discricionários de interesse nacional, podem ser citados o episódio de pedido de vistas de provas (redação) do ENEM 2011, deferido pela Justiça Federal do Ceará e posteriormente reformado pelo TRF da 5ª região, bem como, o caso da exigência Conselho Nacional de Educação (CNE) de idade mínima de 6 anos para o ingresso na escola. A Justiça Federal em Pernambuco determinou, liminarmente, a suspensão de resolução CNE que impedia a matrícula de crianças menores de 6 anos no ensino fundamental.

Evidencia-se nesses exemplos, como tantos outros, que o modelo atual de tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário de interesse nacional não recebe o adequado atendimento estatal. Logo, sugere-se a alteração do modelo estabelecido para o controle de legalidade da discricionariedade administrativa via demanda originária no STJ, bem como de forma incidental em demandas que tratem sobre o objeto da técnica de tutela judicial aqui sugerida.

Isto porque, cabe ao STJ a guarda do sistema legislativo federal, consubstanciada pela atividade administrativa estatal nos trilhos da legalidade. Tal técnica processual, teoricamente, fugiria da competência do STF, pois lhe compete a guarda da Constituição, inclusive por força do impedimento de nova análise de interpretação da legalidade exarada por Tribunal, em sede de recurso extraordinário, conforme expressa a Súmula 636 do STF.¹⁴ Tampouco poderia atuar de forma originária quando fosse necessária nova interpretação de ato administrativo aplicado de forma disforme à legalidade, pois estaria usurpando competência do STJ como tribunal apto a

13 Vide maiores detalhes em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-16/reprovados-direito-constitucional-penal-refazer-prova-oab?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>.

14 "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

verificar conformação legal da atuação administrativa estatal, como indica a leitura do art. 105, III, *a, b e c*.¹⁵

Não se exclui, desse modo, a possibilidade de, em grau recursal, ocorrer a análise de ofensa à Constituição de forma reflexa à contrariedade da legalidade administrativa. Entretanto, tal fato não afasta a conclusão de que a proposta de técnica processual apta a controlar judicialmente a discricionariedade administrativa de interesse nacional precise ser direcionada ao guardião do sistema legislativo originador e fundante da legalidade administrativa: o STJ.

2 AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL

A partir do exposto, a ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional (ADIDAIN) se consubstancia em técnica processual jurisdicional de controle concentrado de legalidade apta a tutelar atos administrativos discricionários, com repercussão nacional, indicados como lesivos ou ameaçadores de direitos. Trata-se de proposta de alteração normativa (constitucional, se necessário, e infraconstitucional) da forma como se controla a atividade administrativa do Estado, na dimensão da atividade exercitada a partir de um determinado espaço legal discricionário e que, por suas características, influem em direitos e interesses em todo o território do Brasil.

Isto é, quando ao se deparar com consequências ou reflexos de atos administrativos que ultrapassem interesses locais e regionais, por meio de alteração ou repercussão em direitos e interesses entre estados ou regiões do país, verifica-se a necessidade, em nome da segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e, principalmente, manutenção da confiança popular no sistema jurídico estabelecido – base do Estado Democrático de Direito – da instituição do controle de legalidade de tal atuação estatal no Tribunal Superior competente pela guarda do sistema legislativo federal.

Objetiva-se, então, por intermédio 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

¹⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; *b*) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; *c*) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

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.

Dessa maneira, incumbe-se nesse momento indicar a instrumentalização da técnica processual judicial sugerida, demonstrando sua viabilidade e pertinência para o desenvolvimento do sistema jurídico e sua importância como meio apto a tornar melhor a vida do povo destinatário dos esforços públicos do Estado.

3 SUGESTÃO DE ESTRUTURA DA DEMANDA JURISDICIONAL INDICADA

Com base na legislação estruturante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Lei nº 9.882/99, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Lei nº 9.868/99, busca-se trazer os primeiros traços da Ação Direta de Ilegalidade de Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional (ADIDAIN), como sugestão legislativa de caminho para a superação do gargalo de controle judicial de atos administrativos discricionários que, por suas características, trazem instabilidade nacional das relações sociais e jurídicas, bem como atrapalham o desenvolvimento sistêmico da nação, distanciando-a, cada vez mais, dos objetivos constitucionais da República estabelecidos no art. 3º da CF/88.

Desse modo, pretende-se apresentar os indicativos da viabilização de um instrumento judicial próprio para que o dever estatal da efetiva e adequada tutela jurisdicional possa ser realizado. Assim, demonstrar-se-á como a ADIDAIN poderá ser concebida para suprir tal lapso do ônus público de atender ao cidadão, conforme sua obrigação constitucional de realização do interesse público, por meio de primeiros indicativos da demanda: a) competência; b) legitimados; c) requisitos; d) pedido; e) pedido liminar; f) procedimento.

a) Da Competência

Indica-se como competência originária para julgamento da ADIDAIN o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a delimitação de questões de interesse nacional e a necessária

repercussão geral de atos públicos que ameacem ou agridam, direta ou indiretamente, direitos protegidos em legislação federal e não passíveis de serem tutelados por alguma das ações constitucionais, em função de *sua natureza discricionária de interesse nacional*.

Desse modo, em razão do afastamento da guarda direta de normas constitucionais, evidencia-se a competência originária e a decorrente (incidental) do Superior Tribunal de Justiça para julgar tais *atos discricionários de interesse nacional*, com fulcro no art. 105, III, *a, b e c* da CF/88, à medida que se tutela ato público diretamente questionado pelos legitimados para tanto, bem como de forma incidental, em demandas jurisdicionais que questionem a legalidade discricionária de ato público, via pedido do juiz federal ou do Ministério Público Federal (em sede de mandado de segurança), ou de ofício pelo juiz federal de primeiro grau, ou tribunal federal correspondente.

b) *Dos Legitimados*

Por sua natureza e repercussão nacional, os legitimados para propor a ADIDAIN são os mesmos *da ação direta de inconstitucionalidade*, somados aos *representantes de associações de interesse nacional e a defensoria pública da União*. Os legitimados são aqueles indicados constitucionalmente, como processualmente legítimos para *postular em juízo* a concretização e a realização do interesse público (excetuando a possibilidade de utilização do instrumento de proteção de ameaça ou agressão ao interesse público, via ação popular). São eles: i) o Presidente da República; ii) a Mesa do Senado Federal; iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; vi) o Ministério Público Federal; vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; viii) partido político com representação no Congresso Nacional; ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; x) federações e associações defensoras de interesse coletivo ou difuso de âmbito nacional; xi) defensoria pública da União.

São esses, então, que de forma direta podem questionar no STJ a legalidade de determinado ato administrativo discricionário de interesse nacional, visando reconstituir a agressão ao tecido normativo e o abalo social causado por determinada atividade discricionária estatal contrária aos padrões legal e de Direito estabelecidos como legítimos para o desenvolvimento intersubjetivo e aprimoramento do sistema estatal concebido, após Constituição de 1988, como ideal para atendimento dos integrantes do Estado brasileiro.

Conforme já apontado, de forma incidental, mediante manifestação em demandas próprias de controle do ato administrativo discricionário¹⁶, quando se verificar os requisitos de reflexo (ou repercussão) nacional da atividade discricionária administrativa sindicada judicialmente, são legitimados para arguir *incidente de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional* o próprio juiz federal, ou desembargador federal, e o ministério público federal, quando da demanda participar. Desse modo, realizada a *arguição de incidente de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional*, a demanda será distribuída no STJ que analisará o cabimento correspondente como demanda específica de análise de tutela jurisdicional de *ato administrativo discricionário de interesse nacional*. Caso acolhida a respectiva arguição, a demanda jurisdicional seguirá o rito próprio indicada para a ADIDAIN. Na ocorrência de não recepção da arguição, pelo STJ, caberá agravo da decisão à presidência do mesmo Tribunal, e, na manutenção da negativa, o processo voltará ao juízo de origem para o seu regular processamento conforme a demanda judicial original ingressada.

c) *Dos Requisitos*

Para a interposição da ADIDAIN, seja da forma originária, seja por meio incidental, alguns requisitos básicos precisam ser verificados para a tutela judicial do ato administrativo discricionário de interesse nacional que ofenda ou ameace – *direta* ou *indiretamente* – direito protegido pelo sistema legal infraconstitucional federal estabelecido. Trata-se, destarte, de mecanismo processual judicial que, para ser acionado, necessita de um i) ato administrativo discricionário; ii) que as consequências de tal ato discricionário estatal gere efeitos de repercussão de âmbito nacional; iii) que tais efeitos ameacem ou ofendam, direta ou indiretamente, direito legalmente protegido, conforme sistema normativo federal instituído; iv) que o questionamento dessa situação de ameaça, ou concreta ofensa a direito, não seja passível de questionamento via mandado de segurança¹⁷ ou demais demandas constitucionais de tutela de atos provenientes do poder público¹⁸; v) que a tutela jurisdicional correspondente seja imprescindível para a estabilização das relações sociojurídicas que estão sob ameaça ou agressão em razão do ato administrativo discricionário apontado como ilegal; vi) que o ato administrativo discricionário seja passível de sindicabilidade judicial sem que, para tanto, ocorra a mera substituição da discricção administrativa pela judicial; vii) que se verifique o interesse público a ser concretizado

16 Mandado de segurança, ação ordinária de anulação de ato administrativo etc.

17 Que demanda, por exemplo, demonstração de direito líquido e certo, não permite dilação probatória etc.

18 Como, por exemplo, ADIN, ADPF etc.

frustrado pela inadequada atuação discricionária administrativa e, desse modo, carecedor de tutela judicial para a respectiva realização.

Isto é, para a utilização desse mecanismo processual judicial de tutela de ato administrativo discricionário de interesse nacional, faz-se necessário demonstrar a ocorrência de um ato administrativo discricionário em desconformidade com o sistema legal federal legitimado pela Constituição de 1988, conforme valores do Direito hodiernamente aceitos como adequados na República Federativa do Brasil. De igual maneira, evidenciar que tal deformidade legal agrida ou ameace, de forma direta, ou indireta, direito juridicamente protegido – inclusive, direitos difusos ou coletivos. Assim, faz-se necessário apontar o abalo desproporcional às relações sociais e jurídicas desenvolvidas em uma perspectiva nacional, causando instabilidade nessas relações justificadoras de uma correspondente atuação jurisdicional voltada ao resgate do regular desenvolvimento delas, decorrentes da agressão (ou ameaça) ao direito questionada.

Nessa mesma perspectiva, a ADIDAIN pode ser utilizada apenas quando outra demanda judicial constitucional não se apresente como apta o suficiente para a tutela da agressão ou ameaça a direito juridicamente protegido sob questão, tampouco quando a tutela jurisdicional demanda a mera substituição do ato administrativo por ato judicial. Finalmente, é primordial a apresentação do frustrado interesse público passível de concretização pelo ato administrativo discricionário irregular que, deste modo, precisa da tutela jurisdicional correspondente para alcançar seus fins.

d) *Do Pedido*

A petição inicial ADIDAIN deverá conter: i) a indicação da norma legal violada – direta ou indiretamente – pelo ato administrativo discricionário de interesse nacional que ofenda ou ameace direito legalmente protegido, conforme sistema normativo federal estabelecido; ii) as cópias do ato administrativo discricionário questionado, documentos e demais provas de violação da respectiva norma legal; iii) o pedido, com suas especificações; iv) a indicação do melhor caminho para ato administrativo discricionário de interesse nacional questionado, visando à concretização do interesse público objeto do ato administrativo discricionário questionado; vi) requerimento de parecer do ministério público federal sobre o caso.

Logicamente, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente, serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo desta decisão. De igual forma, a petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator quando não for o caso de ADIDAIN ou faltar algum dos requisitos de sua conformação.

e) *Do Pedido Liminar*

Em caso de extrema e motivada urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o Ministro Relator conceder liminar de suspensão, total ou parcial – ou de *modulação* – dos *efeitos* do questionado ato administrativo discricionário de interesse nacional, a ser posteriormente referendado em julgamento pela respectiva Turma Julgadora do STJ. O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como a Advocacia da União ou a Procuradoria da República, no prazo comum de cinco dias, sobre o ato de concessão da liminar.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, bem como poderá determinar a suspensão dos efeitos do ato administrativo discricionário questionado e a imposição de fazer, ou se abster de ações, da autoridade pública responsável pelo ato exarado, de igual forma, de outros entes públicos em que eventualmente reflitam os efeitos desse ato discricionário, ou que guardem correspondência e eventualmente gerem efeitos contrários à decisão judicial liminar proferida.

Após apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado no prazo de dez dias. Decorrido o prazo para informações das autoridades públicas responsáveis pelo ato administrativo impugnado, o processo seguirá para análise e parecer do ministério público federal pelo prazo de dez dias. Após, o relator promoverá nova análise, com as informações da autoridade pública e parecer do Ministério Público Federal, para promover a chancela da decisão da liminar proferida ou a sua reforma.

f) *Do Procedimento*

Após a análise liminar da questão acerca da ilegalidade do ato administrativo discricionário de interesse nacional, será dada ciência ao ente público competente para a adoção das providências necessárias em cinco dias, fixando-se as condições e o modo de interpretação do ato administrativo discricionário anulado, para promover seu afastamento – parcial ou integral –, correção, convalidação ou chancela.

Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a demanda de nulidade de ato administrativo discricionário ilegal, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, no prazo de 15 dias. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos

postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, no prazo de 15 dias, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Superadas tais etapas, o relator lançará o relatório, com cópia aos Ministros integrantes da respectiva Turma, e pedirá dia para julgamento. Em julgamento, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Das decisões do STJ, além dos possíveis recursos internos indicados pelo regulamento deste Tribunal, cabe *recurso extraordinário* ao STF, conforme hipóteses definidas no sistema normativo nacional¹⁹ e no atual entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de reflexos constitucionais oriundos dos debates realizados no STJ, sem efeito suspensivo da decisão exarada por este Tribunal.

CONCLUSÃO

Sobre os efeitos da decisão judicial declaratória de ilegalidade (ou de legalidade) do ato administrativo discricionário de interesse nacional, tal qual as ações constitucionais, a decisão proveniente de ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa tem efeito vinculante em todo o território nacional em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário²⁰, à administração do Poder Legislativo federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e do Distrito Federal.

Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar julgado em ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Superior Tribunal de Justiça que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da decisão ofendida, conforme o caso.

¹⁹ Conforme CF/88, art. 102, III e § 3º: art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar dispositivo desta Constituição; *b*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c*) julgar válida lei ou ato de local contestado em face desta Constituição. *d*) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Também citamos o art. 541 e seguintes do Código de Processo Civil.

²⁰ Sem desconsiderar a eventual possibilidade de recurso extraordinário ao STF, conforme supra indicado.

Em nome da interpretação consequencialista, a partir dos argumentos colecionados ao longo do presente trabalho, como se observa nas demandas de arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se como aplicável a possibilidade de se ao declarar a ilegalidade – ou a legalidade – de ato administrativo discricionário de interesse nacional em sede liminar, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria da turma julgadora, restringir os efeitos daquela declaração (total ou parcial) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado – mediante pedido próprio fundamentado pela parte interessada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

INIESTA, Ignácio; GIMENEZ, Ignácio; FARRERES, German. *El Derecho a La Tutela Judicial y El Recurso de Amparo*. Madrid, 1995, p. 30 *apud* TEIXEIRA, Sónia. **A proteção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia**. Lisboa: AAFDL, 1998.

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

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

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