

MOTIVAÇÃO, CONTROLE E NEXO CAUSAL ENTRE A PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A REALIZAÇÃO DO CONCRETIZÁVEL INTERESSE PÚBLICO¹

Phillip Gil França[†]

Sumário: Introdução; (i) ato administrativo; (ii) motivação, (iii)nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado; iii.i) interesse público; (iii.ii)nexo causal (causalidade) iii.iii) produção do ato administrativo; iii.iv) realização do interesse público a ser concretizado; (iv) controle judicial da discricionariedade administrativa e a sindicabilidade da conformação legal da motivação do ato administrativo; considerações finais

INTRODUÇÃO



Primeiramente, considerando os multifacetados feixes de forças e interesses existentes atualmente no ambiente da República Federativa do Brasil, como lugar de interação intersubjetiva, observa-se que o Estado brasileiro se desenvolve, pelo menos em tese, mediante a persecução de um concretizável *interesse público*, passível de

¹ Primeira versão desse texto publicada no livro: JOBIM, Marco, ZAVASCKI, Liane, BUHRING, Marcia, *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado n° 2*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2012. pp. 193 – 205.

[†] Pós-Doutorando (CAPES-PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor de Direito Administrativo e Ambiental. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais – PUC/RS (Cnpq). Autor da obra: “O Controle da Administração Pública, 3° ed. RT, São Paulo, 2011”. phillipfranca@hotmail.com

determinação nas situações empíricas que demandam a atuação estatal. E assim ocorre a partir da consagração material da preponderância do interesse público sobre o particular, em benefício do permanente e equitativo desenvolvimento (quantitativo e qualitativo) dos partícipes do Estado, com destaque ao povo que lhe confere legitimidade e razão de existência, via eficiente instrumentalização de mecanismos objetivadores dessa relação.

Nos trilhos dessa premissa cognitiva, sugere-se uma reflexão sobre o controle da motivação do ato administrativo mediante a verificação objetiva da presença de um legítimo nexos de causalidade entre a produção do ato administrativo e o respectivo interesse público a ser concretizado por meio da efetivação de tal ato. Tem-se como preocupação, então, a operacionalização do alcance do interesse público concretizável de forma que seus resultados tragam, realmente, benefícios práticos, realizados na *efetivação* de determinado interesse público objetivado pela produção do ato administrativo. Assim, propõe-se uma jornada entre (i) ato administrativo; (ii) motivação, (iii) nexos causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado; e o (iv) controle judicial da discricionariedade administrativa e a sindicabilidade da conformação legal da motivação do ato administrativo.

Logo, pretende-se demonstrar a relevância da reflexão sobre as necessárias adaptações do atual sistema de controle do ato administrativo, em respeito aos direitos fundamentais que protegem os cidadãos da atividade do Poder Público, com destaque à inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), da forma que segue.

i) 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.

Isto é, a partir da assunção da impossibilidade de existência de atos administrativos não sindicáveis jurisdicionalmente passa-se 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. 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. Em outras palavras, *ato administrativo* invoca o Estado como ente legitimamente escolhido para proporcionar, permanentemente, um amanhã melhor para os titulares do poder originário que o criou.

ii) A MOTIVAÇÃO

Sob a ótica 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. Ao passo que *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 decorrente dever de *motivação* de sua produção. Uma adequada *motivação*, destarte, pressupõe uma robusta e suficiente exposição – e coerente conexão – de razões fáticas e jurídicas para realização de um ato administrativo, bem como a 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. Nas lições de Marcello Caetano², "os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão". Isto é, "se há contradição entre a

2

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p.124-125.

fundamentação e a decisão, essa incongruência não pode deixar de influir na validade do ato."

A "*fundamentação* pode ser entendida como uma *exposição* enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou então como a *recondução* do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique: no primeiro sentido, privilegia-se o aspecto *formal* da operação, associando-a à transparência da perspectiva decisória; no segundo, dá-se relevo à idoneidade *substancial* do ato praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre bases de legitimidade"^{3,4}. Destarte, a *fundamentação* consiste em deduzir expressamente a resolução tomada das premissas em que se assenta, bem como em exprimir os razões por que se resolve de certa maneira, e não de outra. A *fundamentação* demonstra como os fatos propostos pela Administração justificam a aplicação de certa norma e a dedução de determinada conclusão, esclarecendo o objeto do ato. Entretanto, na ocorrência de poder exercido mediante a *atividade administrativa discricionária*, a importância da *fundamentação* e da *motivação* do ato administrativo *augmenta*, pois vem a revelar as causas que levaram a Administração a escolher uma solução e não outra inicialmente admissível.⁵

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

4 Neste quadro, a fundamentação obrigatória de um ato administrativo há de necessariamente incluir ambas as dimensões. Por um lado, a formulação dos fundamentos num enunciado linguístico exprime o carácter "público" da decisão tornando-a acessível à compreensão da comunidade dos destinatários e possibilitando o seu controle (o seu conhecimento crítico) numa dimensão intersubjetiva; por outro lado, a justificação normativa é exigida pelo carácter jurídico e vinculado do ato, intencionalmente dirigido à satisfação de fins heteronomamente fixados numa ordem de Direito. Não será correto, portanto, confundir a fundamentação com a justificabilidade objetiva ou com a conformidade ao Direito (juridicidade) da decisão, reduzindo-a a uma qualidade ou atributo do ato; e também não se pode aceitar como fundamentação uma pura indicação de motivos "publicitários", que não constitua ou não pretenda ser um "discurso" justificativo. (*Id.*)

5 Vide CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito admi-*

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho assenta que "nas relações jurídicas [administrativas] a *motivação* traz consequências quanto ao mérito do ato, implicações quanto à certeza e à legalidade do ato, explicitando a eficácia e os efeitos, a exação com respeito à natureza da atuação administrativa"⁶. Nas palavras do autor, "a *motivação*, assim, pertence à instrumentação do ato administrativo, depreende-se do processo criador normativo, porque o ato para realizar a função pública deve ser coerente na formação com as manifestações exteriores provocadas"⁷.

Mediante as lições de Oliveira Franco Sobrinho, compreende-se que "por meio da *motivação* a decisão traz repercussões jurídicas e opera no mundo do Direito de maneira a criar ou atingir situações, sempre porém submetida à aplicação do princípio da legalidade"⁸. Nessa ordem, depreende-se que "o essencial é que a *motivação* para produzir convencimento encontre-se bem determinada ao falar do querer administrativo, ao expressar a pretensão da Administração ou a dar comando responsável aos negócios estatais"⁹. E assim conclui o autor, afirmando que "a questão na *motivação* não é de *simples explicação*, ou mesmo *justificação*, mas de *fundamentação* do ato publicado, qualificada quando possível por meio de *considerandos* para segura interpretação das disposições administrativas".

Juarez Freitas lembra que "toda discricionariedade resta vinculada aos motivos que obrigatoriamente devem ser dados, de modo *consistente*, sempre que afetados os direitos. O

nistrativo, p.123-124.

⁶ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. *Atos administrativos*, p.133.

⁷ *Id.*

⁸ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. *Atos administrativos*, p.133.

⁹ *Id.*

assento constitucional está no art. 93 da CF e a exigência de motivação intersubjetiva é das mais destacadas na transição para o direito administrativo dialógico – em oposição ao autocrático –, evitando-se, sempre que possível, qualquer decisão unilateral, desmotivada e instabilizadora de direitos"¹⁰. Para o autor, então, "as decisões administrativas serão motivadas, e, melhor do que isso, fundamentadas, isto é, haverão de ter como suporte razões objetivas e consistentes (numa leitura conjugada, especialmente, dos incisos IX, e X do art. 93 da CF e de várias Constituições estaduais de modo expresso, bem como das leis infraconstitucionais, notadamente o art. 50 da Lei 9.784/99)"¹¹. Desse modo, "a fundamentação, para além da velha versão da teoria dos motivos determinantes, há de estar presente em todos os atos [...]. Em outras palavras, indispensável motivar, isto é, oferecer fundamentos jurídicos, objetivamente controláveis"¹².

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. Celso Antônio Bandeira de Mello resume a citada teoria da seguinte forma: "de acordo com a teoria dos fatos determinantes, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, *a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos*

10 FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.*, 4.ed., p.62.

11 *Id.*

12 *Id.*

que ensejariam a prática do ato"¹³. Dessa maneira, mediante a doutrina do autor, "uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente importa a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram"¹⁴.

Sobre as deformidades na motivação do ato administrativo, Caio Tácito¹⁵ destaca as seguintes lições: "O diagnóstico da violação da *finalidade* impõe o exame dos motivos alegados pelo agente, através dos quais se exterioriza a sua vontade. O desvio de poder guarda, por isso, estreita correlação com outro vício – o da inexistência ou falsidade dos motivos". Para o autor, "é por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona". Destaca que "longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo". Conclui, então, que "é mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura".

Assim estabelecido, cita-se importante posicionamento do STJ¹⁶ sobre o tema, ao afirmar que "a margem de liberdade de

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p.404.

14 *Id.*

15 TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, p.133.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9.944/DF 2004/0122.461-0, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p.157.

escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, *não a dispensa do dever de motivação*. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1.º da Lei n.º 9.784/99). *Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato*"¹⁷.

Afirma o Ministro Teori Albino Zavascki que "de fato, em matéria de ato discricionário a doutrina administrativista brasileira se mostra unânime ao assentar que *a liberdade de decisão do administrador não é absoluta, estando sujeita à satisfação do princípio da legalidade – a dizer que a escolha acerca da oportunidade e conveniência da prática do ato está subordinada aos limites impostos pela lei, afastado qualquer conteúdo de subjetividade na escolha do momento adequado à prática de determinado ato [...]*"¹⁸. Segue sua orientação afirmando que, "na realidade, *todo e qualquer ato discricionário praticado pela Administração estará necessariamente jungido à supremacia do interesse público – quando, então, e em razão do que a lei autoriza que o Administrador avalie os fundamentos atinentes à conveniência e oportunidade para a prática do ato em questão*"¹⁹. De igual forma, o Julgador considera que, "mesmo em se tratando de atos discricionários, o administrador está obrigado não só a fundamentar as razões da prática do ato, mas também a explicitar a adequação de tal prática em face do *interesse público* – do que se pode concluir que a mera referência ao

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9.944/DF 2004/0122.461-0, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p.157.

18 *Id.*

19 *Id.*

aludido interesse público não se revela suficiente para atender à exigência da motivação, sendo ainda necessário demonstrar com precisão de que modo o ato praticado atende, ou não, ao fim social alvitrado".

Finalmente arremata assim afirmando: "pois bem, a existência de adequada motivação, quando essencial à validade do ato administrativo, é matéria sujeita a controle jurisdicional. Seguindo essa linha de entendimento, a jurisprudência enfatiza que 'em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. art. 2.º da Lei n.º 4.717/65). *Não existem, nesta circunstância, atos discricionários absolutamente imunes ao controle jurisdicional*"²⁰. Nesse mesmo trilho,

[...] a autoridade impetrada não apresentou exposição detalhada dos fatos concretos e objetivos em que se embasou para chegar a essa conclusão. Ora, a simples referência à ausência de interesse público não constitui, por si só, motivação suficiente à formação de uma segura conclusão a respeito das razões de denegação da autorização [...]. O ato administrativo assim proferido, sem motivação suficiente e adequada, impossibilita ao interessado o exercício de seu direito de cidadania de aferir o atendimento dos princípios constitucionais da impessoalidade e da razoabilidade, norteadoras da ação administrativa.²¹

Observa-se a importância da ideia aqui construída em dicções jurisprudenciais do STJ²² que apontam no mesmo

20 *Id.*

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS 9.944/DF 2004/0122.461-0*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p.157.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Rec. MS n.º 19.210 - RS (2004/0161210-5)*, Rel. Mim. Felix Fischer, j. 14/03/2006.

sentido, conforme o exemplo a seguir: "*Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito*".

Como demonstrado, o grande elo entre a atuação administrativa esborçada e seu necessário controle jurisdicional ocorre pelas vias da *adequada motivação e fundamentação do ato administrativo*. Apenas com a demonstração objetiva sobre o que se fez, como se fez e quais os objetivos fitados a alcançar-se, 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.

iii) NEXO CAUSAL ENTRE A PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A REALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO A SER CONCRETIZADO

iii.i) 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.

A ação da administração pública está voltada para a realização do interesse público concreto, legalmente selecionado e atribuído por um predeterminado poder público, construído conforme estrita observância do conteúdo e dos limites estabelecidos pela norma correspondente, conforme condições impostas pelo Estado de Direito²³. A produção de um ato

23

Cf. GAROFOLI, Roberto; FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*, p.755.

administrativo, por óbvio, demanda a coerente conexão de um complexo de *razões, fatores, elementos e requisitos com as consequências advindas da persecução de sua finalidade buscada quando do momento da respectiva exteriorização*. Desse modo, é imperioso se determinar o *elo de causa* (motivo) da manifestação do ato administrativo com a obrigatória *realização de um determinado interesse público a ser concretizado*, a partir da compreensão do ato administrativo como conjunto harmônico de procedimentos administrativos *internos* para a sua *exteriorização* como legítima manifestação estatal detentora de todas as prerrogativas e sujeições próprias de sua espécie.

Tendo em vista o apanhado exposto acerca da insuficiência de meios jurídicos aptos a promover o *efetivo* e o *adequado* controle jurisdicional da atividade administrativa estatal, pretende-se indicar a instrumentalização de um novo elemento objetivo de análise de conformidade legal do ato administrativo. Observa-se, então, na demonstração de legitimidade constitucional do caminho a ser percorrido entre a produção do ato e o conseqüente alcance de um determinado interesse público a ser concretizado, uma maneira apta de se ampliar a verificação de conformidade legal do ato administrativo, sobremaneira aquele revestido dos traços de discricionariedade administrativa.

Isto porque, ao manejar esse novo critério objetivo, abre-se nova oportunidade para o órgão jurisdicional controlador de estabelecer a ocorrência de conformação legal a partir da análise do ato administrativo. Tal fato reforça a capacidade de recuperação do sistema jurídico agredido – ou sob ameaça de agressão – pois amplia a capacidade de verificação de deformidades legais substanciais e formais, bem como reforça a validade do ato administrativo regular, a partir da chancela do Estado-Juiz, caso questionado.

Está-se a tratar, então, do *nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser*

concretizado. Assim apresentada a pretensão de instrumentalização dos critérios objetivos do ato administrativo, adicionando este ao rol estabelecido, doutrinária e jurisprudencialmente, na dogmática do Direito Administrativo, mister se faz a análise pormenorizada dos respectivos elementos que o conformam, qual sejam: a) *nexo causal* (causalidade); b) *produção do ato administrativo*; c) *realização do interesse público a ser concretizado*; d) *correlação dos citados elementos*.

iii.ii) NEXO CAUSAL (CAUSALIDADE)

O Conceito de *causa*, a partir da leitura de Miguel Kfourri Neto acerca das lições de Jorge Peirano Facio, é "de conhecimento praticamente intuitivo, associa-se comumente às noções de anterioridade e necessidade. Juridicamente, pois, existe causa quando uma coisa ocorre depois de outra, de tal modo que, sem a primeira, a segunda não ocorreria. Assim, causa de um resultado seria aquilo que, se removido, faria desaparecer também o dito resultado"²⁴. O que decorre, necessariamente, da participação de algo possui um elo indissociável, um fato que se estabelece por uma causa determinada (ou, determinável) no tempo e no espaço.

O nexo causal, nesse sentido, é o elo coerente criado entre dois (ou mais) fatos ocorridos em tempo e lugar específico que deflagram uma relação indissociável de ocorrência e lógica decorrência entre os fatos analisados. Verifica-se nexo causal, destarte, quando é possível estabelecer, racionalmente, um coerente caminho – ou ligação lógica – entre fatos determinados. Em outras palavras, se a conexão entre tais fatos for suficientemente razoável para se definir um

²⁴ Cf. FACIO, Jorge Peirano. *Responsabilidade Extracontractual*. 3.ed. Bogotá: Temis, 1981. p.405-406 *apud*. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7.ed. São Paulo: RT, 2010. p.118.

liame de causa e efeito, tem-se presente o necessário nexo causal que, para o objeto ora estudado, é fundamental, pois define um critério objetivo de verificação de legalidade da produção do ato administrativo fortemente vinculado com determinado interesse público a ser concretizado por meio desta atividade estatal.

iii.iii) *PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO:*

Como já tratado anteriormente, a produção do ato administrativo decorre da atividade administrativa do Estado, seja de maneira primordial pela Função Executiva estatal, seja de forma atípica pelas demais Funções do Estado (Judicial e Legislativa). O ato administrativo surge a partir da necessidade da Administração de atender a um determinado interesse público, por meio do uso de prerrogativas públicas que diferem a atuação administrativa estatal da atividade dos particulares e, por essa razão, tornam os atos administrativos cogentes aos administrados, quando legitimamente refletem a dicção legal para assim proceder. Legitimidade essa, em razão do seu regime jurídico próprio de prerrogativas e sujeições voltadas ao alcance do interesse público, *presumida* quando da produção do ato administrativo.

Conforme determinado, o ato administrativo nasce com a certidão de legalidade e com a vinculação de realização do interesse público selada no seu destino e razão de existência. Entretanto, apesar da verificação mínima de um *elemento subjetivo* na produção de qualquer ato administrativo – em geral, caracterizado pela efetiva realização de um determinado ato (*conveniência*) e momento da produção do mesmo (*oportunidade*) – os aspectos objetivos do ato administrativo (*pressupostos, elementos e atributos*) determinam a constitucional possibilidade de controle do ato administrativo, obrigatório para a sua plena realização em um Estado do

Direito – com destaque à possibilidade e viabilidade da respectiva sindicabilidade judicial. Vale lembrar, tal sindicabilidade não se apresenta de maneira a *substituir* a atividade administrativa, ou meramente cessar os efeitos do ato administrativo produzido, visto que a verificação da conformação legal do ato administrativo, ou sua devida alocação nos limites do "princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada"²⁵.

Isto é, a produção do ato administrativo não depende apenas de sua dimensão *subjetiva e objetiva*, mas também da *viabilização 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 atendimento e concreta realização do interesse público justificador do ato produzido.

III.IV) REALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO A SER CONCRETIZADO

Não há outra razão para a ocorrência do agir administrativo – ou outra qualquer atividade pública – senão a realização do interesse público concretamente na realidade diária do povo, na vida das pessoas, tornando bom algo que aflige, fazendo bem o que se confia para o Estado: a *responsabilidade de indicar os caminhos de desenvolvimento de todos, isonomicamente, para que a luz de um futuro melhor não esbarre nas sombras da ineficiência pública* – em todas as suas dimensões – ou nas barreiras criadas pelos detentores de poder, invariavelmente tentados a promover fuga dos controles

25 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p.65.

do agir público definidos pela Constituição.

Com especial destaque ao imprescindível controle judicial *do que se faz, para que se faz, e como se faz a realização do interesse público* vivenciado pelo cidadão ao chefe do Estado, conforme o republicano regime democrático de Direito constituído pela Constituição de 1988. Pensar em responsabilidade de realização do interesse público a ser concretizado e responsabilização, se, por algum motivo, assim não ocorrer, é lógica diretamente decorrente dos valores nitidamente exalados pela Constituição. O respeito a tais valores é obrigatório, a ocorrência efetiva do interesse público em tudo o que Estado faz é uma obviedade. A falta da realização, e da demonstração donexo causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado é mácula objetiva de legalidade que torna o ato imperfeito e, deste modo, passível de invalidação.

iv) CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A SINDICABILIDADE DA CONFORMAÇÃO LEGAL DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Na conexão entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado, faz-se indispensável a demonstração, além da conformação legal da atividade administrativa a ser exarada, dos aspectos do ato administrativo condizendo com a moralidade administrativa, bem como com a *obrigação de menor repercussão econômica negativa possível do mesmo*. Isto porque, têm-se na moralidade e na economicidade do *agir administrativo* barreiras determinantes de sua concreta aplicação. A atuação discricionária administrativa, sobremaneira, resulta sempre vinculada aos princípios fundamentais, acentuando-se decisivamente o *dever*

*de motivação congruente e séria*²⁶ conforme os padrões aqui sublinhados.

Vale ressaltar, de outra margem, que os direitos fundamentais atuam como limite para as habilitações de intervenção administrativa e guiam o exercício da discricionariedade administrativa.²⁷ De igual forma, impõem obrigações de fazer à Administração Pública e servem para a resolução de colisões normativas, por meio de comandos de proporcionalidade, igualdade e segurança jurídica, todos derivados dos direitos fundamentais, o Direito da resposta a elementares necessidades de racionalidade, prudência e orientação.²⁸

Desse modo, então, tem-se uma maior *objetivação* do controle judicial da discricionariedade administrativa, uma vez que a construção de sua motivação passa a receber elementos objetivos para viabilizar a sindicabilidade do ato administrativo, pois, assim, há maior possibilidade de alcance de uma melhor resposta fruto da obrigatória conformação legal dos motivos nucleares da manifestação discricionária da Administração Pública.

A motivação do ato administrativo discricionário se revela, então, peça-chave para o seu devido enquadramento no sistema jurídico e, dessa maneira, sua força cogente no universo dos destinatários de sua expressão. Nesse sentido, o respectivo controle, destacadamente o jurisdicional, atesta e fortalece a certeza da necessidade do fiel atendimento do conteúdo exarado pelo ato administrativo discricionário como a melhor

26 Cf. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4.ed., p.208.

27 Cf. HAIN, Karl-Eberhard; SCHLETTE, Volker; SCHMITZ, Thomas. *Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt Von Verfassungsund Verwaltungsrecht*. AOR, Bd. 122, 1997. p.32 e segs. *apud* SHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p.71.

28 SHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, p.71.

escolha para o alcance do fim pretendido, conforme uma lógica, coerente e racional nexos causal entre a produção do ato administrativo com a consequente realização do interesse público determinado a ser concretizado pela expressão estatal administrativa.

Não se sugere da mera troca da motivação administrativa pela motivação jurisdicional, como se esta tivesse uma qualidade melhor do que aquela. A substituição de uma pela outra é tão danosa ao sistema jurídico constitucional brasileiro como a manutenção de uma delas em situação não suficientemente forte, robusta, para expressão de sua legitimidade como a melhor resposta para o atendimento dos objetivos fundamentais da República. Como expressa Luiz Guilherme Marinoni, "a necessidade de raciocinar a partir da consideração da tutela no plano do direito material e da regra da necessidade não teria significado sem a devida justificativa, ou seja, sem a motivação capaz de expressar adequadamente o raciocínio judicial"²⁹. Para o autor, tal como se exalta neste estudo, a justificativa racional e robusta da atividade jurisdicional "permite o controle crítico sobre o poder do juiz, sendo que o equívoco da justificativa evidencia a ilegitimidade do uso da técnica processual"³⁰.

Conforme Marinoni, "a ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja feito a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras do meio idôneo e da menor restrição e mediante o seu indispensável complemento, a *justificação judicial*"³¹. Logo, segundo o autor, em razão do poder do juiz de determinar a "melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por

29 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.159.

30 *Id.*

31 *Id.*

consequência, a adequada justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz"³².

Portanto, assinala Marinoni, "no momento em que o juiz deixa de ser a boca da lei ou a boca de o um ser inanimado – como queria Montesquieu – e passa a ser a boca do direito ou a boca de alguém que confere feição ao direito, fica claro que a produção normativa também deriva do Poder Judiciário"³³. Nesta perspectiva, para o autor, "o judiciário torna-se o principal responsável pela coerência do direito, daí advindo a obviedade de que não há Estado de Direito sem um Judiciário instituidor de um direito coerente"³⁴.

Entretanto, não basta para os fins propostos – de viabilizar o pleno controle da atividade pública administrativa do Estado – o apontamento da necessidade de se observar um critério objetivo de conformação legal do ato administrativo diverso daqueles tradicionais já explorados pela doutrina, bem como, a óbvia exigência de uma atuação jurisdicional fundada em justificativas robustamente vinculadas aos valores constitucionais. Faz-se necessário, nesse prisma, indicar instrumentos de efetividade dessa pretensão. E assim se conduz o presente trabalho para sugerir um mecanismo de tutela jurisdicional próprio para controlar a discricionariedade administrativa de interesse nacional, sendo esta, em princípio, o ponto de maior relevo – sob uma perspectiva sistêmica nacional – para se iniciar, talvez, o afastamento da ideia que zonas de penumbra do controle judicial do que é público possa ser algo aceitável em um Estado de Direito definido sob um regime republicano.

O grande elo entre a atuação administrativa escurrita e

32 *Id.*

33 *Ibid.*, p.170.

34 *Id.*

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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A técnica jurídica que ora se destaca é a inclusão de um novo requisito objetivo da conformação legal de um ato administrativo, qual seja: *o nexa causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado*.

Em outros termos, tratou-se sobre a inserção de um novo critério objetivo de controle da discricionariedade administrativa, com o fito de se estabelecer a obrigatoriedade de *demonstração do nexa 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, de forma geral, nitidamente voltado ao distanciamento da plena sindicabilidade do ato administrativo discricionário.

Para tanto, como já assentado, torna-se importante a

operacionalização da mencionada ferramenta jurídica para reforçar a capacidade de controle judicial do ato administrativo 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 adminis-

trativo 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 do ato administrativo, com o fito de viabilizar a sua ampla sindicabilidade, 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*.

