

VALORES A SEREM CONSIDERADOS NO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SEGURANÇA JURÍDICA – BOA FÉ – CONCEITOS INDETERMINADOS INTERESSE PÚBLICO

Alice Gonzalez Borges*

Para a efetiva institucionalização dos postulados da concepção ideal do Estado Democrático de Direito, – norte da Carta de 1988, – torna-se cada vez mais crucial o problema da extensão, dos limites e das omissões do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.

Decerto, pois é o Poder Judiciário o Supremo Garante da defesa da legalidade, dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias dos cidadãos.

Como bem a propósito preleciona SERGIO D'ANDRÉA FERREIRA,

“Sob o ângulo estritamente juscientífico, é fundamental afirmarmos que, quando o juiz exerce a “Justiça administrativa”, ou seja, decidir sobre a atuação da Administração Pública, não está ele exercendo a mesma parcela da função jurisdicional desempenhada nos litígios entre particulares, como ocorre, por exemplo, quando há um credor e um devedor de quantia inscrita em uma nota promissória”¹

Pelo que conclui:

“Quando se trata de jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em pólo da relação processual, das pessoas jurídicas públicas, político-federativas, ou autárquicas ou paradministrativas de direito privado, e de colaboradores da Administração Pública, mesmo quando isso ocorre, na verdade estamos diante desse tipo de função muito específica, que é a função

* Professora titular de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador e da Universidade UNIFACS do Salvador. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros.

¹ “A identidade da função de controle da Administração Pública”, in “Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a MIGUEL SEABRA FAGUNDES”, coordenados por CARMEN LUCIA ANTUNES ROCHA. Belo Horizonte, DEL REY, 1995, p. 342.

*de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos*².

E assim é, com efeito. Se for próprio da função jurisdicional, na apreciação dos litígios, controvérsias e pretensões, *dizer o direito com força de verdade legal, para manter íntegro o ordenamento jurídico*, o julgador estará indo bem mais além, quando se acha em causa a apreciação de litígios ou pretensões em que se envolve a atuação da Administração Pública, em suas relações jurídicas com os administrados.

Trata-se, já aí, do exercício do *controle da atuação de um poder por outro poder estatal*, provendo à manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado, concretizando a imortal diretriz de MONTESQUIEU: *"Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir"*.

No exercício dessa função estatal por excelência estabilizadora, o julgador tem um compromisso maior, o de sua vinculação à *preservação do interesse público*, também confiado a sua guarda, embora em modo não tão direto quanto no do exercício da função estatal administrativa.

Não lhe cabe apenas, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil, decidir de acordo com a lei, e, em sua falta, com os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito.

Não estará apenas reconhecendo um interesse ou pretensão meramente individual de uma das partes, em contraposição a outro interesse ou pretensão, igualmente de ordem individual. Haverá que sopesar, bem além disso, a aplicação de um princípio geral de direito público, qual seja o de assegurar a *primazia do interesse público sobre o interesse privado*.

E, ao exercer a missão própria de sua função estatal, cabe ao Julgador a relevante missão de procurar atingir, por mais difícil que seja, o exato ponto de *justo equilíbrio* entre as garantias da legalidade e as garantias dos administrados, em busca da *juridicidade* que leve à suprema consagração dos princípios consagrados em nosso Texto Maior.

O desempenho dessa função estatal há de passar, necessariamente, pela compreensão e aplicação de alguns valores importantes e atuais, profundamente interligados, extremamente polêmicos e polemizados, os quais, na atual realidade jurídica brasileira, se encontram em permanente crise de concepção e interpretação, a desafiar os julgadores mais argutos e bem intencionados.

São eles, a nosso ver:

- a) *segurança jurídica*;
- b) *boa-fé*;

² *Idem, ibidem, p. 356.*

c) *conceitos jurídicos indeterminados;*

d) *interesse público.*

Em torno desses aspectos desenvolveremos, a seguir, algumas considerações que nos parecem oportunas, sem outra pretensão senão a de provocar maior reflexão entre os doutos.

1. Da segurança jurídica

Sustenta ALMIRO COUTO E SILVA em clássico ensaio, em nome do princípio da estabilidade e segurança das relações no mundo jurídico, que:

a) *“... o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes:*

.....

b)

c) *a legalidade da Administração Pública, e*

d) *a proteção da boa fé ou da confiança (Vertrauensschutz), que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.*

*“A esses dois últimos elementos ou princípios – legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa fé dos administrados – ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados”.*³

São lapidares as conclusões finais do ilustre jurista:

“A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

“Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública, e ao aplica-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um

³ “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, in Revista de Direito Público n° 84 : 46-63, p.46).

*dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça”.*⁴

É também o pensamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

*“Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.”*⁵

Com efeito, não é por acaso que nosso ordenamento jurídico consagra, como postulados fundamentais de sua Declaração de Direitos, os princípios da *legalidade*, da *irretroatividade das leis* e do *devido processo legal*. Asseguram, todos eles, aos administrativos, a tranqüilidade e a segurança de que poderão ver respeitados os seus legítimos direitos.

Bem por isso, o ordenamento jurídico protege o cidadão-administrado dos efeitos *ex nunc* da revogação dos atos administrativos, que tenham originado, em seu favor, a constituição de situações jurídicas legitimamente instauradas ao abrigo da lei: admitindo-se, neste caso, ante a superveniência de relevante interesse público, a conversão dos seus direitos em justa indenização, a qual será justa e prévia, uma vez que, como sustentam juristas do porte de CAIO TÁCITO e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, se caracterizaria, aí, uma *verdadeira desapropriação de direitos*.

É certo que, em regra, o ato nulo não gera a produção de situações jurídicas legitimamente constituídas.

A teoria das nulidades administrativas, entretanto, se reveste de matizes especiais, que a diferenciam essencialmente das nulidades do direito privado.

Mesmo, porém, no caso de atos absolutamente nulos e insanáveis, nosso ordenamento jurídico assegura a proteção das situações consolidadas pelo decurso do tempo.

Nesse particular, a jurisprudência brasileira se antecipou às disposições da Lei nº 9.784/99, que veio a consignar, afinal, a decadência, em cinco anos, das ações anulatórias de atos administrativos promovidas pela Administração Pública Federal.

E não é só. É certo que a aplicação do princípio da *presunção geral de legitimidade dos atos da Administração Pública, salvo prova em contrário*, gera, para os administrados, não somente uma verdadeira *aparência de legalidade*, como, ainda, um dever de obediência a tais atos, uma vez que o Poder Público se beneficia do princípio da inversão do ônus da prova.

⁴ *Idem, ibidem, p.62.*

⁵ “Curso de Direito Administrativo”, S.Paulo, Malheiros, 2002, 14ª ed., p.416

Por isto mesmo, em nome da preservação da segurança e estabilidade das relações no mundo jurídico, cada vez mais se revela o cabimento da histórica advertência de SEABRA FAGUNDES, no sentido de que, às vezes, o desfazimento de um ato administrativo pode causar mais tumultuamento na ordem jurídica do que sua simples manutenção, ainda que seja o mesmo eivado de nulidade.

Nesse sentido, vem-se pronunciando, cada vez com maior freqüência, a jurisprudência de nossos Tribunais:

“ENSINO SUPERIOR – REGISTRO DE DIPLOMA – CURSO DE 2º GRAU CONCLUÍDO – SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA”.

Curso de 2º grau concluído há mais de oito anos, cuja validade não foi contestada pela Faculdade Católica do Salvador, quando permitiu o ingresso do aluno e a sua permanência naquele estabelecimento de ensino até a conclusão de seu curso, não deve ser agora invalidado, pois há necessidade de se preservar uma situação que o tempo incumbiu de consolidar. Registro de diploma de nível superior que se defere. Precedentes do ex-TFR e deste Tribunal. Apelo e remessa improvidos. Decisão mantida” (TRF – 1ª R. – Ac. unân. da 1ª T., publ. em 22-04-91 – AMS 90.01.07444-8-BA – Rel. Juiz Plauto Ribeiro) Informativo Semanal – Adv/Coad – 31/91 – pág. 483).

“ATO ADMINISTRATIVO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DESCONSTITUIÇÃO DESACONSELHÁVEL”.

“O princípio da legalidade vincula o administrador não só à lei “stricto sensu”. Salvo raríssimas exceções, é imperioso, sob pena de nulidade, que o administrador dê as razões de fato e de direito determinantes do seu ato. Se a decisão judicial produz uma situação fática consolidada pelo decurso do tempo, sua desconstituição é desaconselhável, mormente quando não causa prejuízos a terceiros. Remessa Oficial e recurso voluntário improvidos”. (TRF – 5ª R. – Ac. unân. da 1ª T., publ. em 19-04-91 – AMS 694 – RN – Rel. Juiz Francisco Falcão) Informativo Semanal – Adv/Coad – 23/91 – pág. 355).

Se o Judiciário se vem revelando sensível a tais reclamos da doutrina, dando um tratamento mais moderno à temática da nulidade dos atos administrativos, por outro lado, lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal tem falhado como guardião máximo da Constituição do País, revelando-se omissivo e, até conivente, na vigilância de importante aspecto da segurança jurídica dos cidadãos, qual seja *o conhecimento das leis que está obrigado a obedecer*.

Bem a propósito, certa vez afirmou LAFAYETTE PONDE que, na realidade brasileira atual, se tornara mera ficção o dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil no sentido de que a nenhum cidadão é dado escusar-se por ignorância da lei.

Nos últimos tempos, vem-se instaurando no País, bem ao contrário, um sistema de total insegurança jurídico-legislativa, em relação à pletora de medidas provisórias

que vêm sendo editadas sem nenhuma relevância ou urgência, repetindo-se mensalmente, até com sucessivas alterações, de uma para outra versão. Bem assim, o excesso de emendas à própria Constituição, que a retalham e desfiguram sem nenhuma coerência ou sistemática.

Escrevemos, recentemente, a propósito dessa forma iníqua de insegurança jurídica dos cidadãos:

“Deixamos de ter uma constituição cristalizada como norma fundamental do País, porque a toda hora ela é retalhada, muitas vezes com a introdução de modificações destoantes da sua sistemática, a qual, entretanto, teria de constituir-se em um todo integrado, coerente e harmônico.

“Ao que parece, o Brasil é o mais dinâmico de todos os países que conhecemos. Suas realidades se modificam tão rapidamente, que não podemos ter uma legislação estruturada e estável, e o cidadão brasileiro não pode ter a segurança jurídica de que é regido por um corpo de leis mais ou menos duráveis.

“Nossa realidade é tão furiosa e extraordinariamente mutante, que o País tem de ser legislado em caráter provisório, através de normas mensais, sucessivas e cambiantes, sempre em caráter urgente.

.....

“E, entretanto um dos pilares básicos do Estado de Direito se constitui, exatamente, na segurança jurídica dos cidadãos: a de que possuem leis, cujo fiel cumprimento podem exigir dos governantes, para que seus direitos possam ser adequadamente protegidos e respeitados, na suprema realização do princípio da legalidade – mais modernamente concebido como o princípio da juridicidade, isto é, o da atuação conforme a lei e o direito.”⁶

2. Da Boa Fé

Em relação ao princípio constitucional implícito da *boa fé*, há que se apreciarem, no desempenho da função jurisdicional, dois ângulos diferentes:

- a boa fé do administrador, nas relações jurídicas com o administrado;
- a boa fé do administrado, quando se relaciona com a Administração.

A efetiva realização dos postulados do Estado Democrático de Direito é inseparável do mínimo direito dos cidadãos a serem governados por uma Administração Pública legal, segura e, sobretudo, confiável.

⁶ “Inovações nas Licitações e seus Aspectos Constitucionais”, Revista Interesse Público, ano 2000, vol. 8: 32-43, pgs.43-44.

Nesse sentido, inexecutáveis são as lições de JESUS GONZALEZ PEREZ:

“A boa fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica, e, concretamente, o valor da confiança. Serve de base para a integração do Ordenamento conforme a umas regras ético-materiais, a idéia de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança (Treu und Glauben) O princípio da boa fé resultará infringido pelo simples fato de não se haver levado em conta a lealdade e a confiança devida a quem conosco se relaciona.....

A Administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplaridade e de boa fé ... nem pode quebrantar os pactos que tenha convenicionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado”⁷

Também a respeito é incisivo o pronunciamento de GASTON JÉZE:

“O princípio fundamental que domina a teoria da execução dos contratos da Administração é o mesmo que domina o direito moderno: o respeito da palavra empenhada. As partes contratantes são obrigadas a cumprir suas obrigações respectivas de boa fé, nas condições em que foram estipuladas. Esse princípio essencial não comporta desenvolvimentos especiais. É fundamental”⁸.

Ora, em frontal violação a tão valiosos princípios, freqüentemente entendem Administrações mal orientadas, ou orientadas por princípios de administração válidos para as empresas privadas, na *filosofia da busca de resultados* ora dominante no país por força da globalização, que é bom, é salutar, é válido, tirar o máximo de vantagens nas relações jurídicas com os administrados, embora até violando-se o anteriormente pactuado com os mesmos. Consectária dessa concepção equivocada e antiética, é a postura dos órgãos jurídicos administrativos, no sentido de utilizarem todos os meios processuais a seu alcance, esgotarem toda a pleora de recursos ainda previstos em nossas leis, para escusarem-se ao cumprimento de obrigações que de antemão sabem ser perfeitamente legítimas .

É fato notório, aliás, ser tal postura uma das grandes responsáveis pelo congestionamento das vias judiciárias, que aflige a toda a sociedade brasileira.

Pioneira, porém ainda isolada, é a posição do TFR que, em recente decisão, conforme noticiado pelos jornais, teria imposto a um órgão da Administração, o “castigo”, da cominação de severa multa, por estar abusado da utilização de recursos pro-

⁷ “El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”, Madrid, Civitas, 1989, 2ª ed., pg. 54-55).

⁸ “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, DEPALMA, 1950, tomo IV, pg. 191).

cessuais contra um administrado coberto de razão, caracterizando-se plenamente, no caso, a litigância de má fé.

De qualquer sorte, o princípio da boa fé da Administração Pública no cumprimento das obrigações travadas com os administrados há de ser importante objeto de apreciação, no exercício do controle jurisdicional.

Outro aspecto do problema diz respeito às repercussões da invalidação de atos administrativos, sobre os direitos e interesses de terceiros de boa fé.

Nesse sentido, há de interpretar-se com certo temperamento a afirmativa categórica da Súmula 473 do STF, quando diz que os atos nulos não geram direitos.

Como já dissemos, os atos administrativos se revestem de muitas peculiaridades, que os distinguem essencialmente dos atos jurídicos privados, na medida em que têm, ou devem ter, como finalidade última, o atendimento dos interesses de toda a coletividade. Um ato administrativo se reveste, sempre, da aparência do bom direito, traduzida na presunção geral de sua legitimidade, que é um dos seus mais importantes atributos típicos. Pode gerar, pois, direitos para terceiros de boa fé, os quais não podem ser atingidos pelas conseqüências da sua invalidação.

Essa doutrina já é usualmente consagrada pela teoria do funcionário de fato, largamente aplicada pela jurisprudência, mas bem pode revestir-se de outros matizes.

Distingue a doutrina clássica, por exemplo, os efeitos jurídicos, em relação a terceiros, da nulidade da investidura irregular de agente público e os da nulidade conseqüente à usurpação da função pública. Decorreria, a usurpação de função pública, de aspectos tão grosseiros, que não poderiam revestir-se, sequer, da aparência de sua legitimidade. Portanto, não poderiam gerar nenhum efeito jurídico.

Ocorreu, no foro de nosso Estado, o caso de uma auxiliar de cartório que dolosamente usurpou as funções da escritã titular, depois que esta faleceu. Não nos pareceu consentânea com os melhores princípios de direito a posição do Ministério Público, no caso, ao denunciar o crime cometido e pedir, ao mesmo tempo, a decretação judicial da nulidade de todos os atos anteriormente praticados pela falsa escritã. Ora, como poderiam as pessoas que recorreram ao cartório, ao longo de meses a fio, saber que estavam tratando de seus interesses com uma usurpadora criminosa da função pública? Seria o caso de, também em tal caso, protegerem-se os interesses e direitos dos terceiros de boa fé.

Um aspecto interessante, a esse respeito, se acha consagrado na Lei geral de licitações e contratos administrativos. Em seus artigos 49 e 59, parágrafo único, dispõe a Lei 8.666/93 sobre a obrigatoriedade da indenização dos prejuízos causados pelo desfazimento da licitação ou do contrato, relativamente ao licitante ou ao contratado que, estando de boa fé, não deu causa à nulidade verificada.

Nesse sentido é lapidar o teor de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, resumindo admiravelmente, a nosso ver, tudo quanto já foi dito até aqui, a respeito desses cruciais aspectos do exercício da função jurisdicional:

“Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que a coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa fé e outros valores, necessários à perpetuação do Estado de Direito.

“A regra enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade no exercício do arbítrio” (Ac. da 1ª Turma do STJ de 17/10/94, no RESP 44445522/SP-Recurso Especial. Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. (<http://www.stj.gov.br/webstj>).

3. Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Quando o julgador, na apreciação do caso concreto, efetua a valoração, à luz do interesse público, da necessidade de preservação da *segurança jurídica*, da existência ou inexistência da boa fé, em qualquer dos pólos das relações jurídicas entre a Administração e os administrados, ou quando decide se está caracterizada, ou não, a existência do *fumus boni juris*, ou do *periculum in mora*, a justificar a concessão de uma liminar ou de outra medida acautelatória, ou sua suspensão, acha-se, efetivamente, preenchendo *conceitos jurídicos indeterminados*.

Esta é uma das tarefas mais delicadas do julgador, sobretudo quando, no caso, está decidindo controvérsias ou pretensões entre administrados e o Poder Público. Decerto, porque há, aí, a sopesar, sempre, o interesse público a ser atingido. E é aí que cresce de ponto a dimensão da responsabilidade do Judiciário, pois, como adverte D'ANDRÉA FERREIRA, temos plenamente configurado, aí, o exercício do controle de um sobre outro poder estatal.:

“Cumpre-nos, porém, a todo momento, dar significado, inteligência, a cada um desses substantivos, adjetivos e advérbios, porque todos eles têm o seu relevo. Seja “urgência”, seja “manifesto interesse público”, por mais abstrato ou subjetivo que possa parecer um determinado padrão jurídico cabe ao juiz dar-lhe um sentido no caso concreto, e, através disso, controlar a legitimidade do ato, a discricionariedade lesiva, a omissão, a ameaça, tudo isso traduzindo uma imensa ampliação dos poderes jurisdicionais, em relação à Administração Pública. É certo que o juiz não se vai substituir ao administrador; no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo, se verificar que, diante de uma aparente legalidade, esteja em face de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à

*economicidade, à logicidade, que são parâmetros do controle jurisdicional, nesse campo específico da legitimidade”.*⁹

Cabe ao julgador preencher tais conceitos, como o faz em relação a outros tantos no seu labor diário, tais como negligência, premeditação, diligência do bom pai de família, urgência, relevância, e tantos outros, para escolher apenas uma decisão, sem outro compromisso senão com a correspondência de seu decisum com a efetiva finalidade da norma, aplicada ao caso concreto em exame. E pode fazê-lo, sem quebra da harmonia entre os poderes estatais.

Nenhuma razão de ser existe, aí, na freqüentemente invocada *discrecionariade judicial*.

Antes se faz necessário ao julgador agir com a *PRUDÊNCIA* de que nos fala EROS ROBERTO GRAU¹⁰, porque estará sendo posto em prática, repitamos, nada mais que um *juízo de legalidade* ao se buscar, no exame do caso concreto, dentro daquelas motivações imprecisas, seu exato alcance e significado, à luz da *própria razão de ser* da norma aplicada.

Na lição de GARCIA DE ENTERRÍA E TOMÁS - RAMÓN FERNANDEZ,
*“Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar tal aplicação, valorando se a solução a que se chegou é a única solução justa que a Lei permite. Esta valoração parte de uma situação de fato determinada, aquela que a prova lhe oferece, porém sua apreciação jurídica se faz a partir do conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei”.*¹¹

A esse respeito, pontificam ainda os eminentes juristas:

“Trata-se de conceitos com os quais as leis definem pressupostos de fato ou áreas de interesses ou de atuação perfeitamente identificáveis, ainda que o façam em termos indeterminados, que logo terão que concretizarem-se no momento da aplicação. A indeterminação lógica do enunciado não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação e a contrarie, ou uma invocação meramente caprichosa, capaz de legitimar qualquer solução. Pelo contrário, resulta manifesto que a utilização que a Lei faz desses conceitos aponta inequivocamente para uma

⁹ *Ob. cit.*, p. 368.

¹⁰ *“O direito... não é uma ciência, e as decisões no seu âmbito tomadas não são decisões cientificamente determinadas. O Direito, como afirmei, é uma prudência.”* “Direito, Conceito e Normas Jurídicas”, São Paulo, Ed. RT, 1988, pgs. 24 e 74 e seguintes. Ver, também, ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA, “Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo”, Coimbra, ALMEDINA, 1994.

¹¹ “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, CIVITAS, 1998, 8ª ed., vol. I, p. 443 e seguintes. Cf., também, ENTERRIA, “Democracia, Jueces y Control de la Administración”, Madrid, CIVITAS, 1998, 4ª ed., p. 243 e seguintes.

realidade concreta, perfeitamente identificada como determinável, pois de logo proscree absolutamente tomar-se em consideração o conceito contrário ou oposto; é aqui, portanto, nessa proibição radical, que existe um limite à indeterminação, e um limite manifesto e patente, nada impreciso, ambíguo ou fluido, um limite preciso. É aqui, nesse ponto inequívoco, que se deve situar a explicação de que os conceitos legais indeterminados postulam uma única solução justa”¹².

É a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está, como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. Ergo, não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica, se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo, no espírito, no alcance finalístico, que as anima. E, sobre isso, a última palavra só pode ser do Judiciário”¹³.

4. Do interesse público

A dimensão maior do relevante papel que nosso ordenamento atribui ao Poder Judiciário reside, afinal, na apreciação e valoração do mais indeterminado dos conceitos, que é o interesse público.

É preciso, entretanto, estabelecer o que é que se pode entender como *interesse público*.

Não é, certamente, o interesse que GIANNINI classifica como *secundário*, o interesse interno da pessoa jurídica pública como tal, em sua qualidade de sujeito de direitos. A confusão é freqüente e danosa. Muitos não enxergam o interesse público além dos estritos limites concebidos pelo administrador comum, no sentido da obtenção da busca dos melhores resultados, inclusive em detrimento dos interesses dos administrados, com o menor dispêndio possível dos cofres públicos.

Queremos nos referir, aqui, ao interesse público primário, aquele cuja supremacia vincula constitucionalmente a todos, pois é de todos e está acima de todos, aquele definido por HECTOR JOSÉ ESCOLA como “*um querer valorativo geral e total predominante, que se identifica com o de toda a comunidade*”:

“O interesse publico- de tal modo – é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se atribui a toda a comunidade como consequência dessa

¹² *ob. cit., ibidem.*

¹³ *Ob. cit., pgs. 823 e 824.*

maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico de seus indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito deles, que nele podem reconhecer seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquila-los”¹⁴

Escrevemos, a respeito, que

“O interesse público, segundo a melhor doutrina, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor; proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

“Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante na comunidade.

.....
“Pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, que já corresponde à expressão positiva do bem comum.

..... *“Mas há também um interesse público possivelmente conflitante, que legitima a atuação da Administração Pública, somente na exata medida em que corresponda à expressão da vontade geral da sociedade, democraticamente expressa, positiva ou não, relativa a determinado momento”¹⁵.*

A esse respeito, consideramos ainda inexcedível o pensamento de ARISTOTELES, ao caracterizar o sumo bem comum, e seu entrelaçamento, em relação aos indivíduos e ao Estado:

“E, embora sendo idêntico o bem do indivíduo e o da cidade, todavia obter e conservar o bem da cidade é coisa maior e mais perfeita. Em verdade, o bem é digno de ser amado, também, por um único indivíduo, porém é mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades”¹⁶.

A realidade apresenta ao julgador, no deslinde de certas situações concretas, casos em que terá o mesmo que decidir com a *prudência* aconselhada por EROS RO-

¹⁴ “El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, DEPALMA, 1989, pgs. 249-260.

¹⁵ “O interesse público: um conceito a determinar”, in Revista de Direito Administrativo, vol. 205: 109-116, p.116.

¹⁶ “Política”, Rio de Janeiro, Tecnoprint.

BERTO GRAU, no sentido de antepor, a quaisquer outros conceitos indeterminados, a aplicação daquele, maior, que constitui a suprema missão do Judiciário como poder estatal, que é a preservação do *interesse público*, extremando o seu exato significado legal.

Temos, a propósito, um recente exemplo, constante de decisão monocrática do Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, suspendendo a concessão de uma liminar em cautelar inominada que fora concedida pelo juízo de primeira instância, a qual, com base na apreciação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, determinara, afinal, que os serviços de vigilância sanitária estadual e municipal se abstivessem de notificar, intimar, autuar, apreender, interditar e depositar quaisquer dos produtos farmacêuticos considerados como não correlatos pelos órgãos sanitários, até o julgamento final da lide, sob o fundamento de que a interessada vinha sofrendo prejuízos de ordem econômica, por deixar de comercializar os mencionados produtos.

Sensível ao aspecto predominante da preservação do interesse público, decidiu S. Exa. ponderando que “a saúde pública se encontra prejudicada, porque é dever da vigilância sanitária inspecionar os produtos que devam ou não ser comercializados por farmácias e drogarias do Município”. (Despacho nos autos da Cautelar Inominada nº 140001864350 – 6/2002, Diário do Poder Judiciário de 26/06/2002, pg. 14).

Porém, aplicando os mesmos princípios, mas em sentido inverso, procurando mais uma vez valorar e sopesar o interesse público, a mesma autoridade decidiu, também em pedido de suspensão de liminar:

“Na análise do caso sub judice, nota-se que não restou demonstrado, pelo ora requerente, que efetivamente o transporte prestado pelo interessado oferece perigo à coletividade, tendo em vista que os autos de infração anexados aos autos.... não atestam as más condições do veículo, se limitando apenas a afirmar que o mesmo não possuía a licença desse órgão. Assim, conclui-se que, em verdade, o que se discute em juízo é a legitimidade da autorização do órgão ora requerente; portanto, a matéria está restrita ao crivo do juízo de valoração do julgador de primeiro grau, quando do exame dos fatos e fundamentos do pedido.....

“A suspensão da eficácia de liminar é providência excepcional e como tanto deve ser encarada, até porque a ação mandamental é garantia constitucional do cidadão, que a invoca para fazer valer direito líquido e certo.

“Sendo, portanto, a suspensão da liminar medida drástica, esta só se justifica quando a decisão, que se almeja seja desconstituída, possa afetar de tal modo à ordem pública, à saúde, ou qualquer outro interesse da coletividade, que legitime a sua sustação até julgamento final do recurso”.(Mandado de Segurança nº 148821-8/2002, da Comarca de Irará, DPJ de 14/06/2002, p. 5).

5. Considerações Finais

Nem por ser tão delicada e inçada de dificuldades, é menos essencial para a ordem democrática a missão do julgador, quando chamado a exercer a função jurisdicional como expressão do controle estatal.

Fazemos nossas, a respeito, as palavras do jurista argentino ROBERTO DROMI, tão adequadas à realidade hodierna de nosso País:

“La democracia supone un orden político institucional, basado en el equilibrio real entre los distintos poderes del Estado.

“Las sucesivas crisis institucionales han incrementado el poder del Ejecutivo con un correlativo debilitamiento del Legislativo y del Judicial. Las instituciones democráticas no escaparon indemnes a tales crisis.

“La recuperación del modelo democrático necesita restablecer el equilibrio de poderes. En ese orden de ideas, el Poder Judicial debe recobrar el vigor institucional querido por el constituyente, por la voluntad soberana del pueblo.

“Tal rejerarquización no se logra sólo con declaraciones de principios. Hace falta que, a partir de la convicción republicana, los jueces tomen la decisión política de recuperar las competencias judiciales perdidas, cumpliendo con el mandato constitucional de guardar la legalidad democrática toda, conduciendo los procesos judiciales con celeridad y eficacia. La justicia tardía, nos es justicia, al menos democrática.....

“La seguridad jurídica, acosada, tiene en los jueces verdaderos, a su abogado natural. Sólo con jueces verdaderos se viven tiempos de seguridad jurídica “asegurada”, donde funciona la cosa juzgada judicial, a estabilidad de los actos y contratos, la impugnabilidad del obrar público y el control de la constitucionalidad. Ello facilita las soluciones políticas a los problemas globales de la sociedad, generando confianza para la inversión y el crecimiento.¹⁷

¹⁷ “Los Jueces”, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1992, pgs. 251-252.