

## O CONTROLE JUDICIAL DA CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

José dos Santos Carvalho Filho\*

1. A verdadeira bússola dos intérpretes e aplicadores do Direito se aloja na *exatidão* dos institutos, dos princípios e das normas jurídicas. Onde o intérprete depara a precisão consegue ele adquirir, sem esforço excessivo, o perfeito delineamento e conteúdo das inúmeras regras que compõem o arcabouço jurídico. Mas, quando se defronta com mensagens cuja interpretação depende de uma visão própria, ou seja, de fatores inerentes à apreciação subjetiva do intérprete e dos elementos de valoração que o instiguem na interpretação, nesse momento o Direito perde sua linha de exatidão e dá ensejo inevitável à abertura de divergências.

Foi com vistas a obter a mais exata interpretação possível do conteúdo e do verdadeiro sentido e alcance dos princípios e normas jurídicas, para incidência em situações fáticas concretas, que os estudiosos criaram sistemas e métodos de interpretação (CARLOS MAXIMILIANO, "*Hermenêutica e Aplicação do Direito*", Forense, 9ª. ed., 1981, págs. 6 a 10). É conhecida a dicotomia das correntes *subjetivista* e *objetivista* na hermenêutica jurídica, a primeira adotando como prevalente a *mens legislatoris*, ou seja, a intenção mobilizadora do criador da norma, e a segunda considerando que a intenção não tem relevância, porque, como a norma se desprende da vontade do autor, ela objetivamente é que deve constituir o foco interpretativo.

A discussão não é de fácil deslinde. E não o é pela simples razão de que ambos os fatores ostentam importância para a verificação do alcance e do sentido da norma. Se, de um lado, tem-se como predominante a corrente objetivista, de outro não se pode relegar a zero o fator de mobilização da vontade do autor da norma. Pode este ser menos importante, mas não pode ser totalmente ignorado. Daí a acertada observação de RAÚL CANOSA, bem lembrado por LUÍS ROBERTO BARROSO ("*Interpretação e Aplicação da Constituição*", Saraiva, 3ª ed., 1999, pág. 114), de que o sentido depende de três vontades: a do legislador, a da lei e a do intérprete.

2. Um dos institutos em que maiores dificuldades se encontram no que diz respeito à exata *voluntas* da lei ou do legislador é, sem sombra de dúvida, o dos *conceitos jurídicos indeterminados*, ou, como preferem alguns, *conceitos abertos*.

Numa definição sintética, mas expressiva, KARL ENGLISH delineou o sentido de conceito jurídico indeterminado como sendo aquele "*cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos*" ("*Introdução ao Pensamento Jurídico*", Fund.C.Gul-

\* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Professor do Curso de Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Professor do Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito Campos. Mestre em Direito do Estado (UFRJ).

benkian, Lisboa, 1988, pág. 208/9). Veja-se, pois, que o cerne da idéia do instituto reside na incerteza do *conteúdo* e da *extensão* do conceito. Não qualquer incerteza, como é óbvio, mas a incerteza em larga medida, aquela que deixa considerável margem de dúvida para o intérprete. Incertezas simplórias podem afetar a visão interpretativa de um exegeta menos perspicaz, de modo que elas podem surgir em normas que, numa visão da maioria, parecem absolutamente precisas. A incerteza, porém, que atinge o conceito jurídico indeterminado, é aquela que admite *diversidade de valoração* até mesmo no espírito dos intérpretes de maior acuidade.

A incerteza deve recair no conteúdo e na extensão. Incidindo sobre o conteúdo, não haverá exatidão no delineamento da mensagem que o conceito pretende transmitir. Na extensão, são imprecisos os reais limites de aplicabilidade do conceito. Significa, pois, que a norma em cujo texto se aloje um conceito jurídico indeterminado não exhibe, de plano, qualquer nível de certeza no que concerne à natureza da mensagem e aos limites em que deve a norma ter incidência.

3. A noção em si dos conceitos jurídicos indeterminados não causa maiores divergências na ótica dos especialistas mais modernos, fundados na doutrina alemã que os atrela ao princípio da proporcionalidade.

Referindo-se a tais conceitos, **ODETE MEDAUAR** considerou-os como dotados de fórmulas amplas, com o que surgiria a *“impossibilidade de identificar a priori todas as situações que se enquadram na fórmula”* (*“Direito Administrativo Moderno”*, Ed. RT, 2ª. ed., 1998, pág. 124). **GERMANA DE OLIVEIRA MORAES**, por sua vez, reconhece que *“o conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas”* e reproduz o sentido que **SÉRVULO CORREIA**, jurista português, empresta a tais conceitos, definindo-os como aqueles *“cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito”* (*“O Controle Jurisdicional da Administração Pública”*, Ed. Dialética, 1999, págs. 57/8).

Veja-se, pois, que, comparando-se a noção trazida pelos publicistas, poderá ter-se a base do sentido dos conceitos jurídicos indeterminados. Na verdade, o que os caracteriza, como o demonstra sua própria terminologia, é a *indeterminação* que atinge seu conteúdo e sua dimensão.

Os exemplos também não apresentam discrepâncias. Os mais apontados são os que se referem à *ordem pública*, aos *bons costumes*, à *urgência*, à *dignidade*, ao *interesse coletivo*, a *bem inservível*, a *produto poluente* etc. Em todos eles, de fato, não se encontra a exatidão do sentido para o fim de inserir situações fáticas sob seu manto de incidência.

4. Como os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no próprio bojo da norma, constituem eles *fator de abstração*, situando-se numa zona a princípio estática, para aguardar sua incidência normativa dinâmica aos suportes fáticos que nela venham a subsumir-se. Na verdade, nenhum problema haveria na identificação de tais conceitos se não fosse a sua aplicabilidade aos fatos concretos. Enquanto não

ocorrem os fatos, a norma abstrata apresenta apenas elementos de potencialidade para o fim de sua aplicação e, sendo assim, não interferem diretamente na esfera jurídica das pessoas.

É exatamente no aspecto da *concretização* dos conceitos jurídicos indeterminados que vamos abrigar o foco das presentes reflexões. E, ao examinarmos os fatos de concretização, caberá tecer alguns comentários sobre o *controle jurisdicional* necessário para verificar a compatibilização entre o fato e a norma.

5. Ninguém desconhece que a atividade administrativa, por ser subjacente e subordinada à lei, como há muito destacava **CIRNE LIMA**, sofre variados tipos de controle. Quando se trata de considerar a natureza do controle quanto ao foco de incidência, temos duas modalidades: o controle de legalidade e o controle de mérito. No primeiro, o controle se dá pelo confronto entre os atos e condutas administrativas, de um lado, e os preceitos legais, de outro; no segundo, o que há, na verdade, é uma reavaliação dos atos administrativos já praticados, ou seja, uma nova consideração sobre os fatores que mobilizaram sua prática.

O controle de legalidade é mais amplo e mais imparcial. Mais amplo, porque, além de ser exercido pelos próprios órgãos administrativos (controle administrativo), pode originar-se também dos órgãos incumbidos do exercício das funções legislativa (controle legislativo) e jurisdicional (controle judicial); mais imparcial, a uma porque comporta ser exógeno, isto é, oriundo de agentes externos da Administração, e a duas porque é forma de controle dotada de parâmetros de maior objetividade, ao contrário do controle de mérito, de caráter endógeno, em razão de provir dos próprios agentes administrativos, isso sem contar o fato de que os parâmetros revisionais são sempre mais fluidos e inexatos.

Ressaltando a fluidez e a inexatidão, já tivemos a oportunidade de consignar que o controle de mérito é privativo da Administração porque *“se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos”* (nosso *“Manual de Direito Administrativo”*, Ed. *Lumen Juris*, 7ª. ed., 2001, pág. 713). Com efeito, não é o que ocorre no controle de legalidade, no qual o órgão controlador não pode ter, a princípio, nenhum elemento subjetivo de reavaliação de condutas.

6. Funda controvérsia se tem estabelecido, em tempos mais modernos, sobre a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos. Em nosso sentir, muitos pontos dessa controvérsia se devem a uma equivocada visão dos mecanismos que compõem o controle exógeno existente entre as funções básicas do Estado, constitutivas do fenômeno que os constitucionalistas denominam de *“sistema de freios e contrapesos”* (*checks and balances*”).

Nos autores clássicos, a questão era solucionada com intensa clareza. E não vai aqui qualquer saudosismo ou anacronismo em relação ao tema, mas simplesmente o amor que dispensamos às coisas claras.

**HEL Y LOPES MEIRELLES**, mestre inextinguível em precisão e clareza, assinalava em relação ao controle judicial: “*É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege*” (“*Direito Administrativo Brasileiro*”, Malheiros, 18ª. ed., 1993, pág. 604, grifo do texto). E rematava o saudoso publicista: “*Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários*” (ob. e loc. cit.).

Outro ilustre autor clássico, **JOSÉ CRETILLA JUNIOR** seguia o mesmo entendimento: “*No exame da legalidade, cumpre ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob todos os aspectos, a partir do nascimento, passando depois por todos os elementos integrantes, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação a perscrutar-lhe as entranhas, ou seja, a finalidade visada*” (“*Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*”, Forense, 1984, pág. 325, grifo do autor). Em continuidade, advertia o professor: “*Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento*” (ob. cit., pág. 326, grifos do autor).

No mesmo sentido, o também saudoso **M. SEABRA FAGUNDES**. Observe-se seu incisivo ensinamento: “*Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão*” (“*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*”, Forense, 5ª. ed., 1979, pág. 144, grifos do texto). O pensamento é o mesmo adotado por **MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO** (“*Curso de Direito Administrativo*”, Saraiva, 1979, págs. 144/5).

7. A despeito de serem claríssimas tais lições, tem havido algumas escaramuças entre alguns especialistas contemporâneos, cuja linha de pensamento aponta para uma ampliação indevida e inviável do controle judicial sobre as atividades da Administração. Alguns o fazem por desvio de perspectiva, outros por imitarem doutrinas estrangeiras que, sobre não serem muitas vezes dominantes ou incontroversas, impossibilitam uma perfeita compatibilização com os institutos jurídicos que balizam o sistema pátrio.

Não se pretende aqui desenvolver o tema do controle judicial do mérito administrativo, que alguns autores insistem em admitir contra todas as evidências que emergem de nosso sistema de distribuição tríplice das funções básicas do Estado, como se alguma coisa tão significativa houvesse ocorrido após a clara e incisiva lição de nossos especialistas clássicos. Também não se pretende analisar o sentido da expressão *mérito administrativo*, que, a despeito de tantas vezes repetida e ensinada, parece causar um *frisson* em alguns publicistas modernos. A impressão que se tem é a de que alguma revolta interior de estudiosos contra o Estado-Administração os tem conduzido à afirmação de que “*atualmente*” poderia o Judiciário

adentrar os valores administrativos que compõem o cerne discricionário dos atos administrativos.

A verdade é que, além de não ser acertada essa posição, o próprio Judiciário, muito cômico de sua posição institucional, sem dúvida relevante, não se tem deixado levar por esse tipo de radicalismo incoerente, salvo, é óbvio, uma ou outra decisão de magistrado mais afoito ou despreparado. Seria despejar sobre os magistrados uma carga de pressão que não merecem sofrer por não serem os responsáveis pela função administrativa geral.

8. Não é raro encontrar-se, em obras e artigos doutrinários, remissão à teoria de **GARCIA DE ENTERRÍA** e **TOMÁS-RAMON FERNANDEZ** sobre como se deve enfrentar a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Procura-se extrair das douradas palavras desses juristas em seu festejado “*Curso de Derecho Administrativo*” (Civitas, Madri, 4ª. ed., 1990) a idéia de que não haveria qualquer dificuldade, para o intérprete ou para o juiz, de identificar se a situação fática estaria ou não abrangida pelo conceito indeterminado previsto na lei.

Entretanto, não é bem isso que se observa em suas lições.

Dizem referidos autores que “*por estarem aludindo a substratos concretos e não a vagüidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não o é; ou se violou a proibição ou não se violou. “Tertium non datur”. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz numa indeterminação de suas aplicações, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso*” (ob. cit., vol. I, pág. 271).

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não conseguimos vislumbrar nas observações acima nenhuma facilidade ou determinação na forma de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao contrário, o texto exhibe pontos que não elidem a indefinição e outros em que parece duvidosa a aplicabilidade da norma.

As alternativas sugeridas – boa-fé ou não, proibição ou não etc – são exatamente as que denunciam a imprecisão dos conceitos. É óbvio que, diante da norma que incide sobre conduta de boa-fé, a grande dificuldade em sua aplicação se situa em saber se a conduta concreta está ou não dotada de boa-fé. Se concluirmos que houve boa-fé, incidirá a norma; caso contrário, estará afastada sua incidência. O problema que se põe, contudo, é justamente o de fazer a subsunção do fato concreto à norma. Em outras palavras, a dificuldade está em se saber se a conduta foi realizada com boa ou má-fé. E não há qualquer determinação nisso. Ao contrário, o que para uns pode representar ação de boa-fé, idêntico valor pode não ocorrer para outros. Há que se admitir, de qualquer modo, certo juízo de valoração na análise do fato concreto.

Quanto à idéia de que o conceito jurídico indeterminado somente admite uma solução justa, idéia, aliás, encampada também por **LÚCIA VALLE FIGUEIRE-**

DO (*“Curso de Direito Administrativo”*, Malheiros, 2ª. ed., 1995, pág. 122), temos a convicção de que se trata de formulação utópica, fictícia e que, *concessa venia*, não corresponde à realidade concreta. Primeiramente, seria de se perguntar: o que é solução justa? E ainda: a solução é justa para quem? Não são perguntas fáceis de responder quando se trata de aplicar norma que contenha conceito jurídico indeterminado.

Vamos dar exemplo concreto, freqüentemente mais esclarecedor que teorizações e axiomas. Quando o Governo impõe medidas de racionamento de energia elétrica, por exemplo, são elas fundadas na *ordem pública* consistente em evitar que do uso imoderado de energia emanem conseqüências desastrosas para a população, para a atividade empresarial e para a financeira. Trata-se, pois, de norma que contém conceito jurídico indeterminado. Era como se a norma estabelecesse: *“Em virtude da ordem pública, são adotadas as seguintes medidas...”*. Pois bem: examinadas essas medidas, *que são os atos de concretização da norma*, seria possível afirmar que cada um desses atos corresponderia a uma *única* solução justa? Se, ao invés da meta de racionamento, fixada em algumas regiões em 20% da média de consumo dos meses de maio, junho e julho do ano anterior, tivesse sido fixado o percentual de 21% ou 19% da média de junho, julho e agosto, como se poderia saber qual era a *“única”* solução justa? Qual a solução que teria equivalência com o conceito indeterminado de *ordem pública*?

Em nosso entender, não há uma *única* solução, e sim uma *melhor* solução de acordo com a *avaliação processada pelo autor dos atos de concretização*. Essa avaliação, geradora da concretude do conceito indeterminado, não pode, como regra, ser reavaliada pelo Judiciário. Só o será quando a valoração tiver exorbitado as linhas da razoabilidade, e neste caso nenhuma estranheza causaria o controle, sabido que a conduta irrazoável atinge a legalidade do ato, ou seja, distancia, de modo incompatível e incoerente, as razões mobilizadoras da conduta e as conseqüências que seu autor alvitra. Dentro, porém, da faixa *aceitável* da conduta, o julgador não pode interferir, pena de admitir-se que ele mesmo seja o intérprete e aplicador da atuação administrativa pertinente aos atos de concretização dos conceitos jurídicos indeterminados.

9. Outro aspecto a considerar na doutrina de ENTERRÍA e RAMÓN FERNANDEZ é a que diz respeito ao que os autores denominam de *“zonas de certeza e incerteza”* (*“zonas de certeza y incertidumbre”*). Vejamos o ensinamento dos eminentes administrativistas: *“Nesse último aspecto, com esse julgamento final, o juiz reduz a zona de incerteza e reconduz o caso concreto a uma das duas zonas de certeza, a positiva ou a negativa, que é exatamente o mesmo que faz frente a todo problema interpretativo, porque a existência de incerteza, de imprecisões e de dúvidas é consubstancial em todo litígio”* (ob. e vol. cit., pág. 275).

Como ponto inicial de análise dessa lição, permitimo-nos considerá-la paradoxal se a compararmos com a anterior. Com efeito, a se admitirem zonas de certeza e de incerteza não se pode sustentar que a aplicação do conceito indeterminado conduza

a uma *única solução*. Afinal, não se pode negar que nas zonas de certeza positivas, quais sejam aquelas em que é cabível a concretização do conceito indeterminado, mais de uma solução possa ser adotada, embora se espere que a adotada seja a *mais conveniente e oportuna* para o interesse público.

Ademais, a questão do controle do juiz sobre tais conceitos não encerra maior novidade, ou alguma coisa que seja tão diametralmente antagônica ao pensamento clássico, como advogam alguns autores modernos. De fato, o juiz, na interpretação dos atos de concretização dos referidos conceitos, tem que perseguir, evidentemente, a redução da zona de incerteza para tentar alcançar as zonas de certeza positiva ou negativa. Chegando à primeira, aceitará a concretização; convencendo-se da segunda, a rejeitará.

O problema, contudo, não está nas zonas de certeza, pois que, afinal, tudo seria mais fácil para o controlador se pudesse sempre alcançá-las. A grande questão se encontra na zona de incerteza, pois que nessa faixa é possível admitir, com razoabilidade, mais de uma solução concreta para o conceito. Espera-se, é verdade, que a solução escolhida seja a *melhor*, mas o juiz dificilmente terá condições de averiguar se realmente aquela solução é a melhor.

10. Embora a bibliografia sobre o tema ainda não seja muito extensa, alguns estudos têm sido divulgados sobre os conceitos jurídicos indeterminados e o controle judicial incidente sobre os atos de concretização desses conceitos. Várias classificações têm sido sugeridas pelos especialistas, estando elas bem detalhadas no excelente trabalho de GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (ob. cit.), todas considerando a ótica do autor sobre o tema. Assim, para KARL ENGLISH podem ser classificados em *conceitos descritivos e normativos*; ERNST FORSTHOFF os agrupa em *conceitos de experiência e conceitos de valor*; WALTER SCHMIDT os divide em conceitos cuja indeterminação provém de *“incertezas condicionadas pela linguagem”* e aqueles que resultam das *“incertezas de avaliação da situação concreta”*; na visão de ROGÉRIO ERHARDT SOARES, estão de um lado os conceitos indeterminados *classificatórios* e de outro os *conceitos-tipo* ou *verdadeiramente indeterminados*.

O que se nota nesses alentados estudos é que se acaba por reconhecer, salvo em minúsculas hipóteses, aliás também duvidosas, que na concretização dos conceitos jurídicos indeterminados sempre haverá *certa margem de livre apreciação administrativa*. A clássica lição de BACHOF, reproduzida por SÉRVULO CORREIA, é no sentido de que tais conceitos, sendo aplicáveis a situações de fato complexas, ou que possam encerrar variedade de imponderáveis, *“conferem uma margem de livre apreciação à Administração Pública, de modo que a decisão judicial não pode substituir-se à decisão administrativa”*.

A posição de ENTERRÍA, nesse aspecto, é radical e não corresponde à vida do direito. É muito fácil sustentar, como o faz o festejado autor, ser sempre possível o controle jurisdicional da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, ainda que estes tenham âmbito mais elástico, mas não é isso que a realidade jurídica

demonstra no dia-a-dia. Também parece por demais extensa e irreal a afirmação de que cabe ao juiz determinar se o pressuposto de fato se ajusta ou não ao conceito indeterminado contido na regra.

O controle jurisdicional, em casos como esse, só pode ser exercido quando *o ato de concretização do conceito ultrapassar os limites de tolerância, aceitabilidade, ofendendo o consenso geral*. Em outras palavras, o controle jurisdicional está atrelado ao princípio da razoabilidade, fato que somente o leva a ser admitido quando flagrante o abuso, a exacerbação, o desvio de finalidade e, enfim, toda a forma de conduta tida como irrazoável e sujeita à censura geral. Dentro, porém, da faixa de *admissibilidade* e de *opção administrativa*, não pode haver substituição do juízo de valor administrativo pelo judicial, mesmo que eventualmente o ato de concretização não satisfaça aos interesses de todos. Aliás, dificilmente a decisão administrativa será apoiada à unanimidade pela coletividade. Mas, desde que não seja absurda e irrazoável, é de presumir-se que a opção venha ao encontro do interesse público, cabendo a outros interessados comprovar a falsidade da presunção.

11. Por outro lado, dizer que ao juiz cabe sempre amoldar o pressuposto de fato à norma que insere o conceito indeterminado nos parece afirmação que merece alguns pontos de contenção. Logicamente, o juiz sempre verifica a subsunção do fato concreto à norma abstrata, bastando para tanto que o conflito de interesses lhe seja apresentado formalmente. E aqui não importa que a norma tenha conceitos determinados ou indeterminados. O problema, porém, não é esse. Quando se cuida de conceitos jurídicos indeterminados, vários fatos concretos, representados pelos atos de concretização dos conceitos, podem adaptar-se à norma. É exatamente nesse ponto que procuramos desmentir a aparente facilidade com que os doutrinadores têm considerado o controle judicial: se vários desses atos de concretização são objeto de valoração pelo órgão administrativo, estando dentro dos limites da razoabilidade, inviável será o controle judicial sem a constatação do abuso, pois que, a ser isso possível, estar-se-ia outorgando ao órgão jurisdicional valoração de conduta própria de quem integra a Administração.

Esse aspecto denuncia primeiramente, como já frisamos, que não há uma *única* solução ou, se se preferir, um *único* ato de concretização possível e legítimo. Ao contrário, diante do conceito genérico trazido pelo legislador ao momento da criação da norma, vários podem ser os atos que tornem concreto o conceito indeterminado, esperando-se, obviamente, aquele que represente a *melhor* solução. Quando aludimos à *melhor* solução, queremos deixar claro que essa própria idéia já reflete uma necessária valoração da providência tomada, o que significa dizer que o que para alguns pode ser melhor, para outros pode não o ser. Resulta daí, por conseguinte, que o ideal é que a melhor solução seja aquela que não só para o administrador público como para uma totalidade ou maior parte da coletividade seja efetivamente a mais adequada para a satisfação dos interesses gerais.

Como tais soluções se materializam pelos atos administrativos de concretização do conceito jurídico indeterminado previsto na lei, não há como negar que o administrador tem a seu cargo a tarefa de optar pelo ato de concretização que espelhe a melhor solução tendo em vista o interesse público. Essa opção é processada pelo agente da Administração, mas este, ao fazê-lo, não pode perder de vista o interesse público a ser alcançado pelo ato de concretização que vier a praticar.

No entanto, nem sempre essa opção, possivelmente considerada a melhor pelo administrador público, corresponde realmente à melhor solução na visão de um grande número de pessoas. Pois bem, ainda que muitos indivíduos sejam contrariados pelo ato de concretização, não haverá ensejo para o controle judicial sem a efetiva comprovação de ofensa ao princípio da razoabilidade. Poderá a opção não ter sido a melhor do ponto de vista da ciência da administração, mas nem por isso pode ser acimada de ilegal ou irrazoável vista de um ângulo jurídico.

Vê-se, portanto, que o controle judicial não incide sobre atos de concretização que não representem a melhor solução administrativa na visão do julgador. A incidência do controle somente será admissível se o julgador tiver diante de si hipótese de flagrante violação ao princípio da razoabilidade, isto é, quando estiver convencido de que *foram ultrapassados os limites dentro dos quais seria viável opção administrativa legítima*. É certo, em consequência, que, assim como podem existir *vários atos legítimos de concretização*, materializadores do conceito jurídico indeterminado, *pode haver também vários atos ilegítimos de concretização*, o que sucederá quando produzidos fora dos limites de opção administrativa válida. É sobre estes últimos que se afigura adequado e necessário o controle jurisdicional.

12. Apenas para melhor elucidação do assunto, vale a pena apontar situação fática há pouco tempo ocorrida no Rio de Janeiro.

Como é sabido, o Poder Público tem a prerrogativa de exercer o poder de polícia sobre condutas privadas com o objetivo de ser preservado o princípio atinente aos *bons costumes*. Mas qual o sentido de *bons costumes*? Tratando-se de expressão semântica plurissignificativa, é possível a coleta de valorações diferentes para esse conceito jurídico indeterminado.

Num trecho discreto e reservado de uma das praias cariocas, considerada pela prática incipiente de alguns como própria para o naturalismo, um casal foi preso por agentes policiais sob a alegação de cometimento de infração penal. Não cabe aqui discutir em qual tipo penal se enquadrava a conduta, mas o certo é que esse enquadramento gerou algumas divergências. De um lado, alguns sugeriam a prática do crime de ato obsceno, previsto no art. 233, do Cód. Penal (*"Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público"*); outros, menos radicais, consideravam ter sido praticada a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61, da Lei das Contravenções Penais (*"Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor"*) ou a de perturbação da tranqüilidade, contida no art. 65 da mesma lei (*"Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável"*).

O importante a registrar no fato é que, segundo os agentes policiais, o casal teria praticado infração penal *capitulada, nas leis penais, em seções relativas à proteção dos "bons costumes"*, sendo ambos presos em flagrante. Paga a respectiva fiança, foram liberados pela autoridade policial. O fato, porém, gerou grande polêmica nas diversas camadas sociais, ficando nítida a divisão de opiniões quanto a ter sido, ou não, praticada conduta ofensiva aos bons costumes. Muitos foram os aspectos a considerar na hipótese, como o pudor público, o local onde era praticado o nudismo, o padrão moral da sociedade etc.

Como passou a dominar, no seio social, certa atitude de repúdio contra a prisão do casal porque não teria havido agressão aos padrões da moralidade dos habitantes da cidade – cidade não de interior, onde são evidentemente diversos os padrões, mas uma metrópole com grande densidade demográfica – o governo estadual começou a considerar a hipótese de ser admitida a prática do naturalismo no pequeno trecho da praia, tendo em vista que o local não era próximo à via de trânsito nem era exposto ao público, situado que estava atrás de pequenas encostas, que impediam a visão normal dos que utilizavam a estrada.

Não é do nosso conhecimento ter o Estado adotado ou não alguma solução a respeito. Entretanto, suponha-se que, diante desse quadro, o governo estadual viesse a praticar ato administrativo para regulamentar o uso do trecho da praia, admitindo, com certas restrições, a prática do naturalismo, o que já ocorre em certas regiões do litoral brasileiro. O ato, logicamente, seria de concretização do conceito jurídico indeterminado consistente na idéia dos *bons costumes*. Diante disso, seria de indagar-se: o ato seria suscetível de controle judicial? Como se daria o controle? Haveria, como advogam ENTERRÍA e seus seguidores, uma *única solução* para a hipótese?

13. No que tange à possibilidade de controle judicial, é pacífica a sua admissibilidade: atos praticados pela Administração, sendo subjacentes à lei, podem e devem ser apreciados pelo órgão jurisdicional nos aspectos que possam refugir às exigências normativas.

A extensão do controle, no entanto, não espelha um campo ilimitado para a atuação do órgão jurisdicional. O próprio juiz, como regra, tem inteira percepção de seu campo de jurisdição, de modo que só chega às raias de decisão anulatória do ato administrativo de concretização do conceito indeterminado quando observa, com o padrão do *homo medius*, que o ato, às escâncaras, refugiu aos limites em que a lei o situou. Não obstante, se a interpretação do conceito indeterminado feita pelo administrador estiver na faixa da razoabilidade, não caberá a substituição, pelo juiz, do juízo de valor levado em conta pelo agente da Administração.

Verifica-se, por conseguinte, que o controle judicial sobre os atos de concretização dos conceitos indeterminados não é irrestrito, nem apresenta, como equivocadamente supõem alguns especialistas mais desavisados, tantas facilidades como as que advêm da interpretação de elementos normativos dotados de determinabilidade. Na verdade, podemos até mesmo consignar, em contrário, que a verificação

de eventual ilegalidade desses atos exige do julgador, além de preparo técnico-jurídico, a sensibilidade de aferir os padrões toleráveis da sociedade. E isso, é justo reconhecer, não se faz muito facilmente.

14. A respeito da pretendida *única* solução, torna-se necessário analisar alguns aspectos relativos ao ato de concretização.

Se a idéia da *única solução* é a de polarizar as situações fáticas para subsunção à norma que contenha o conceito jurídico indeterminado, considerando-as como de ordem pública ou não, respeitante aos bons costumes ou não, compatível com o decoro parlamentar ou não, como parecem sustentar alguns publicistas, nada estará sendo resolvido e nenhuma novidade estará sendo exibida no que toca à hermenêutica jurídica. Nada se resolverá, porque o problema que envolve a questão reside exatamente no enquadramento da situação fática, e para tal enquadramento não há senão uma alternativa: ou a situação é subsumida no conceito indeterminado ou não o é. Aqui sim, pode-se dizer, como ENTERRÍA: "*tertium non datur*". Mas isso, repetimos, não solve a dificuldade de concretizar a indeterminação do conceito e de exercer controle judicial sobre a concretização. Sendo assim, nenhuma novidade se apresenta quanto à interpretação da norma.

Na hipótese trazida acima a título de exemplo, não nos parece se possa afirmar que haja somente *uma solução* para a regulação de condutas e para o uso do trecho da praia com a finalidade de adequá-los ao sentido de *bons costumes* previsto na norma. Haveria diversas soluções dentro da faixa de razoabilidade. Poderia o ato de concretização do conceito, por exemplo, permitir o naturalismo em determinados horários e dias da semana. A permissão poderia conter algumas restrições de conduta, como a vedação da presença de menores. Poderia o governo ainda condicionar a permissão à construção de algum alambrado de proteção que tornasse ainda mais reservado o local.

O que se quer dizer, enfim, é que a variedade de soluções decorre das hipóteses à mercê do administrador público, devendo-se, porém, ter a expectativa de que dentre todas há de eleger a que melhor atender ao interesse público, sempre observado, é lógico, o conceito de *bons costumes* contemplado na norma. Mas, desde que devidamente fundamentado, pode o ato de concretização fixar a permissão do uso naturalista das 8 às 14 horas, ou das 9 às 16 horas; pode admiti-lo durante toda a semana ou apenas nos finais de semana; pode admitir vendedores ambulantes ou não. Enfim, cada uma dessas hipóteses corresponde a *uma* solução, de modo que haverá efetivamente *várias* soluções, fato que impõe ao administrador a opção pela *melhor solução* levando-se em conta o interesse público e o respeito ao preceito legal.

Nesse processo de escolha, não se pode negar a veracidade de duas conclusões. De um lado, o administrador, ao produzir o ato de concretização do conceito indeterminado, sempre terá que levar em consideração aspectos de conveniência e oportunidade para selecionar aquela que, *em sua visão*, seja a melhor solução para a coletividade. De outro, o controle judicial não pode interferir nem no processo de

escolha nem na solução alvitada, estando ela na faixa normal de razoabilidade, e isto porque tanto o processo quanto a solução pressupõem o exercício regular da função administrativa, circunstância, aliás, é justo que se acentue, tem sido bem apreciada pela maioria dos órgãos jurisdicionais, com a ressalva apenas de uma ou outra posição mais extremada e juridicamente fragilizada diante do sistema.

Em compensação, se a solução adotada pelo administrador ultrapassar as raias da razoabilidade, sendo, portanto, considerada abusiva e ilegal, o órgão jurisdicional pode e deve exercer o controle e invalidar o ato administrativo de concretização da norma. No convencimento sobre quais sejam tais limites é que se encontra o *status* delicado e difícil do julgador ante a aplicabilidade concreta dos conceitos jurídicos indeterminados.

15. Estas sucintas reflexões, cujo escopo é o de propiciar uma revisita à concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, nos permitem alcançar algumas conclusões.

Primeiramente, só há questionar o aspecto plurissignificativo dos conceitos jurídicos indeterminados diante dos atos administrativos de concretização, já que é a eles que se atribui a interpretação dos conceitos, ou, se se preferir, a sua materialização.

Em segundo lugar, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não rende ensejo a *única* solução, como defendem alguns, mas sim à *melhor* solução de acordo com a valoração levada a efeito pelo agente da Administração perseguindo o interesse público e a observância da norma que contém o conceito.

Depois, o controle judicial não incide sobre os elementos de valoração do administrador público e, conseqüentemente, não pode interferir no ato de concretização que resultou do processo de escolha da melhor solução dentre as que se apresentavam como viáveis, vale dizer, dentro dos limites da razoabilidade.

Por fim, é inteiramente sujeito ao controle judicial o ato de concretização que, ao dar aplicação ao conceito jurídico indeterminado, extrapola os limites da razoabilidade, ficando contaminado de flagrante ilegalidade, seja por excesso de poder, seja por desvio de finalidade. Tais limites não são precisos e, por esse motivo, sua identificação há de exigir maduro conhecimento da realidade social, bem como sensibilidade jurídica por parte do órgão jurisdicional responsável pela análise do referido ato concreto. Esses requisitos habilitam o julgador ao reconhecimento da irrazoabilidade e ilegalidade, evitando sua indevida intromissão na faixa de soluções reservadas constitucionalmente aos agentes da Administração.