

TEORIA GERAL DOS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

As expressões “*conceitos jurídicos indeterminados*” ou “*conceitos legais indeterminados*” vêm sendo objeto de vários estudos e reflexões. O exercício do poder administrativo, em muitas ocasiões, efetua-se por leis que contêm conceitos jurídicos indeterminados, descrevendo, de forma abstrata, as hipóteses constantes de certo fato normativizado, o tipo ou critério de consequência jurídica. A técnica germânica dos conceitos jurídicos indeterminados tem sido assimilada, em vários países, pela doutrina e pela jurisprudência.

A doutrina tem apreciado as diferenças entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. A diferença teórica, em termos de princípio, entende que quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que decorre da subjunção dos fatos na esfera significativa do conceito, mediante um processo lógico-jurídico.

O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve chegar a uma solução verdadeira e justa. Sua idéia apóia-se em um conceito transcendente de justiça e de verdade, com a crença nas possibilidades do discernimento humano. A aplicação de um conceito indeterminado, com enorme grau de abstração, gera uma pluralidade de opiniões sustentáveis através de argumentos lógicos e razoáveis, que se desdobram da pura interpretação jurídica, para estender-se a juízos de tipo técnico ou de puras valorações fáticas.¹

Como um conceito composto que comporta um entendimento amplo e um restrito:

“a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*) ou seja, equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta;

b) princípio da necessidade absoluta, indispensabilidade (*Notwendigkeit*) ou da exigibilidade (*Erforderlichkeit*) da medida adotada; e,

c) princípio da adequação (*Geeignetheit*) dos meios aos fins”. (Souza, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” No *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, p. 230; Dreyfus, F. *Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l’application du principe de proporcionalité*, R.D.P.S.P., 90; Braibant, G. *Le principe de la proportionnalité*, Mélagens Waline, L.G.D.J., 1974; Guibal, M. *De la proportionnalité*, A.J.D.A., 1978; Sinay, H. *Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires an regard des fontes commises*, 1979).

Para essa compreensão a decisão da Administração que for “*desproporcional*”, no que se refere a qualquer de seus elementos valorativos, deve ser considerada ilegal e por via de consequência ser anulada. Sem a participação efetiva dos interessados, a disposição não é proporcional, desde que a proporcionalidade decorre do equilíbrio entre os meios que atuam numa situação de fato e o fim que a medida tem em vista. Sua aplicação situa-se no campo da legalidade. Para António Francisco de Souza, “a exigência da autoridade administrativa para ser legal terá de ser proporcional. Para tal, deve ser adequada (*Geeignet*) a atingir o fim que se propõe: redução do grau de poluição para os limites permitidos por lei. Mas para ser legal terá de ser também absolutamente necessária (*Notwendig*), exigível ou indispensável (*Erforderlich*) em vista dos fins que se propõe. Assim, se uma chaminé de dez metros já é suficiente para obter resultado legalmente exigido, o particular não deverá ser lesado em mais do que no estritamente necessário (princípio da proibição do excesso em sentido estrito — *Übermaßverbot*). Finalmente, a exigência global deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, a vantagem global que a exigência visa proporcionar não pode ser inferior ao seu custo global” (Souza, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*”, ob. cit., pp. 230 e 231).

No desenvolvimento da principiologia, seus limites e contornos, um dos aspectos mais importantes, no Estado Democrático de Direito, é o do papel nuclear dos direitos fundamentais e das liberdades constitucionais. O respeito aos direitos fundamentais e mais um limite no que toca à apreciação subjetiva da autoridade administrativa. Esse limite constitucional é essencial, no que se refere à preservação da liberdade constitucional (Pace, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionale. Parte speciale*. CEDAM, Padova, 1992, 2ª edição).

O controle jurisdicional das decisões administrativas foi alargado, daí a consagração da expressão “*margem de valoração*”, mais ampla do que a “*margem de apreciação*”, tais entendimentos propicia desdobramentos no controle jurisdicional dos conceitos indeterminados.

Diritto i meccanismi corrispondenti a varietà, selezione e stabilizzazione, ci si imbatte in tre ambiti di funzione che si possono distinguere como: 1) molteplicità e carga conflittuale delle aspettative normative; 2) processo di decisione; 3) formulazione regolativa del diritto valido”⁴.

A constitucionalização do *Sistema Administrativo Público e de Governo*, no que se refere ao controle da discricionariedade administrativa, mereceu de Miguel Beltrán de Felipe, diversas referências a Galligan (*Discretionary powers*), Davis (*Discretionary justice*) e a García de Enterría (*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*).

Várias transformações têm ocorrido para a compreensão das atividades administrativas do Estado contemporâneo, pelo que a doutrina ressalta pontos como: o indefinível Estado mínimo, a teoria econômica do não Estado mínimo, a justiça distributiva contra o Estado redistribuidor, a negação do social, saída da alternativa privatização/estatização, redução da procura do Estado, reencaixar a solidariedade na sociedade, desenvolver a visibilidade social, o espaço pós-social-democrata ou os interesses transindividuais, de que nos dá excelente lição José Luis Bolzan de Morais.⁵

Os conceitos indeterminados crescem em sua amplitude, quando procuramos definir a tutela judiciária do cidadão, frente à Administração Pública. A garantia jurisdicional da cidadania, no confronto com a autoridade administrativa, constitui tema essencial para o ordenamento democrático.⁶

Os esforços para o controle da Administração Pública, que em muitos casos age “omissivamente”, descumprindo suas atribuições constitucionais e administrativas, têm propiciado grande diversidade nessa temática. A jurisprudência administrativa italiana, com a abertura de novas fontes em matéria de tutela cautelar e de execução de sentenças, mediante o *giudizio di ottemperanza*, a proteção dos interesses difusos ou a revalorização da jurisdição administrativa de *mérito*, a intensidade da fiscalização judicial da discricionariedade denominada de *judicial difference*, levam-nos a novos indicativos dos conceitos legais indeterminados.

Novos parâmetros de controle surgem, não apenas no que se refere ao controle da legalidade e controle da oportunidade ou mesmo da categoria da discricionariedade ou do mérito. Outros temas assumem relevância nos procedimentos de controle: erro manifesto de apreciação; erro evidente; controle da moralidade; interesse público; ausência de proporção; fins e motivos; teoria do mínimo lógico e de bom-senso; teoria da aparência; concretização da regra jurídica em cada grau de hierarquia; controle da eficiência; proporcionalidade e desproporção; inconvenientes da decisão.⁷

As modernas técnicas de controle judicial da discricionariedade, os princípios da não arbitrariedade, da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade propiciaram melhores procedimentos no acompanhamento da Administração Pública. A doutrina e os tribunais (constitucionais, administrativos e de jurisdição ordinária) têm procurado aperfeiçoar uma série de modos de controle, com qualificativa mudança de apreciação das matérias atinentes ao tema ora examinado.

Os novos parâmetros de controle propiciaram o desenvolvimento e a aplicação dos:

- a) Princípios gerais do Direito;
- b) Conceitos jurídicos indeterminados.⁸

Esses dois indicativos deram lugar à melhoria da sistematização dos procedimentos de fiscalização da discricionariedade administrativa, com base nos quatro pressupostos:

- princípio de interdição da arbitrariedade;
- princípio da razoabilidade;
- princípio da racionalidade;
- princípio da proporcionalidade.

As bases constitucionais do controle jurisdicional das administrações públicas, a extensão e os limites desse controle, com a revisão de questões constitucionais vinculam-se ao processo justo e devido. Certa vocação globalizante, expressa no recurso à cláusula geral que sanciona a presunção da revisão da totalidade das atividades ou inatividades da Administração Pública encontra, em muitas oportunidades, com previsões relativas ao controle da discricionariedade. No direito norte-americano, a *Administrative Procedure Act* distingue a exclusão da revisão em função de uma previsão legislativa expressa e a exclusão de revisão em função da discricionariedade da atuação administrativa.

Convém ressaltar que os debates sobre a revisão jurisdicional, na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, qualquer que seja a tradição jurídica, situa-se na capacidade dos tribunais para examinar o conteúdo de uma decisão administrativa, deixando-a sem efeito ou impondo sua modificação.

Os conceitos jurídicos indeterminados, os processos de interpretação, a discricionariedade e sua redução, o interesse público como conceito jurídico, a arbitrariedade e o abuso do poder são critérios nucleares relativos à supervisão da atividade administrativa, resultante do exercício dos poderes discricionários, destacando-se a função ordenadora do direito, em sua relação com os princípios do direito comum na conformação do ordenamento geral. A ausência

do controle das formas de agir autoritárias, leva ao que é caprichoso, abusivo e irracional, contrariando os princípios essenciais do ordenamento jurídico.⁹

Várias são as dificuldades que surgem, quando ocorre a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados. Tais pronunciamentos levam a questão referente à natureza do poder, exercido pela Administração, quando se interpreta ou se aplica certo tipo de conceito. Quando procuramos traçar os paradigmas de um Estado de Direito, onde ocorre controle efetivo, dinâmico e flexível da Administração, situamos grande número de conceitos indeterminados no Direito Administrativo.

Os conceitos indeterminados no Direito Administrativo são diferentes dos que encontramos em outras áreas do direito, principalmente no direito civil e no direito penal.

A doutrina ressalta as dificuldades em precisar o conceito jurídico indeterminado, tendo em vista a sua amplitude e sua compreensão em casos concretos.

A caracterização dos conceitos legais indeterminados, parte do pressuposto de que estão presentes os significados que se caracterizam por elevado grau de indeterminação, por isso são contrapostos aos denominados conceitos determinados. Entre os conceitos indeterminados, como regra geral no direito, o alcance de indeterminação nem sempre é o mesmo, ocorrendo grande variação. A doutrina e a jurisprudência reservam os conceitos indeterminados, para aquelas situações que indicam elevado grau de indeterminação. Mesmo assim, são relacionados certos conceitos indeterminados como: conceitos descritivos, conceitos normativos, conceitos de valor e conceitos discricionários.

Os conceitos legais indeterminados tem grande importância no Direito Comparado, sendo que António Francisco de Souza examina a doutrina e a jurisprudência na Alemanha, na França, na Itália, na Espanha e em Portugal.

Os estudos em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, aparecem a margem da apreciação discricionária. Em certas ocasiões o exercício do poder administrativo é condicionado por lei, através de conceitos jurídicos indeterminados, que descrevem, de forma abstrata, a hipótese do fato normativo e o tipo ou critério da consequência jurídica. A técnica germânica dos conceitos jurídicos indeterminados foi assimilada, rapidamente pela doutrina e jurisprudência espanhola. Entende a doutrina que nem sempre existe uma diferença profunda entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, como quer certa corrente doutrinária. Quando a lei condiciona o exercício do Poder Administrativo, por meio de um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, derivada da subsunção dos fatos mediante um processo lógico jurídico. Esse processo exclui a discricionariedade, desde

que esta supõe por definição administrativa, que existem várias soluções igualmente lícitas, entre as quais a Administração pode operar livremente.

Os conceitos legais indeterminados ou para alguns conceitos jurídicos indeterminados, surgem no século XIX, na Áustria, quando se indagava se eles empregados pelo legislador, eram ou não susceptíveis de ser controlados pelos tribunais administrativos. A concepção prevalente nos Estados Germânicos, assenta-se em quatro pontos principais:

“— Divisão da norma em previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*);

— Colocação dos conceitos legais indeterminados no *Tatbestand* legal (enquanto a discricionariedade se acantona na estatuição);

— Subordinação, por princípio, da interpretação e aplicação de todos os conceitos legais indeterminados, por mais indeterminados que sejam, ao controle total ou pleno dos tribunais administrativos;

— Reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma “margem de apreciação” (*Beurteilungsspielraum*) a favor da autoridade administrativa que os aplica. Nestes casos, o controle jurisdicional é limitado.”¹⁰

No subsistema francês a questão dos conceitos indeterminados, é apresentada de maneira diferente, aquela que ocorre na Alemanha. A diferença entre as duas posições é que na Alemanha não se faz claramente a distinção entre conceitos indeterminados e a problemática da discricionariedade administrativa. Também convém ressaltar a importância da jurisprudência administrativa, principalmente a do Conselho de Estado. Michel Fromont e Laubadère apreciam o controle jurisdicional dos conceitos indeterminados e a importância da jurisprudência francesa, no controle do poder discricionário.

A doutrina italiana parte da distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, chegando a compreensão da discricionariedade resultante dos conceitos indeterminados e dos conceitos técnicos. A doutrina espanhola começou a tratar dos conceitos jurídicos indeterminados, em 1962, com um artigo de García de Enterría.¹¹

Entende García de Enterría o significado do princípio de legalidade, como vinculação positiva, de acordo com a qual a administração só pode fazer aquilo que lhe é permitido. Em todas as ocasiões, mesmo no exercício dos poderes discricionários, está vinculada a lei. Esta vinculação ocorre debaixo de quatro elementos: existência do poder, sua extensão, competência e fim. Com esses pressupostos García de Enterría destaca os conceitos jurídicos indeterminados.

Para António Francisco de Souza: “O uso de conceitos indeterminados pelo legislador é muitas vezes fruto do caso ou deve a sua razão de ser a motivo

de ordem lingüística (indeterminação vocabular). Noutros casos, a indeterminação é imposta pela situação de fato. Só em certas situações se integram na manifestação da “intenção” de atribuir à autoridade administrativa uma “liberdade de atuação”. Frequentemente, o legislador não tem sequer a possibilidade de escolher entre o uso de conceitos determinados ou indeterminados. O recurso aos conceitos indeterminados, apresenta-se-lhe como absolutamente necessário, pelo que não nos é legítimo dizer que, se o legislador empregou o conceito indeterminado (mesmo um conceito de valor), foi porque quis atribuir uma “margem de apreciação” ou, o que ainda é pior, no caso dos “conceitos discricionários”, quis atribuir um poder discricionário”.¹²

Referindo-se à obra de Manuel Martin Gonzalez¹³, entende António Francisco de Souza que os conceitos indeterminados são aqueles que “carecem de la determinación necesaria para su aplicación sin una prévia determinación de ciertos elementos que no resultan del próprio concepto”. Na classificação de Martin Gonzalez aparecem os conceitos jurídicos distribuídos em duas grandes categorias: a) “determinados (diretamente determinados pela norma e indiretamente determinados por remissão (formal ou não) à experiência de quem deva aplicá-lo (remissão tácita ou expressa); b) indeterminados (os que carecem de determinação necessária para a sua aplicação, sem uma prévia determinação de certos elementos que não resultam do próprio conceito). Só fazem parte desta categoria os conceitos que a integram quando, examinado o “bloco jurídico”, persiste a indeterminação”. (ob. cit., p. 81).

Com assentos nos ensinamentos doutrinários de Ehrhardt Soares, Afonso Queiró, Sérvulo Correia, Gomes Canotilho, Gonçalves Pereira, Azevedo Moreira, Esteves de Oliveira, Marcello Caetano, Freitas do Amaral e António Francisco de Souza, apresenta certos tipos de conceitos imprecisos, em sentido amplo:

- 1 — Conceitos descritivos-empíricos;
- 2 — Conceitos imprecisos de natureza jurídica;
- 3 — Conceitos definíveis em considerações de circunstâncias de tempo e de lugar.

A obra de António Francisco de Souza não se esgota com a análise dos conceitos indeterminados no Direito Comparado, com múltiplas referências sobre a colocação do problema, análise da doutrina dos conceitos legais indeterminados e caracterizados mesmos, assenta-se em vários autores a partir do clássico Manorco e Sousa, Fritz Werner, Karl Engisch, Heller, Peter Häberle, Bernatzik, Tezner, Bühler, Scheuner, Bachof, Klein, Michel Fromont, Laubadère, Bounard, Dreyfus, Debasch, Massimo Severo Gianni, Roberto Alessi,

Pietro Gasparini, Garcia de Enterría, Ehrhardt Soares, Gomes Canotilho, Freitas do Amaral e muitos outros doutrinadores.

O trabalho dedica-se a diversos aspectos da *Teoria da Discricionariedade*, com temas afins: discricionariedade técnica, margem de decisão administrativa, margem de prognose, “discricionariedade de planificação”, prognose e discricionariedade administrativa, prognose legislativa, a jurisprudência, características específicas da planificação face à estrutura tradicional do Direito Administrativo, características das normas de planificação, diretivas da planificação administrativa, dever da justa ponderação dos interesses (método e conceito de “dever de justa” ponderação dos interesses em conflito, como princípio do Estado de Direito, direito subjetivo público à justa ponderação dos interesses em conflito, discricionariedade de planificação (*Planungsermessen*), administração criadora e discricionariedade administrativa.

Ressalte-se o controle jurisdicional da discricionariedade, em que o juiz administrativo tem uma limitação em seu controle, desde que a lei não atribui função criadora de planificação ao juiz, mas à Administração, quando ocorre:

“1ª fase: Controlo perfeito. Controlo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Controlo pleno dos trâmites processuais, isto é, do decurso do procedimento, da forma e fundamentação, do tratamento de informações e da fundamentação da ponderação.

2ª fase: Controlo limitado. O restante material de decisão é controlado pelos tribunais administrativos, apenas nos seus “contornos externos” (*häuber-Rahmen*), porque aqui se trata da valoração e pesagem de variantes, as quais, por seu lado, estão intimamente interligadas com outros setores administrativos, como as finanças e a organização administrativa, cujos resultados pertencem à responsabilidade da Administração, resultados esses que ultrapassam as dimensões dos processos individuais (*administração como programa*). Nestes termos, os tribunais administrativos alemães exercem o seu controlo, quanto à ponderação e à prognose, da seguinte forma:

1º — Verificam se existiu ou não uma ponderação;

2º — Se na ponderação foram tomados em consideração todos os interesses que “segundo a natureza das coisas” (*nach Lage der Dinge*), deveriam ter sido considerados nessa mesma ponderação;

3º — Se é representável ou sustentável a valoração feita dos interesses individuais, isto é, se o significado dos interesses em causa não foi desconhecido;

4º — Se existe uma evidente ou manifesta violação do princípio da proporcionalidade no equilíbrio entre os interesses concorrentes do plano”.¹⁴

O controle contencioso dos conceitos indeterminados assenta-se em princípios fundamentais, sendo que na República Federal da Alemanha o Tribunal Administrativo Federal (*BVerWG*) aprecia os conceitos legais indeterminados, de maneira ocasional e limitada. A doutrina, mais tarde, com o restabelecimento do Estado de Direito democrático, consagrou o controle pleno da interpretação e aplicação que a Administração fazia dos conceitos legais indeterminados.¹⁵

O contencioso administrativo, na França, dedicou-se, também, ao controle jurisdicional dos conceitos indeterminados.¹⁶

O contencioso administrativo francês tem grande influência no assunto, sobretudo através do Conselho de Estado. O controle dos conceitos indeterminados assenta-se na compreensão de todo o controle jurisdicional sobre a ação administrativa. Sendo que ele baseia-se no “*recours pour excès de pouvoir*”, onde são verificados temas como:

1. Um ato administrativo unilateral e executório
2. Não se trata de um ato de governo
3. Se verifique um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;
4. Se verifique um “caso de abertura” (*cas d'ouverture*) do recurso por excesso de poder. Os “casos de abertura” do “recurso por excesso de poder” podem ser:

- a) Incompetência;
- b) Vício de forma e de procedimento;
- c) Violação de lei. Neste caso, o controlo jurisdicional pode ter três intensidades;

d1) Controlo mínimo da qualificação jurídica dos fatos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);

d2) Controlo normal da qualificação jurídica dos fatos;

d3) Controlo máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdade pública ou põe em causa o direito de propriedade”.¹⁷

O controlo mínimo ou controle dos contornos, limitado ao erro manifesto de apreciação, o controlo normal de qualificação jurídica dos fatos, o controlo máximo (controlo máximo para proteger liberdades públicas; o controlo máximo na defesa da propriedade privada) surgem como mecanismos de apreciação e exame das atividades administrativas.

A doutrina ressalta a diferenciação que existe entre interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, tendo em vista seu caráter ocasional, surgindo a regra geral do não controle dos “conceitos indeterminados”,

que envolverem discricionariedade técnica, que se refere uma atividade vinculada e não discricionária.

Os desdobramentos do controle de vinculação legal, do controle do erro manifesto, o reconhecimento dos conceitos discricionários, o controle dos conceitos indiretamente determinados, o controle do interesse público na suspensão da eficácia dos atos e na execução de sentenças, levam a critérios sobre interesse público, grave lesão para o interesse público, suspensão de eficácia do ato administrativo, causa legítima de execução, impossibilidade de cumprimento e grave prejuízo para o interesse público.

Destaca, ainda, António Francisco de Souza a questão da estrutura jurídica da decisão administrativa, que aplica conceitos legais indeterminados, no que se refere à liberdade e vinculação. A decisão sobre os conceitos legais indeterminados ocorre em duas fases: a interpretação e a subsunção do caso concreto ao conceito, sendo que a subsunção opera-se por três subfases:

- a) “Identificação dos pressupostos de fato e de direito da decisão”;
- b) Ponderação ou valoração dos pressupostos;
- c) Subsunção em sentido estrito (decisão).¹⁸

A interpretação dos conceitos legais indeterminados deve partir da compreensão precisa e possível de seu sentido. Ela deve levar em conta, inicialmente, o entendimento de que a interpretação nunca poderá ser feita separadamente do contexto legal, em que estão enquadrados esses conceitos. Já a subsunção visa estabelecer a consonância entre a conduta e os padrões jurídicos, onde procura-se:

- a identificação dos pressupostos de fato e de direito;
- ponderação ou valoração dos pressupostos;
- decisão em sentido estrito.

A doutrina, em vista da importância e complexidade da matéria, preocupa-se com a legitimação da decisão sobre interpretação e aplicação dos conceitos gerais indeterminados, ocasião em que extrai certas conclusões, sobre o que os Tribunais devem controlar.

a) Vários argumentos são apontados contra o controle jurisdicional profundo dos conceitos legais indeterminados, oportunidade em que surgem questões como:

1. Falta de preparação técnica do juiz;
2. O juiz está afastado no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar;
3. A decisão administrativa é cada vez mais tomado no quadro de um programa de ação de natureza política-administrativa, traçado pelas entidades

administrativas, não devendo ser apreciada fora do contexto do programa em que foi tomada;

4. A natureza das funções é tarefa hoje atribuída à Administração, exigindo-se que possua “flexibilidade” e “dinâmica”, um “campo de manobra” em que se possa livremente mover, a fim de poder escolher o momento exato e a forma mais adequada da sua atuação;

5. Inflação legislativa;

6. Responsabilidade político-administrativa da Administração;

7. Legitimidade democrática da Administração;

8. Caráter eminentemente pessoal de certo tipo de decisão;

9. Caráter institucional da Administração.¹⁹

b) Os argumentos a favor de um controle jurisdicional profundo, pleno, e ocasionalmente limitado dos conceitos legais indeterminados, pelos tribunais administrativos, conduz a reflexões sobre a interpretação e aplicação dos mesmos, onde surgem algumas conclusões:

“1. *Quis judicabit?* No Estado de Direito democrático e como um dos seus pilares fundamentais existe um órgão especificamente com a função de julgar;

2. A interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma atividade da Administração vinculada à lei, pois caracteriza sempre situações em que apenas há uma solução justa;

3. O argumento da falta de preparação técnica é, muitas vezes, mais aparente do que real;

4. A dificuldade do controle não pode ser entendida como uma base de legitimidade para uma “certa liberdade” da Administração.²⁰

Entende António Francisco de Souza que “a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, ao apontar para uma única decisão justa, é uma atividade de mero reconhecimento de uma realidade existente e, assim, uma atividade vinculada. No entanto, trata-se de uma atividade por vezes altamente complexa por pressupor a intervenção de elementos subjetivos (valorações subjetivas), prognoses, apreciações técnicas e políticas”.²¹

Compreende, ainda, o publicista que certas decisões, por sua natureza, não devem ser controladas integralmente, pelo que a vinculação opõe-se a discricionariedade, mas haverá vinculação legal, quando o legislador deixa à Administração uma única possibilidade de decisão. Na relação dessas manifestações, elenca:

a) Decisões altamente pessoais;

b) Valorações vinculativas;

c) Decisões de caráter prognóstico;

d) Decisões de informação.

Ao concluir que o Estado de Direito “impõe o controlo pleno da interpretação e aplicação pela Administração dos conceitos indeterminados em matéria disciplinar”, menciona a proporcionalidade da pena aplicada.

Vários são os critérios para o controle jurisdicional dos conceitos legais indeterminados, merecendo destaque, os seguintes:

1. A sustentabilidade da decisão;
2. O erro manifesto de apreciação;
3. O princípio de proporcionalidade;
4. Direitos fundamentais, em geral;
5. Princípios gerais de direito e princípio gerais de valoração;
6. Princípios gerais de igualdade e da imparcialidade;
7. Autovinculação da Administração;
8. “Opinião média” da sociedade, senso comum, aceitação geral;
9. Juízes de experiência comum;
10. Juízos da experiência ou do conhecimento técnico;
11. Prognose e discricionariedade de planificação.

Ao apontar a importância da temática apreciada, António Francisco de Souza, destaca o que denomina de “saldo positivo”, no que se refere à matéria objeto do estudo, para:

1. o particular;
2. a Administração;
3. o Tribunal e
4. a Ciência do Direito²².

O tema dos “Conceitos Indeterminados”, como outros que têm sido examinados pela Ciência Jurídica Contemporânea, vem propiciando todas as formas de controle contencioso ou não das atividades estatais, para um autêntico estabelecimento do Estado de Direito Democrático. Dentro dessa relaboração destaca-se as sensíveis alterações da jurisprudência constitucional contemporânea, com reflexos não apenas nas temáticas do Direito Público, mas do direito em geral.

Nessas indagações as decisões são examinadas não apenas no que diz respeito às normas de procedimento, mas os critérios ou padrões de valoração, com exame da margem de apreciação. É nesse sentido que a jurisprudência realiza estudos profundos sobre a margem de apreciação com reflexos em matéria de carácter científico e valorações de carácter pedagógico, merecendo destaque para a seguinte temática:

a) Direitos dos exames, nessas situações examina-se a efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais e o acesso à justiça. Nessa matéria os direitos

fundamentais consagrados vinculam as autoridades administrativas envolvidas, bem como o tribunal, no que se refere as diferenças de opinião especificamente técnica entre examinados e examinadores, no que se refere também a sustentabilidade técnica das respostas dadas nos exames;

b) Escritos que indicam perigo para a juventude, com discussões sobre a concordância prática entre posições conflitantes garantidas constitucionalmente, como é o caso da liberdade artística;

c) Admissão a escolas superiores, esgotamento de capacidade, nesse sentido, vários recursos constitucionais tinha por base a não admissão de estudantes nas escolas superiores, já escolhidos, quando a capacidade dessas escolas não estavam ainda esgotada. Discutiu-se a constitucionalidade de acórdãos, com a teoria do reconhecimento nesse domínio de uma certa margem de apreciação a favor da administração pública;

d) Os critérios da “margem de apreciação”, da “margem de valoração”, são examinados a luz da garantia de proteção efetiva dos direitos fundamentais resultante do Estado de Direito, típico ordenamento global que vincula o Legislador, a Administração e os Tribunais, recaindo sobre os mesmos uma especial responsabilidade, dada a natureza das funções que exercem.

A doutrina francesa²³, bem como o direito comparado em geral, apresenta diversas indagações sobre aplicabilidade do controle dos conceitos indeterminados, sendo que na França inicia-se com especulações em torno do controle jurisdicional de toda ação administrativa, que tem grande relação como “*recours pour excès de pouvoir*”. A utilização desse recurso, ocorre quando existem as seguintes circunstâncias:

“1. Um ato administrativo unilateral e executório;

2. não se trate de um ato de governo;

3. se verifique um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;

4. se verifique um “caso de abertura” (*cas d’ouverture*) do recurso por excesso de poder. Os “casos de abertura” do “recuso por excesso de poder” podem ser:

a) Incompetência;

b) Vício de forma e de procedimento;

c) Violação de lei. Neste Caso, o controle jurisdicional pode ter três intensidades:

d1) Controlo mínimo da qualificação jurídica dos factos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);

d2) Controlo normal da qualificação jurídica dos factos;

d3) Controlo máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdades públicas ou põe em causa o direito de propriedade.

O controlo dos conceitos legais indeterminados pode, pois, ser mínimo, normal ou máximo.”²⁴

Os conceitos legais indeterminados, quando se trata dos critérios para o controle jurisdicional, levam a considerações em torno do princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, este último peça central do Estado de Direito Democrático. Surge daí a importância do princípio da proporcionalidade, que vem tendo ampla aplicação. Este princípio é chamado de “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), que pode ser interpretado por um entendimento amplo ou uma compreensão restrita:

“a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*) ou seja, equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta;

b) princípio da necessidade absoluta, indispensabilidade (*Notwendigkeit*) ou da exigibilidade (*Erforderlichkeit*) da medida adoptada; e,

c) princípio da adequação (*Geeignetheit*) dos meios aos fins.”²⁵

A jurisprudência, a partir dos conceitos indeterminados, ampliou suas formas interpretativas, objetivando superar certos obstáculos. A existência de conceitos imprecisos possibilita a modulação da intensidade do controle dos atos estatais, inclusive no que se refere a apreciação da oportunidade. Está aí a importância no controle de proporcionalidade, que permite a confrontação entre a regra de direito, e a situação de fato, com apreciação de relações lógicas. O interesse pelo alargamento das matérias examinadas, permite uma visão global da decisão.

O princípio da proporcionalidade possui valor constitucional, sendo que Fromont entende que este princípio proíbe todos os atentados excessivos contra o direito ou as situações em que frente ao indivíduo impõe-se ao Estado uma obrigação de moderação. Três elementos governam o princípio de proporcionalidade, permitindo diferentes tipos de controle das atividades estatais: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. A jurisprudência desenvolveu certas formas de controle de proporcionalidade, destinadas a evitar toda decisão arbitrária.²⁶

Giuseppe Morbidelli, examinando o carácter “criativo” da interpretação e o “conceito jurídico indeterminado”, mostra que a Constituição italiana apresenta uma constelação desta noção: razão política (art. 16 c 1); segurança pública (art. 17 u.c.); bom costume (art. 21 u.c.); existência livre e digna (art. 36 c. 1); fim social (art. 41 c 3); função social (art. 42 c. 2); espírito demo-

crático da República (art. 52 c. 2); bom andamento da administração pública (art. 97).

Entende que todos estes temas prestam a uma extrema criatividade, para o trabalho de interpretação. A palavra pode ser usada no sentido flexível, quando vago e incompreensível. Pode adaptar-se, por consequência, as várias épocas de crise da vida humana.

Marshall dizia que a Constituição não pode ser interpretada como um testamento. Na decisão *Mc Culloch V. Maryland*, em 1819. Trata-se da teoria definitiva do “*Changed circumstances*”, que justifica a leitura contemporânea da Constituição, que se sucede no tempo, em decorrência de novas situações. A Constituição, no que se refere à interpretação, concilia a tendência à estabilidade, com a compreensão evolutiva, devendo associar-se à evolução dos costumes. Destaca-se a evolução do princípio da igualdade na jurisprudência da Corte Constitucional.²⁷

NOTAS

1. SALAVERRÍA, J. Ígartua. Conceptos indeterminados y hechos de derecho. Rev. Vasca de Admón. Públ, 1993, nº 36; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1994, 1ª edição, reimpressão, 1995, págs. 116 e segs.; SEOANE, A. Mozo. La discrecionalidad de la Administración pública en España, Montecorvo, 1985; MARTINES, T. Concetti indeterminati a attività interpretativa della Corte Costituzionale, em AAVV. Studi sull' art. 41 della Costituzione, Patron, Bologna, 1969.

4. LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, Società editrice il Mulino, 1990, tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Edizione italiana a cura di Raffaele De Giorgi, p. 41.

5. ROSANVALLON, Pierre. La Crise de l'Etat-Providence, E'ditions du Seuil, 1981; MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1996.

6. CANNADA-BARTOLI, Eugenio. La Tutela Giudiziaria del Cittadino. Verso la Pubblica Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1964, 2ª edição.

7. GALABERT, J. M. GENTOT, M. Le contrôle de l'erreur manifeste par le juge de l'excès de pouvoir, AJDA, 1962; BOURGOIS, J. P. L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'evidence, Coll. L'espace juridique, Lille, 1988; GOYARD, C. Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs. Mél. Eisenmann, Cujas, Paris, 1975.

8. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 82
9. FOIX, Montserrat Cuchillo. *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)* Escola d'Administración Pública de Catalunya. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, 1ª edição.
10. SOUZA, ANTÓNIO FRANCISCO DE. "Conceptos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, pág. 37.
11. ENTERRÍA, Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*". *Revista de Administração Pública*, Madrid, n. 38, 1962.
12. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 57.
13. GONZALEZ, Manuel Martin. *El grado de Determinación Legal de los conceptos jurídicos*, R.A.P., nº 54; SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 79.
14. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 152 e 153.
15. FROMONT, M. R.F.A., *l'Etat de Droit*, R.D.P., Paris, 1984.
16. WALINE, Jean. *L'évolution du contrôle de l'administration*, R.D.P., Paris, 1984; LOSCHAK, D. *Lé rôle politique du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972; BÉNOIT, F.P. *Le Droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968.
17. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 164 a 166.
18. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 190.
19. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., págs. 198 a 203.
20. SOUZA, António Francisco de. *Ob. cit.*, pág. 197 e segs.
21. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 209.
22. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 235 e ss.
23. BONNARD, B. *Le Pouvoir Discrétionnaire et le Juge Administratif*, ed. Cujas, cad. 16, 1978; BRAIBANT, Guy. *Le principe de la proportionnalité*, em: *Mélagens Waline L.G.D.J.*, 1974 COSTA, J.-P.: "Les Principes de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État", *A.J.D.A.* 1988; GUIBAL, M.: *De la proportionnalité*, *A.J.D.A.* 1978; LAGASSE, DOMINIQUE. *L'erreur manifeste d'appréciation en Droit Administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, 1986, Bruyant; ZILLER, JACQUES. *Égalité et mérite*, Bruxelles, 1988.
24. SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, págs. 165 e 166.

25. SOUZA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., pág. 230.

26. FROMONT, M. “République Fédérale d’Allemagne: l’Etat de droit”, RDP, 1984; AUBY, J. M. FROMONT, M. “Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE”, Paris, 1971; PHILIPPE, Xavier. Le Contrôle de Proportionnalité dans Les Jurisprudences constitutionnelle et Administrative Françaises, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Préface de Charles Debbasch, Paris, 1990.

27. MORBIDELLI, Giuseppe. Introduzione al Diritto e All’ Interpretazione, em Morbidelli, G, Pegoraro, L., Reposo, A. Volpi, M., Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Monduzzi Editore, Bolonha, 1997, 2ª edição, pp. 20 e 21.