

procedimento, da forma e fundamentação, do tratamento de informações e da fundamentação da ponderação.

2ª fase: Controle limitado. O restante material de decisão é controlado pelos tribunais administrativos, apenas nos seus “contornos externos” (häuberer 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 estes que ultrapassam as dimensões dos processos individuais (administração como programa). Nestes termos, os tribunais administrativos, alemães exercem o seu controle, 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 mediante o Conselho de Estado. O controle dos conceitos indeterminados

14 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., pp. 152 e 153.

15 FROMONT, M. R.F.A. L'État de Droit, R.D.P., Paris, 1984.

16 WALINE, Jean. L'évolution du contrôle de l'administration, R.D.P., Paris, 1984; LOSCHAK, D. Le rôle politique du juge administratif, L.G.D.J., Paris, 1972; BÉNOIT, F. P. Le Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

assenta-se na compreensão de todo o controle jurisdicional sobre a ação administrativa. Sendo que ele baseia-se no “recours pour excès de pouvoir, em que são verificados temas como:

1. Um acto administrativo unilateral e executório
2. Não se trata de um acto de governo
3. Verifique-se um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;
4. Verifique-se 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 controle jurisdicional pode ter três intensidades:

- d1) Controle mínimo da qualificação jurídica dos fatos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);
- d2) Controle normal da qualificação jurídica dos factos;
- d3) Controle máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdade pública ou põe em causa o direito de propriedade”.¹⁷

O controle mínimo ou controle dos contornos, limitado ao erro manifesto de apreciação, o controle normal de qualificação jurídica dos fatos, o controle máximo (controle máximo para proteger liberdades públicas; o controle 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, considerando seu caráter ocasional, surgindo a regra geral do não controle dos “conceitos indeterminados”, que envolverem discricionariedade técnica, que se refere a uma atividade vinculada e não-discricionária.

Os desdobramentos do controle de vinculação legal do controle de erro manifesto, o reconhecimento dos conceitos discricionários, o controle dos conceitos

17 SOUZA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., pp. 164 a 166.

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 Sousa 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 a estabelecer a consonância entre a conduta e os padrões jurídicos, em que se procura:

- 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;

¹⁸ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., p. 190.

3. A decisão administrativa é cada vez mais tomada no quadro de um programa de ação de natureza político-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 a aplicação dos conceitos indeterminados são sempre actividades da Administração vinculada à lei, pois caracterizam 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 base de legitimidade para “certa liberdade” da Administração.²⁰

Entende Antônio Francisco de Sousa que “a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, ao apontar para uma única decisão justa, são actividades de mero reconhecimento de uma realidade existente e, assim, uma actividade vinculada.

19 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., págs. 198 a 203.

20 SOUSA, Antônio Francisco de. Ob. cit., pág. 197 e segs.

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 à 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 controle 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 princípios gerais de valoração;
6. Princípios gerais de igualdade e de 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, Antônio Francisco de Sousa, destaca o que denomina de “saldo positivo”, no que se refere à matéria, objeto do estudo, para:

21 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., p. 209.

1. o particular;
2. a Administração;
3. o Tribunal e
4. a Ciência do Direito.²²

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 reelaboração, destacam-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 aos critérios ou padrões de valoração, com exame da margem de apreciação. É neste sentido que a jurisprudência realiza estudos profundos sobre a margem de apreciação com reflexos em matéria de caráter científico e valorações de caráter 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. Nesta 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 à 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: neste sentido, vários recursos constitucionais tinham por base a não-admissão de estudantes nas escolas superiores, já escolhidos, quando a capacidade destas escolas não estava ainda esgotada. Discutiu-se a constitucionalidade de acórdãos, com a teoria do reconhecimento, neste domínio, de certa margem de apreciação a favor da administração pública;

d) Os critérios da “margem de apreciação” e da “margem de valoração” são examinados à luz da garantia de proteção efetiva dos direitos fundamentais

22 SOUZA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” No Direito Administrativo, ob. cit., pp. 235 e ss.

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 a 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 com o “*recours pour excès de pouvoir*”. A utilização deste recurso, ocorre quando existem as seguintes circunstâncias:

- “1. Um ato administrativo unilateral e executório;
2. não se trate de um ato de governo;
3. verifique-se um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;
4. verifique-se 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 controle jurisdicional pode ter três intensidades:

- d1) Controle mínimo da qualificação jurídica dos fatos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);
- d2) Controle normal da qualificação jurídica dos fatos;
- d3) Controle máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdades públicas ou põe em causa o direito de **propriedade**.

23 BONNARD, B. *Le Pouvoir Discretionnaire et le Juge Administratif*, ed. Cujas, cad. 16, 1978; BRAIBANT, Guy. *Le principe de la proportionnalité*, em: *Mélanges 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 discretionnaire de l’administration*, Bruxelas, 1986, Bruyant; ZILLER, JACQUES. *Égalité et mérite*, Bruxelas, 1988.

O controle 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 dos 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 adotada; 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 à 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 enlarguamento das matérias examinadas permite uma visão global da decisão.

O princípio da proporcionalidade tem valor constitucional; e Fromont entende que este princípio proíbe todos os atentados excessivos contra o direito ou as situações em que se impõe ao Estado uma obrigação de moderação diante do indivíduo. Três elementos governam o princípio de proporcionalidade, permitindo diferentes tipos de

24 SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, Livraria Almedina, Coimbra, 1.994, págs. 165 e 166.

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

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 caráter “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 democrático da República (Art. 52 c. 2); bom andamento da administração pública (Art. 97).

Entende que todos estes temas se 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, às 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

26 FROMONT, M. “République Fédérale d’Allemagne: l’État de droit”, RDP, 1984; AUBY, J. M. FROMONT, M. “Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE”, Paris, 1.971; PHILIPPE, Xavier. Le Contrôle de Proportionnalité dans Les Jurisprudences constitutionnelles et Administratives Françaises, Economica, Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, Préface de Charles Debbasch, Paris, 1.990.

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.