

## OS “CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA \*

### 1. *Colocação do problema*

Os chamados conceitos legais indeterminados abundam em todos os ramos do direito: “dignidade humana”, “igualdade”, “caso de força maior”, “porte moral”, “conduta irrepreensível”, “pena adequada”, “interesse público”, “ordem e segurança públicas”, etc., são alguns destes conceitos.

Porém os conceitos indeterminados surgem com muito maior frequência no direito administrativo. Este fenómeno deve-se à natureza das funções da administração, sobretudo devido ao fato de a administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Aliada aos aparecimentos dos “conceitos indeterminados” em direito administrativo, tais como “interesse público”, “necessidades das populações”, “segurança e ordem públicas”, “interesses públicos do trânsito”, “aptidão”, “idoneidade”, “bem comum”, etc.,<sup>1</sup> surgiu a questão de saber se eles atribuem à autoridade administrativa “discricionariedade”, uma “certa discricionariedade”, um “espaço de livre apreciação” ou um “poder vinculado”. Esta questão trouxe consigo muitas outras, como, por exemplo: o que é que se deve entender por “conceitos legais indeterminados”; qual o melhor critério para distinguir os “conceitos legais determinados” dos “conceitos legais indeterminados”; qual

\* Pesquisador no Instituto de direito público da Universidade de Freiburg, República Federal da Alemanha.

<sup>1</sup> Cf. mais exemplos dados por Bachof. In: Wolff & Bachof, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. ed., § 31, Ic. p. 188; Jesch. *AöR*, (82):167; Bachof. *JZ*. 1985. p. 98.

a legitimação constitucional dos chamados “conceitos discricionários”; qual a natureza da “certa discricionariedade” ou do “espaço de livre apreciação”, etc. Sobre estas questões existe na Europa continental uma controvérsia de há cerca de 100 anos. As milhares de investigações que, entretanto, foram feitas não foram suficientes para resolver definitivamente os problemas dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”,<sup>2</sup> ou melhor, dos chamados “conceitos legais indeterminados”.<sup>3</sup>

## 2. As principais doutrinas germânicas dos “conceitos legais indeterminados”

### 2.1 Origem das doutrinas dos conceitos legais indeterminados

A doutrina dos “conceitos legais indeterminados” surgiu no século XIX, na Áustria, com a questão de saber se os “conceitos indeterminados” emprega-

<sup>2</sup> Jesch. *AöR*, 19(82):167.

<sup>3</sup> Especialmente desde os anos 50, reacendeu-se uma vez mais a questão dos conceitos legais indeterminados na Alemanha Federal, devido à nova situação jurídica. Por influência da ampla e rica discussão na Alemanha Federal, o problema dos conceitos legais indeterminados surgiria em Portugal e na Espanha em meados dos anos 60. Na Itália, já há cerca de 100 anos se vem falando de *discrezionalità tecnica* (mas a expressão “discricionariedade técnica” tem origem austríaca). Na França não existe, devido ao papel central e poderoso do Conselho de Estado, um conceito positivo de discricionariedade ou de “liberdade relativa”, e, por isso, não se pode, ainda hoje, falar de “doutrina dos conceitos legais indeterminados” Como principais trabalhos resultantes de ampla discussão operada em torno dos conceitos legais indeterminados, sejam aqui referidos os seguintes: Bachof. *JZ*. 1956. p. 590 e segs.; Becker. *VVDStL*, 14:125 e segs.; Bettermann. *Verwaltungsakt und Richterspruch*. In: *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*. 1955. p. 361 e segs.; Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung. In: *Festschrift für Lent*, 1957. p. 17 e segs.; Brohm. *BayVBl*. 1955. p. 76 e segs. e 110 e segs.; Engisch Einführung in das juristischen Denken..., Flume, *Festschrift für Smend*, 1952. p. 97 e segs.; Forsthoff. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Nachtrag 1950). p. 7 e segs., Jaroscr. *DVBl*. 1954. p. 521 e segs.; Jesch. *DOV*. 1956. p. 77 e segs.; *AöR*, (82):163 e segs., 1957; Klein. *JZ*. 1956. p. 588 e segs.; *AöR*, (82):75 e segs., 1957; Krauthausen, *Ermessen und Unbestimmter Rechtsbegriff*. Referat vor der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten am 18. t. 1951. Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz. p. 8 e segs.; Labs. *DOV*. 1954. p. 533 e segs.; *DOV*. 1957. p. 584 e segs.; Laun. *Festschrift für Kaus*. 1954. p. 128 e segs.; Less. *DOV*. 1957. p. 418 e segs.; Loening. *DVBl*. 1952. p. 197 e segs. e 235 e segs.; Loppuch. *DVBl*. 1955. p. 377 e segs.; e 416 e seg.; Meyer. *DOV*. 1954. p. 368 e segs.; Neumann-Duesberg. *JZ*. 1952. p. 705 e segs.; Nibbler. *BayVBl*. 1955. p. 33 e segs.; Redding. *DOV*. 1954. p. 365 e segs.; Reuss. *DVBl*. 1953. p. 585 e segs. e 649 e segs.; *DOV*. 1954. p. 365 e segs. e 557 e segs.; *Ermessen und Unbestimmter Rechtsbegriff*. Referat vor der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten am 18 Okt. 1954. Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz. p. 16 e segs.; *DOV*. 1957. p. 585 e segs.; Rumpf. *VVDStRL* 14:166 e segs.; Schindler. *MRD*. 1954, p. 331; Schütz. *DOV*. 1954. p. 556 e segs.; Schunck. *Recht im Amt*. 1954; Steindorff. *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*. Referat vor der Vereinigung des Verwaltungsgerichtspräsidenten am 13 Okt. 1954; Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz. p. 22 e segs.; Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*. 1955. p. 309 e segs.; Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge (Hochschule Speyer) 1957. p. 127 e seg.; Wolff. *Verwaltungsrecht*, I. 1956. p. 114 e segs.

dos pelo legislador, ou alguns deles, eram ou não suscetíveis de serem controlados pelos tribunais administrativos.<sup>4</sup>

Bernatzik insurgiu-se na sua obra publicada em 1886, sob o título *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, contra a doutrina tradicional, negando que a livre discricionariedade e a aplicação do direito se excluíssem mutuamente como realidades opostas. Ele constatou que as situações previstas através de alguns dos conceitos indeterminados empregados na lei, como “adequação”, “utilidade”, “perigo”, etc., só podiam ser afirmadas depois de um complicado processo interpretativo em cadeia. Este complicado processo em cadeia, por ele designado como “discricionariedade técnica” (porém, livre), constituiu a primeira manifestação da chamada “teoria da duplicidade”.<sup>5</sup> Esta teoria tem por pano de fundo a afirmação de que a aplicação do direito seria um puro silogismo. Ao sustentar que a aplicação dos conceitos legais indeterminados só poderia ser feita através de um complexo processo em cadeia, esta teoria defrontou-se com um problema, aparentemente inultrapassável: o de encontrar critérios seguros de interpretação e de controle desse tal “processo intelectual altamente complexo”. Este problema foi resolvido de uma forma cômoda, que consistiu em considerar que os conceitos legais indeterminados atribuíam discricionariedade.

A opinião de Bernatzik passou a ser o fundamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo austríaco. Mas nem todos estavam de acordo. O principal defensor da doutrina tradicional foi Tezner. Na sua crítica, Tezner chamou a doutrina dos “conceitos discricionários” de “inimiga do Estado de Direito” (*rechtsstaatsfeindlich*) e de “cientificamente infundada” (*unwissenschaftlich*)<sup>6</sup> devendo ser, por isso, abandonada, Tezner constatou que todo conceito legal, quando é posto em ligação com fatos reais, pode pressupor cadeias do pensamento altamente complexas. Mas a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença do grau de insegurança da palavra. Um “certo limite de erro”, dentro do qual nos pudéssemos movimentar, não é reconhecível apenas nos “conceitos legais indeterminados”. Entre os conceitos legais determinados e os conceitos legais indeterminados existe apenas uma diferença de grau e não de qualidade. Por conseguinte, na aplicação dos “conceitos discricionários” não deve ficar fora do controle jurisdicional qualquer “discricionariedade técnica”.

<sup>4</sup> Cf. Lendi, M., *Legalität...* p. 93.

<sup>5</sup> Cf. Lendi, M. op. cit. p. 93.

<sup>6</sup> Tezner. *Dans freie Ermessen...* p. 16, 17 e 21, sob indicação de: Lendi, M. op. cit. p. 94.

Tezner sustentou tratar-se aqui da simples questão da competência dos tribunais administrativos. Seria o tribunal administrativo quem determinaria que categoria de conceitos atribuem “discricionariedade técnica”.

Este conflito doutrinário entre Bernatzik e Tezner constituiu o ponto de partida do conflito doutrinário em que ainda hoje estamos envolvidos e que conhece duas grandes correntes: a teoria da duplicidade, com as suas raízes em Bernatzik, e a teoria da unicidade dos conceitos legais indeterminados, com as suas raízes em Tezner, isto é, a teoria que diz que na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas e a que defende só existir uma solução correta.

## 2.2 Doutrina da unicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados

Apoiando-se em Tezner, sustentou Bühler que todos os “conceitos vagos” são conceitos jurídicos.<sup>7</sup> Melhor dizendo, de antemão, todo conceito legal indeterminado pertence ao âmbito da vinculação legal. Na aplicação de conceitos legais indeterminados a autoridade administrativa deve considerar apenas o seu sentido legal (necessidade, idoneidade, etc.) e tem, assim, de decidir pela sua existência ou não-existência.<sup>8</sup> Não existe, por conseguinte, qualquer espaço residual, característico da administração. O critério geral para a interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados é, como no direito privado, a “opinião comum”.<sup>9</sup>

O ponto de partida de Scheuner — decisivamente influenciado pela teoria pura do direito — é a idéia de que a jurisprudência e a administração devem ser vistas como executoras da lei.<sup>10</sup> Assim, a livre discricionariedade não pode significar liberdade perante a lei, mas sim “incerteza do conteúdo da lei” (*Ungewissheit über den Gesetzesinhalt*). Assim, nega Scheuner a existência de uma estreita e impermeável fronteira entre vinculação legal e liberdade discricionária. Semelhante é a doutrina francesa, que vê a discricionariedade como um resíduo que fica fora do controle jurisdicional. Quanto melhor for feita a interpretação, tanto menor é a zona residual da livre discricionariedade. Os tribunais devem ir tão longe no seu controle quanto as diretivas legais a seus olhos o permitam.

<sup>7</sup> Bühler. *Subjektive öffentliche Rechte*. Berlin. Stuttgart und Leipzig, 1914, espec. p. 26 e segs.

<sup>8</sup> Bühler. op. cit. p. 28.

<sup>9</sup> Também Jellinek é. como vimos de ver, de opinião que a interpretação de conceitos legais indeterminados deve ser feita pela “opinião média da sociedade”.

<sup>10</sup> Scheuner. *Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*. In: *VerwArch*. 1928. p. 68 e segs.

Os limites da discricionariedade devem ser encontrados positivamente, através da pesquisa do caso concreto. Os conceitos legais indeterminados pertencem ao âmbito da vinculação legal. Por conseguinte, a sua interpretação fica apenas sob o controle jurisdicional, na medida em que ela é feita a partir de padrões e diretivas legais de conduta. Quando não é este o caso, os conceitos legais indeterminados podem ser vistos como “conceitos discricionários” fora do controle jurisdicional. Na opinião de Scheuner, nem todo o momento subjetivo pode ser separado da aplicação do direito. A aplicação do direito é, também ela, uma “atividade criadora”. Quando a interpretação deixa de orientar a conduta da administração, esta torna-se livre, mas onde a interpretação orienta a conduta da administração, então a aplicação interpretativa do direito é “limitadamente livre”, na medida da vinculação.<sup>11</sup>

Como Tezner, Bühler e Scheuner, Jöhr<sup>12</sup> submeteu também todos os conceitos legais indeterminados ao âmbito da vinculação legal. A fronteira entre a esfera de direito (*Rechtssphäre*) e a esfera discricionária (*Ermessenssphäre*), ainda que movediça no caso concreto, deve ser determinada através da interpretação jurídica, e é sempre, mesmo na interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, rígida. Jöhr referiu expressamente que, ou a fronteira entre estas duas esferas é rígida (*starr*), ou o não é; não existe terceira hipótese.

### 2.3 Doutrina da duplicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados

Lemayer sustentou a opinião de que todo conceito legal indeterminado atribui discricionariedade, na sua interpretação e aplicação. Trata-se, em regra, de “discricionariedade jurisdicional” (*richterliches Ermessen*). O preenchimento dos conceitos legais indeterminados é, assim, para Lemayer, da competência dos tribunais. A indeterminação de conceitos legais indeterminados significa para Lemayer uma indicação ao juiz “para que ele os preencha, conforme o seu arbítrio”.<sup>13</sup> Porém, diferentemente do que no direito privado, no direito administrativo a função de proteção jurídica do juiz tem perante si a função de administrar da autoridade. Por isso, nem todo o caso controvertido cai totalmente na competência dos tribunais administrativos. Assim, deve ser sempre pesquisada a vontade do legislador para se poder saber se este atribui ou não livre discricionariedade à autoridade administrativa que não

<sup>11</sup> O período entre Bernatzik (1986) e Scheuner (1928) foi classificado por M. Lendi como período da doutrina dos conceitos legais indeterminados no direito industrial e policial clássico. Cf. Lendi, M. op. cit. p. 104.

<sup>12</sup> *Die Verwaltungsgerichtliche Oberprüfung des administrativen Ermessens*. Diss. Zürich. 1931.

<sup>13</sup> Lemayer. *Apologetische...* p. 453.

seja suscetível de controle jurisdicional. Só o tribunal administrativo é competente para decidir se a discricionariedade atribuída pelos preceitos legais se destina ao juiz ou à autoridade administrativa.<sup>14</sup> Importante é que os chamados conceitos legais indeterminados não são “conceitos discricionários”. Só a vontade do legislador pode fundamentar a discricionariedade (administrativa ou livre) atribuída através de um conceito legal indeterminado.

Uma outra tentativa de negar a (livre) discricionariedade na interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados foi feita por v. Laun.<sup>15</sup> Laun partiu do princípio, como Lemayer, de que, no conflito em torno dos conceitos legais indeterminados, deve ser salva a essência da administração perante a jurisprudência administrativa. Também para Laun, a aplicação do direito não constitui um processo mecânico. Como Tezner, sustentou ele a idéia de que mesmo as formulações legais mais claras e precisas podem constituir base para o exercício de “discricionariedade jurisdicional” (*richterliches Ermessen*). Porém a aplicação de conceitos legais indeterminados implica uma atividade intelectual especialmente complexa, a qual não constitui fundamento para o exercício de discricionariedade livre, técnica ou jurisdicional — conforme sustentou Bernatzik — mas sim para o exercício de uma “discricionariedade vinculada” (*gebundenes Ermessen*). A palavra “discricionariedade” deve significar que a apreciação individual feita pelo órgão atuante é feita num espaço livre que lhe é reconhecido; a palavra “vinculada” significa que existe uma vinculação à vontade da Lei.<sup>16</sup>

Como para Lemayer, para Laun só a vontade do legislador é decisiva para responder à questão, se um conceito legal indeterminado é um “conceito de direito” ou um “conceito discricionário”.

Na realização do interesse público, a autoridade administrativa age de acordo com o seu critério e de forma independente relativamente à lei. Porém as coisas são diferentes quando se trata da interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados. Aqui, o interesse público deixa de desempenhar qualquer papel. O interesse público está em direta oposição com os conceitos legais indeterminados aplicados na lei. Aquele significa “negação de toda a vinculação”, estes significam “liberdade.”<sup>17</sup> Conceitos legais indeterminados, como “funcionário apto”, são conceitos discricionários, se a sua aplicação for diferente consoante o interesse público.<sup>18</sup> A questão de saber se um

<sup>14</sup> Lemayer. *Apologetische*... p. 454.

<sup>15</sup> In: *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Wien, 1910.

<sup>16</sup> Op. cit. p. 50.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 70.

<sup>18</sup> Recorde-se a semelhança deste exemplo com o exemplo das vacas dado por W. Jellinek, mas com outra solução.

conceito legal indeterminado é ou não um conceito discricionário, aponta para uma “discricionariedade vinculada” ou deve ser visto, pura e simplesmente, como um conceito jurídico indeterminado, só pode ser respondida através da interpretação da lei, a qual cai sob o controle jurisdicional.

Uma outra tentativa de dominar o problema dos conceitos legais indeterminados foi feita por W. Jellinek. O seu ponto de partida é a oposição entre liberdade discricionária e vinculação da administração.

Jellinek distinguiu entre conceitos legais determinados e indeterminados. A subsunção dos conceitos legais indeterminados contém apenas, relativamente às suas fronteiras, uma decisão segura, assim como a subsunção dos conceitos legais determinados torna possível apenas uma decisão segura. Entre ambas existe um espaço de “meras possibilidades” (*blossen Möglichkeiten*), onde toda a decisão é problemática. Assim, W. Jellinek considerou a livre discricionariedade a “delimitação individual de um conceito legal indeterminado feita pela adequação livre de erro”. Claro que nem toda a indeterminação significa livre discricionariedade. Todo o conceito legal indeterminado é pluridimensional, mas nem toda a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado é querida pela lei. Neste caso, é possível uma passagem para a unicidade, isto é, é possível que o conceito legal indeterminado passe a ser determinado. O conceito indeterminado é para Jellinek um conceito jurídico, pois a liberdade que o envolve é apenas uma liberdade aparente, porque ela foi, na realidade, pensada como vinculação. Apenas a pluridimensionalidade (*Mehrdeutigkeit*) de um conceito legal indeterminado, que foi querida pelo legislador, significa livre discricionariedade. Assim, só a vontade da lei constitui o critério decisivo para a unidimensionalidade ou a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado. Aqui coloca W. Jellinek a questão de se existem ou não certos conceitos que, melhor do que os outros, podem adquirir a qualidade de “conceitos discricionários” (*Ermessensbegriffe*). Sim — diz ele —, este é o caso dos “conceitos de valor” (*Wertbegriffe*).

A doutrina de W. Jellinek constitui uma contribuição importante para o esclarecimento da chamada doutrina da duplicidade (*Lehre von der Doppeldeutigkeit*). Se um conceito legal indeterminado é um conceito discricionário ou jurídico, é uma questão que só a vontade da lei pode resolver.

No âmbito da averiguação da vontade da lei, a última decisão constitui uma questão de interpretação que, como tal, cai sob o controle jurisdicional.

Porém deve ser recusada a tentativa de Jellinek de resolver o problema dos conceitos legais indeterminados através de uma interpretação feita pela “opinião média da sociedade”, assim como a sua observação de que sobretudo os “conceitos de valor” devem ser vistos como “conceitos discricionários”. Estes são, na verdade, os grandes pontos negativos da doutrina de W. Jellinek.

A teoria da duplicidade<sup>19</sup> foi também sustentada por Forsthoff.<sup>20</sup> Forsthoff partiu da idéia de que, em princípio, a administração e a justiça se opõem. A administração, diferentemente justificada, não deve ser vista como mera aplicadora do direito. Ela detém uma grande autonomia comparável à autonomia normativa, autonomia essa que a caracteriza. É certo que a administração é, toda ela, coberta pelo direito, mas ela, diferentemente do tribunal, não está exclusivamente dominada pelas normas jurídicas. O funcionário administrativo deve ir buscar o máximo da sua atividade, em parte à lei, em parte à própria experiência e a pontos de vista subjetivos.

Forsthoff colocou os “conceitos de valor” em oposição aos “conceitos empíricos”. A fixação do conteúdo real de conceitos empíricos, que exige uma simples operação lógica, não constitui, sem exceção, qualquer exercício de discricionariedade. Pelo contrário, a concretização de conceitos de valor exige uma conduta de escolha, no âmbito da concretização de valores (*wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung*).<sup>21</sup> Os conceitos de valor constituem, no direito administrativo — independentemente de a vontade da lei apontar ou não para a pluridimensionalidade —, conceitos discricionários. Os conceitos de valor constituem referências a um valor, e não uma qualquer expressão legal de um valor. A concretização de um valor não-positivado constitui uma conduta de eleição no quadro de uma realização de valores. Por isso mesmo, o conceito de valor é um conceito discricionário.

Martin Lendi<sup>22</sup> sustentou a opinião de que a interpretação correta deixa-se ambicionar, mas não é suscetível de ser alcançada. Os conceitos indeterminados não são determináveis.<sup>23</sup> Eles devem ser determinados segundo o seu valor imanente. Os conceitos indeterminados apenas podem ser aplicados através de um juízo de valor não-autônomo, pois a aplicação do direito exige operações subjetivas de pensamento e de complementação próprias, as quais, apenas de modo relativo e não absoluto, abrangem o valor imanente da lei. Os conceitos discricionários, pelo contrário, constituem uma autorização para uma pura valorização autônoma.<sup>24</sup> Os conceitos legais indeterminados encontram-se com muito mais freqüência no lado da previsão dos fatos. Claro que, no caso de “discricionariedade técnica”, por exemplo, para encontrar a medida adequada em caso de “perigo para a saúde pública”, os conceitos indeterminados situam-se no lado dos efeitos de direito da norma. Entre a indeterminação no lado dos efeitos de direito e a indeterminação no lado da previsão dos fatos, não existe qualquer diferença, pois a autoridade aplicadora

<sup>19</sup> Cf. o testemunho de Ule. op. cit. p. 311.

<sup>20</sup> Lehrbuch. op. cit. p. 72 e segs.

<sup>21</sup> Op. cit. p. 76.

<sup>22</sup> *Legalität*. . . p. 89.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 89.

<sup>24</sup> Lendi, Martin. *Legalität*. . . p. 89.

do direito tanto está, por força do princípio da legalidade, vinculada no lado da previsão dos fatos, como no lado dos efeitos de direito.<sup>25</sup>

A diferença entre os conceitos de direito e os conceitos discricionários não pode ser retirada da natureza da norma. Assim resolveu M. Lendi esta sua *quaestio diabolica*.

Devido à evolução da doutrina da interpretação e à sua libertação de regras formais, a doutrina da duplicidade aproximou-se da unicidade. A jurisprudência administrativa parece ter confirmado esta evolução.<sup>26</sup> Os conceitos legais indeterminados passaram, na maior parte das vezes, a ser considerados conceitos jurídicos indeterminados.<sup>27</sup>

### 3. *Conflito atual da doutrina e da jurisprudência na Alemanha Federal*

Desde Scheuner a Bühler os conceitos legais indeterminados passaram a ser tomados pela doutrina e pela jurisprudência dominantes como conceitos jurídicos indeterminados. Alterações jurídico-políticas e de natureza econômica, assim como a renúncia à competência limitada do tribunal administrativo através do método da enumeração — mais do que devido a novos reconhecimentos científicos — estão na origem do reacender da questão dos conceitos legais indeterminados. Como escreveu M. Lendi,<sup>28</sup> a doutrina dos conceitos legais indeterminados como conceitos jurídicos foi submetida a uma apreciação crítica. Mas a primeira força motriz não foi o seu mero reconhecimento, mas a nova situação político-jurídica. Não se deve desconhecer que a viragem para estado social de direito e, com ela, o abandono da administração liberal de intervenção impuseram uma nova visão das relações do direito com a administração e, assim, a doutrina teve de colocar a questão de se os conceitos legais indeterminados não necessitavam de uma outra solução em face dos reconhecimentos do estado social de direito”.

#### 3.1 Renascimento da teoria da unicidade

Reuss insurgiu-se em vários dos seus escritos contra a teoria e a prática da pluridimensionalidade. Reuss<sup>29</sup> estabeleceu uma fronteira rígida entre a discri-

<sup>25</sup> Op. cit. p. 90.

<sup>26</sup> Menger. *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*. Tübingen. 1954, p. 125 e segs., nota 3 sob indicação de: Lendi, M. op. cit. p. 103.

<sup>27</sup> Lendi, M. op. cit. p. 103.

<sup>28</sup> Lendi, M. op. cit. p. 105.

<sup>29</sup> Reuss. *DVBI*, 1953. p. 585; *DOV*. 1954, p. 55, 363 e 556.

cionariedade de atuação, volitiva ou administrativa, e a discricionariedade de juízo, de apreciação ou cognitiva. Aquela significa “a liberdade de escolha entre vários modos de atuação igualmente possíveis. Pelo contrário, a discricionariedade de juízo, ou cognitiva, não significa qualquer uso da vontade; ela não se baseia na atuação da autoridade, mas sim num “ato de reconhecimento”.

Segundo Reuss, todos os conceitos legais indeterminados, seja qual for o seu grau de indeterminação, fazem parte do sistema normativo do ordenamento jurídico. Assim, a questão de se uma medida satisfaz uma exigência legal como medida exigida” é um “puro problema de lógica”. Os conceitos legais indeterminados são conceitos jurídicos, não apenas porque eles fazem parte de uma norma jurídica, mas também por eles não serem conceitos discricionários. Por isso, eles necessitam apenas de interpretação e, assim, são totalmente justificáveis. Reuss reconheceu que a interpretação e aplicação dos chamados “conceitos de valor” não pode ser feita a partir de um raciocínio lógico, mas que eles têm de ser determinados através de um raciocínio jurídico-valorativo. Aqui os órgãos de aplicação do direito devem recuar à idéia de valor social do direito.

Loening<sup>30</sup> falou ainda de “conceitos vagos” (*dehnbare Begriffe*), como “necessidade”, “idoneidade”, “inaptidão”, etc., conceitos estes que, no caso concreto, apontam para uma clara afirmação ou negação. Tais “conceitos vagos” estão totalmente sujeitos ao controle jurisdicional.

### 3.2 A doutrina da “margem de livre apreciação”

Apoiando-se em Reuss,<sup>31</sup> propôs Bachof,<sup>32</sup> relativamente ao controle dos pressupostos da atuação administrativa, uma certa liberdade, uma “margem de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*) ou, como ele próprio designou, uma “prerrogativa de estimativa” (*Einschätzungsprerogativ*).

Para Bachof, o problema central está na suscetibilidade ou insuscetibilidade de controle jurisdicional da interpretação feita pela autoridade administrativa. O “espaço de livre apreciação” corresponde, assim, ao âmbito no qual é atribuído à autoridade um espaço de atuação livre relativamente à apreciação dos pressupostos da sua conduta.<sup>33</sup> Mas atenção! O “espaço de livre apreciação” não é característica de todos os conceitos legais indeterminados. Como ele

<sup>30</sup> Loening. *DVBI*, 1952. p. 200.

<sup>31</sup> Reuss. *DVBI*, 1953. p. 585; *DOV*, 1954. p. 55, 536 e 556.

<sup>32</sup> *JZ*, 1955. p. 98.

<sup>33</sup> *JZ*, 1955. p. 98.

escreve, nem todo o conceito indeterminado — seja conceito de experiência, de valor, ou misto — atribui à autoridade administrativa um “espaço de livre apreciação”. Do legislador deve-se exigir que, no futuro, refira expressamente quando é que ele atribui, através de conceitos legais indeterminados, um “espaço de livre apreciação”.<sup>34</sup> De antemão não existe uma categoria de conceitos legais indeterminados que, automaticamente, atribuam um “espaço de livre apreciação”. Esta atribuição pode ocorrer, seja através de um conceito de valor ou de um conceito de experiência.

Bachof distingue ainda entre a interpretação e a aplicação de conceitos legais indeterminados, no caso concreto. A interpretação, isto é, a averiguação do seu conteúdo é “sempre uma questão de direito”, totalmente submetida ao controle jurisdicional. Do mesmo modo é, “sem margem para dúvidas, controlável pelos tribunais a apreciação real dos fatos”.

Diferente é a aplicação, isto é, a subsunção dos fatos determinados sob um conceito indeterminado.

Na aplicação<sup>35</sup> deve-se verificar se a lei quer ou não atribuir à autoridade administrativa aplicadora da lei um “espaço de livre apreciação”. Bachof,<sup>36</sup> reconhece nos conceitos de experiência tanto a pluridimensionalidade (na medida em que, na prática, não é possível uma apreciação suficientemente clara), como a unicidade de conceitos de valor (na medida em que a referida idéia de valores é suscetível de objetivação, de modo que parece só existir uma única decisão correta). Nos conceitos de experiência, a existência ou não de uma margem de livre apreciação, depende de se, na prática, é possível uma apreciação dos fatos suficientemente clara, tendo em conta a responsabilidade da autoridade administrativa.<sup>37</sup>

### 3.3 Nuanças da doutrina da “margem de livre apreciação”

#### 3.3.1 A teoria da representatividade

Também para Ule<sup>38</sup> existe entre discricionariedade e vinculação jurídica um âmbito de pluridimensionalidade jurídica, um terceiro espaço de relativa

<sup>34</sup> *JZ*, 1955. p. 99 e segs.

<sup>35</sup> A margem de livre apreciação diz respeito apenas à aplicação e não à interpretação. Bachof. *JZ*, 1955. p. 99 e segs.; *BayVBI*, 1955. p. 30; *JZ*, 1962. p. 704 e segs.; *JZ*, 1966. p. 441 e segs.

<sup>36</sup> Bachof, *JZ*, 1955. p. 102.

<sup>37</sup> Bachof. *JZ*, 1955. p. 98.

<sup>38</sup> *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955. p. 309 e segs.

vinculação e relativa liberdade. Porém, esta “terceira zona” não existe como resultado da vontade da lei mas devido a uma inalterabilidade de natureza jurídico-legal. Para ele, a origem da pluridimensionalidade jurídica está na natureza jurídico-legal. Uma vontade do legislador orientada à unicidade não é, para Ule, pensável. O *espaço de livre apreciação* que ele, como Klein,<sup>39</sup> vê em casos-limite da pluridimensionalidade não é determinável pela vontade da lei, mas *depende da natureza de certos conceitos*.

Importante, na teoria de Ule, é a diferença entre os conceitos fáticos e os conceitos normativos ou de valor (por exemplo, idoneidade, necessidade, interesse público, etc.). Para esta diferença baseou-se Ule na teoria de Engisch,<sup>40</sup> segundo a qual os conceitos normativos têm a sua base em valores e, assim, nas normas jurídicas e no ordenamento jurídico dos valores.

Assim, quer os conceitos fáticos, quer os conceitos normativos, são conceitos jurídicos indeterminados. A diferença entre conceitos fáticos e conceitos normativos consiste em que a aplicação dos conceitos normativos, contrariamente ao que se passa com os conceitos fáticos, pressupõe um juízo de valor entre a determinação conceitual e a verificação da situação de fato.<sup>41</sup>

Na aplicação de conceitos normativos não é suficiente subsumir os fatos constatados ao conceito cujo significado deve ser determinado através de interpretação.<sup>42</sup>

Os conceitos normativos contêm uma subjetividade e irracionalidade típicas do ato de sentença. Partindo deste ponto, sustentou Ule que, em casos-fronteira, a apreciação da autoridade administrativa deve ser tomada como a única apreciação adequada da situação de fato. Devido à limitada incapacidade de dissolução dos conceitos jurídicos indeterminados, são “defensáveis vários resultados que se mantêm dentro do quadro legal. A função do tribunal está limitada à determinação do “conceito médio” exigido pelo silogismo.

A teoria de Ule, também conhecida por “teoria da representatividade”, foi, com algumas modificações, sustentada também por Haas,<sup>43</sup> Pietzonka,<sup>44</sup> Meyer,<sup>45</sup> Liber,<sup>46</sup> Less<sup>47</sup>, Bender,<sup>48</sup> entre outros.

<sup>39</sup> Klein, *AöR*, (82):117 (1957).

<sup>40</sup> *Festschrift für Menger*. p. 142 e segs. (1954).

<sup>41</sup> Questionável é, assim — Klein. *AöR*, 82:106 — o que se deve entender por “juízo de valor”.

<sup>42</sup> *Op. cit.* p. 318.

<sup>43</sup> *MRD*, 1953. p. 651 e segs.

<sup>44</sup> *NJW*, 1954. p. 1.867 e segs.

<sup>45</sup> *DOV*, 1954. p. 369 e segs.

<sup>46</sup> *BayVBI*, 1955, p. 33 e segs.

<sup>47</sup> *DOV*, 1957. p. 424 e segs.

<sup>48</sup> *Allg. Verwaltungsrecht*. p. 121.

### 3.3.2 O “vácuo” do conceito como “espaço de livre apreciação” da administração

A análise estrutural dos conceitos indeterminados feita por Philipp Heck,<sup>49</sup> foi reassumida, em 1957, por Jesch,<sup>50</sup> como ponto de partida da sua teoria.

Segundo Jesch, os conceitos indeterminados contêm um extraordinariamente pequeno núcleo central (zona de certeza jurídica), e um, em relação com este, extraordinariamente grande e difuso, vácuo conceitual, que corresponde à imprecisão do conceito. A estrutura dos conceitos jurídicos tem também influência sobre a estabilidade e a dinâmica do ordenamento jurídico.<sup>51</sup> O núcleo do conceito (*Begriffskern*) garante a estabilidade, enquanto o vácuo do conceito (*Begriffshof*) garante uma “certa liberdade” (*gewisse Freiheit*) para a realização do direito. Eis a elasticidade e a flexibilidade do ordenamento jurídico que se refletem na situação evolutiva das normas.

Apoiando-se em Engisch,<sup>52</sup> e em Scheuerle,<sup>53</sup> Jesch estabelece uma relação instável entre a interpretação e a subsunção, com a conseqüência de que toda a interpretação constitui uma subsunção antecipada e toda a subsunção, uma interpretação antecipada.<sup>54</sup> Para a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados num caso concreto, deve ser, em primeiro lugar, constatado a que conceitos “metajurídicos” o conceito a concretizar está ligado e em quais dos conceitos fáticos relevantes para o caso concreto ele pode dissolver-se.<sup>55</sup> Na interpretação do núcleo do conceito não se suscitam, naturalmente, quaisquer dificuldades, por haver aqui a cobertura da vontade legislativa, da formulação conceitual e da relação imediata de significado. No âmbito do “vácuo do conceito”, a “substituição dos conceitos legais pelos conceitos fáticos naturais”<sup>56</sup> encontra a sua fronteira prática na ambigüidade da situação de fato, prevista pelos conceitos indeterminados.

### 3.4 A doutrina oposta

Pesada e justificada crítica a esta doutrina foi feita por Klein.<sup>57</sup> Klein assenta a sua teoria nas “várias possibilidades jurídicas”. Baseando-se em W. Jellinek,

<sup>49</sup> Heck, *Gesetzeslegung und interessensjurisprudenz*, *AcP*, vol. 112:1 e segs., 46 e segs., 173 e segs., (1914).

<sup>50</sup> Jesch, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*. *AöR*, 82:163 e segs., (1957); *Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe*. *DOV*, 1956. p. 77 e segs.; *Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit*. *JZ*, 1961. n. 624 e segs.; *Besprechung von Horst Ehmke*. *AöR*, 86:491 e segs., (1962).

<sup>51</sup> *AöR*, 82:173 e segs.

<sup>52</sup> Engisch. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. p. 28.

<sup>53</sup> *Rechtsanwendung*. p. 23.

<sup>54</sup> *AöR*, 82:189 e segs.

<sup>55</sup> Scheuerle, *op. cit.* p. 150: “Um fato tem de ser pensado através de conceitos porque se não o for não é reconhecível como tal.”

<sup>56</sup> Engisch. *Studien*... p. 100.

<sup>57</sup> Klein, *JZ*, 1956. p. 588 e segs.; *Die Kongruenz*... *AöR*, (82):75 e segs., 1957.

constatou Klein que o critério decisivo para o reconhecimento das “várias possibilidades jurídicas” no âmbito dos chamados conceitos legais indeterminados — expressamente contra a opinião de Ule — é a vontade da lei. As “várias possibilidades jurídicas” apenas se deixam reconhecer quando elas são concedidas pelo ordenamento jurídico. Com razão, escreve ele: Só se pode falar em “espaço de livre atuação” quando ele seja concedido pelo ordenamento jurídico.<sup>58</sup> Assim critica Klein o reconhecimento do “espaço de livre conduta”, como escolha entre uma pluralidade relativamente a um “ser” ou a um “existir” (como faz Bachof) e, com toda a razão, coloca a seguinte pergunta: como poderá então ter lugar esta escolha se não através da discricionariedade administrativa? E acrescenta: em que é que se distingue, no fundo, o processo intelectual utilizado na decisão tomada no âmbito do livre espaço de apreciação, da discricionariedade?<sup>59</sup> Com razão observa ainda Klein ser uma contradição admitir que alguns conceitos jurídicos indeterminados são suscetíveis de controle jurisdicional e outros não.

Klein critica<sup>60</sup> ainda a confrontação feita por Ule de conceitos normativos ou de valor e de conceitos fáticos. Segundo ele, todos os conceitos jurídicos indeterminados, sejam fáticos ou normativos, fixam valores (melhor, uma qualidade, isto é, uma qualidade normativa) e, por isso, são todos eles conceitos normativos. Por isso, esta distinção não tem, diz ele, qualquer sentido.

### 3.5 Apreciação crítica

1. A proposta de Bachof contém, em minha opinião, um ponto positivo e uma contradição.

O ponto positivo: a distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor não desempenha qualquer papel para a questão do reconhecimento ou não de uma “margem de livre apreciação” no *Tatbestand* da norma. Decisiva é apenas a vontade do legislador.

A contradição: por um lado afirma Bachof que se deve reconhecer na aplicação de certos conceitos indeterminados um “espaço de atuação” no *Tatbestand* da norma, isto é, na constatação de um ser (de uma situação existente). Por outro lado, não obstante ele afirmar que só existe um “espaço de livre apreciação” com base na vontade do legislador (ponto positivo), predispõe-se a reconhecer, como resultado da vontade do legislador, um “espaço de livre

<sup>58</sup> AöR, 82:103.

<sup>59</sup> AöR, 82:105.

<sup>60</sup> AöR, 82:107.

apreciação” (no sentido de prerrogativa de cálculo — *Einschätzungsprärogativ*). na aplicação de certos conceitos, só porque o controle jurisdicional seria, quanto a eles, problemático. Porém, estas duas idéias — vontade do legislador e “controle jurisdicional problemático” — não têm nada a ver uma com a outra.

Por um lado, o uso de conceitos legais indeterminados pelo legislador é feito muitas vezes “mecanicamente”, isto é, os conceitos são mais escolhidos devido a razões de técnica lingüística do que para exprimir uma “segunda intenção” de atribuir à autoridade administrativa “uma certa liberdade”. Frequentemente o legislador não tem sequer uma liberdade de escolha entre aplicar conceitos determinados ou indeterminados. Além disso, ao afirmar-se que certos conceitos legais indeterminados atribuem ao aplicador do direito uma “margem de livre apreciação”, coloca-se logo a questão de saber quais são esses conceitos indeterminados. Bachof responde a esta questão dizendo: aqueles, através dos quais o legislador atribui liberdade. Só que tais conceitos não existem. Afirmações tais como: o conceito “idoneidade” atribui ao seu aplicador uma “margem de livre apreciação”, mas o conceito “aptidão” não; são afirmações que assentam em primeira linha em pontos de vista subjetivos daquele que se pronuncia e que, por isso, não têm qualquer fundamento científico.

2. Também a doutrina da representatividade deve ser recusada. Do ponto de vista teórico, os conceitos legais indeterminados não atribuem qualquer “livre espaço de atuação”. Apenas é possível uma única solução certa. Porém, na prática, o tribunal administrativo deve aceitar como certa qualquer decisão representável.

Esta doutrina confunde suscetibilidade de controle jurisdicional com correção jurídica. A natureza das decisões vinculadas não se pode alterar apenas porque os fatores da decisão não se deixam determinar integralmente. Uma solução que seja 99,999% certa seria uma solução representável, mas não certa, em face do direito. Com um exemplo: uma pessoa que é 99,999% idônea para o exercício de um determinado cargo público não é idônea. Além disso, onde se situam as fronteiras da representatividade? Uma solução que é 95% certa será representável? E se ela for apenas 94,999% certa, continua a ser representável? Digamos que a teoria da representatividade, em vez de resolver o problema que se propunha, acabou por complicá-lo muito mais. É o caso, por exemplo, do controle do “erro manifesto” (*grob Fehler — erreuer manifest*). Onde começa e acaba o caráter “manifesto” de um erro? Será legítimo que os tribunais controlem apenas o “erro manifesto”?

3. Parece ser de utilidade prática para a resolução do problema dos “conceitos legais indeterminados” recorrer à sua estrutura. Só que Jesch e a sua escola cometeram o grande erro de tomar estes conceitos como categoria au-

tônoma e como um todo fixo. Por um lado, sem vontade do legislador não há “liberdade de atuação”; por outro, todos os “conceitos legais indeterminados” têm a mesma estrutura. Porém não terão os conceitos opostos a estes, os “conceitos determinados”, também um *Begriffshof* e um *Begriffskern*? Neste aspecto não existe qualquer diferença de qualidade entre conceitos determinados e indeterminados, como, aliás, já Tezner havia constatado.

**Livros de**

# **ECONOMIA**

**editados pela FGV**

<p>Inflação, moeda &amp; modelos macroeconômicos - o caso do Brasil de <i>Carlos Lemgruber</i> 141 páginas</p>	<p>Análise econômica do fenômeno demográfico no Brasil de <i>Edy Luiz Kogut</i> 114 páginas</p>	<p>Multinacionais - os limites da soberania de <i>Getúlio Carvalho</i> - 3ª ed. 387 páginas</p>
<p>Eugênio Gudin visto por seus contemporâneos 160 páginas</p>	<p>Os efeitos das minidesvalorizações na economia brasileira de <i>Eduardo Matarazzo Suplicy</i> - 2ª ed. 254 páginas</p>	<p>O Nordeste Brasileiro: uma experiência de desenvolvimento regional de <i>João Gonçalves de Souza</i> 409 páginas</p>
<p>O problema do café no Brasil de <i>Antonio Delfim Netto</i> 259 páginas</p>		