

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTROLE JUDICIAL

Andreas J. Krell

Doutor em Direito pela Universidade de Berlin

Sumário: 1) Introdução; 2) A concessão legislativa de liberdade de decisão à Administração Pública; 3) Evolução da matéria no Brasil: a distinção rígida entre atos “vinculados” e “discricionários” e o seu fracionamento em elementos; 4) Origens da teoria alemã dos “conceitos jurídicos indeterminados” e as mudanças doutrinárias nesse país sobre o assunto; 5) A recepção da distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade na doutrina brasileira; 6) A questão hermenêutica: aspectos “cognitivos” e “volitivos” da interpretação jurídica; 7) Concessão de “espaços de livre apreciação” à Administração; 8) A visão “jurídico-funcional” da densidade adequada de sindicância judicial; 9) Diferentes tipos de conceitos indeterminados utilizados nos textos legais; 10) O progressivo controle na base dos princípios constitucionais no Brasil - A teoria germânica dos “vícios de discricionariedade”; 11) Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

É o propósito deste trabalho¹ contribuir para a melhor compreensão de um dos temas mais importantes do Direito Administrativo, que é a conceituação

¹ Para o aprofundamento da questão no âmbito da proteção ao meio ambiente, vide Krell, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

e definição do fenômeno da discricionariedade administrativa e seu devido controle por parte dos tribunais.

O estudioso encontra um número elevadíssimo de trabalhos nacionais e estrangeiros sobre o tema da discricionariedade, cujos autores desenvolvem teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos de partida e metodologias,² o que dificulta a compreensão dos verdadeiros problemas. Ao mesmo tempo, há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, que costuma usar uma classificação ultrapassada referente aos atos administrativos, que não consegue fornecer soluções adequadas aos problemas.

Apesar do grande volume de publicações sobre o assunto, vale ressaltar que ainda não existe uma teoria firme sobre a discricionariedade administrativa e seu controle no Brasil, nos planos doutrinário e jurisprudencial.³ As contribuições dos administrativistas nacionais mais importantes divergem bastante entre si, trazendo para a discussão cada vez mais teorias e termos que foram desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência estrangeiras - especialmente da Alemanha -, como os "conceitos jurídicos indeterminados", a "margem de livre apreciação", a "redução da discricionariedade a zero", entre outros. Nesse país, contudo, pode-se observar uma *evolução cíclica*, ou até um "interminável debate", sobre a discricionariedade administrativa e seu controle judicial.⁴

Por isso, pretende-se apresentar aqui, de forma resumida, os tópicos mais importantes dessa discussão e tecer algumas considerações sobre a sua utilização e utilidade no sistema brasileiro. Ao mesmo tempo, devem ser discutidos os pontos duvidosos e os equívocos das teorias germânicas sobre a discricionariedade, que, muitas vezes, já sofreram uma reformulação no seu país de origem, sem que este fato tenha sido divulgado por aqui.

Sem dúvida, uma doutrina sobre os atos discricionários da Administração e seu controle guarda conexão íntima com o desenvolvimento do Estado de Direito e do constitucionalismo em cada país e, por isso, deve seguir, necessariamente, caminhos próprios. Qualquer estudo de Direito "comparado", portan-

² Na Espanha há grande proliferação de publicações, sendo a maioria dos autores fortemente influenciada pela doutrina germânica; cf. Bacigalupo, Mariano. *La discrecionalidad...*, 1997, p. 15-43. O mesmo vale para Portugal (cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 86-103) e, acima de tudo, para a própria Alemanha, de onde provém a grande maioria das teorias sobre o tema.

³ Cf. Moraes, Germana de O. *Controle jurisdicional...*, 1999, p. 46-55, 76.

⁴ Bacigalupo, Mariano. *Op. cit.*, p. 18.

to, deve ser desenvolvido com a devida sensibilidade para com as diferenças das condições históricas, políticas, socioeconômicas e culturais entre os países.⁵

De qualquer forma, a discussão sobre o assunto se move sempre entre os pólos principiológicos do acesso irrestrito aos tribunais, responsáveis pelo controle da correta aplicação do Direito, e a autonomia da Administração Pública para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada: escolher, dentro dos limites legais, a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público diante de uma situação concreta.⁶

É de frisar também que não será aprofundada aqui a questão das novas formas de controle da discricionariedade administrativa através dos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Brasileira. Este tema de grande atualidade e importância está sendo tratado, com muita propriedade, por um número crescente de autores nacionais, o que justifica a limitação de sua abordagem nos moldes deste trabalho.

2. A CONCESSÃO LEGISLATIVA DE LIBERDADE DE DECISÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No antigo Estado de Polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a *discricionariedade* ainda era considerada genuína expressão da soberania do monarca. Com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade.

A partir do início do século XIX, aumentou a produção legislativa dos novos parlamentos criados em vários Estados europeus e americanos. Do Poder Executivo foi retirada a prerrogativa de editar leis, e a vontade do Rei, substituída pela vontade geral do Povo. A partir da pragmática teoria da separação dos Poderes, começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente da Polícia, tudo em defesa dos direitos dos cidadãos. Surgiu também a distinção entre o *Governo*, como atividade política e discricionária, livre da apreciação judicial, e a *Administração* propriamente dita.

O grande desafio do jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade,

⁵ Cf. Krell, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, 2002, p. 41ss.

⁶ Sundfeld, Carlos A.; Câmara, Jacintho A. Controle judicial dos atos administrativos, 2002, p. 24.

ganhando crescente popularidade a idéia de que a Administração Pública devia ser regulamentada tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais.⁷ Nesse processo, a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um “corpo estranho” dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada.

Somente após muitos anos de debate político e justeórico, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas.⁸ Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes. Já no fim do século XVII, John Locke tinha afirmado que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.⁹

Por isso, há razões de ordem material para a existência da discricionariedade, que resulta de uma “abertura normativa”, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto. Nessa órbita de livre decisão prevalece sua avaliação e vontade, que é, via de regra, não ou pouco sindicável pelos tribunais.¹⁰

Pode-se afirmar que o exercício de discricionariedade significa uma “competência para a concretização do Direito nos moldes de uma fixação finalista anterior”.¹¹ O legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de

⁷ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 131.

⁸ Costa, Regina H. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1989, p. 38.

⁹ Locke, John. *Dois tratados sobre o governo* (1698), 1998, p. 529.

¹⁰ A própria palavra discricionariedade tem a sua raiz no verbo latino *discernere*, o que significa separar, distinguir ou avaliar.

¹¹ Starck, Christian. *Das Verwaltungsermessen...*, 1991, p. 167.

conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.

Também não se deve olvidar que, na moderna “sociedade de risco” (U. Beck) de um mundo globalizado, aumentaram, de forma vertiginosa, os problemas dos governos nacionais e subnacionais (regionais, locais), que vieram a enfrentar novos desafios ligados ao progresso das ciências naturais (v.g.: energia nuclear, biotecnologia) e da degradação e exaustão dos recursos naturais (água, ar, solo, flora, fauna, paisagens etc.).

Além disso, os países chamados de “subdesenvolvidos” ou (melhor) de “periféricos”, onde “as promessas da modernidade continuam não cumpridas”, são obrigados a desenvolver esforços hercúleos para combater os antigos e cada vez mais urgentes problemas causados pela exclusão social de grandes partes de sua população, em busca da implantação de um verdadeiro Estado Social, que, no Brasil, segundo Streck, “não passou de um simulacro”.¹²

Nessa missão, o moderno Estado Intervencionista trabalha com as chamadas “normas-objetivo”¹³ ou “normas de criação” (*Gestaltungsnormen*), que possuem uma programação finalista e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, que deixaram de ser apenas executores de normas preestabelecidas pelos Legislativos e, na verdade, detêm as informações estratégicas e o *know how* da organização dessas políticas.¹⁴

Esses *standards* legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade.¹⁵ Para realizar essa abertura, muitas leis utilizam conceitos vagos e fluidos, que conferem à Administração um âmbito de responsabilidade própria para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras.

Por isso, há bastante variação na *densidade normativa* das leis administrativas, especialmente nas áreas da saúde pública, do fomento econômico, do

¹² Streck, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002, p. 115.

¹³ Derani, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*, 1997, p. 201.

¹⁴ Di Pietro, M. Sylvia Z. *Discricionariedade administrativa...*, 1991, p. 22.

¹⁵ França, Vladimir R. *Invalidação judicial da discricionariedade...*, 2000, p. 34.

planejamento espacial, do controle urbanístico e da proteção ambiental. A estrutura normativa desses diplomas legais também não é uniforme: nem sempre eles são programados na forma *condicional*, seguindo o código “se A acontecer, então seja B”, característica do Direito Privado e do Direito Penal.

Muitos desses textos legais deixam de apresentar as tradicionais *hipóteses* de ação e prescrevem a perseguição de determinados objetivos, fins e metas, o que necessariamente abre uma maior liberdade de decisão para os governos e os órgãos administrativos que as implementam. Nas normas sobre planejamento administrativo (setorial e espacial), o “esquema se-então” foi substituído quase totalmente pelo “esquema fim-meio”.¹⁶

Tecnicamente, essa diminuição de vinculação legal se opera através do uso de *conceitos jurídicos indeterminados* e da concessão de *discrecionariade*, dois termos que podem ser distintos, mas servem para o mesmo objetivo, como veremos adiante. A origem desses conceitos indeterminados é o Direito Privado, no qual o juiz deve concretizar diariamente termos como “boa-fé”, “vícios ocultos”, “bons costumes”, referentes a contratos etc. Na área do Direito Administrativo, no entanto, os tribunais normalmente só controlam as decisões que já foram tomadas anteriormente pelos órgãos administrativos.

Onde os parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, ou concedem amplos espaços de decisão para escolher os meios adequados para a solução dos casos concretos, diminui a vinculação da atuação da Administração Pública. Nesses casos, o legislador transfere para a Administração uma parte de sua “liberdade de conformação legislativa” (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*).¹⁷ Visto por este ângulo, a discrecionariade é “a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize correspondendo às necessidades de cada momento”.¹⁸

Essa *densidade mandamental* das normas varia segundo as exigências materiais para a solução dos problemas nas diferentes áreas do Direito Administrativo e encontra os seus limites no princípio da “reserva da lei” (*Vorbehalt des Gesetzes*), segundo o qual o próprio Legislativo, em virtude de sua maior legiti-

¹⁶ Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1997, p. 113.

¹⁷ Hofmann, Christian. Der Beitrag der neueren Rechtsprechung..., 1995, p. 745.

¹⁸ Fiorini, B. A. apud Di Pietro, M. Sylvia Z. Discrecionariade administrativa..., 1991, p. 42.

mação democrática, deve decidir sobre as questões públicas mais importantes, especialmente onde houver interferências nos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também onde o Estado Social efetua prestações, que devem ser distribuídas de forma ordenada e igualitária (v.g.: subvenções).¹⁹ Nessas áreas sensíveis, as normas que atribuem poderes à Administração Pública devem ser *específicas*, e não somente genéricas. No entanto, uma excessiva reserva da lei entraria em choque com o princípio da divisão equilibrada dos Poderes e menosprezaria a legitimação democrática dos outros órgãos do Estado.²⁰

Dessa forma, há cada vez mais decisões e medidas administrativas que somente podem ser tomadas na base de uma ponderação das condições e circunstâncias concretas e que não são abertas para uma previsão legal mais densa. Nesses casos, a norma legal recua em favor de uma decisão justa na situação individual.²¹ Outra consequência dessa reduzida intensidade da *programação normativa* é uma restrição do controle judicial, que sempre está adstrito às leis e ao Direito.

Assim, pode-se afirmar que a independência do administrador frente ao legislador e a sua independência em relação ao controle judicial são “as duas caras da mesma moeda”.²² O grande problema reside justamente na fixação racional: até onde pode e deve ir o controle judicial dos diferentes atos administrativos.

3. EVOLUÇÃO DA MATÉRIA NO BRASIL: A DISTINÇÃO RÍGIDA ENTRE ATOS “VINCULADOS” E “DISCRICIONÁRIOS” E O SEU FRACIONAMENTO EM ELEMENTOS

Ainda prevalece em muitos manuais do Direito Administrativo brasileiro a distinção rígida entre atos administrativos *vinculados*, definidos como aqueles

¹⁹ Cf. Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 199ss.; Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional..., 1998, p. 639ss.

²⁰ Zippelius, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 1997, p. 395. Uma restrição parcial da reserva da lei representa a “teoria da essencialidade” (Wesentlichkeitstheorie) da Corte Constitucional alemã, que exige do legislador somente uma “decisão orientadora”, mas deixa ao Governo e à Administração a regulamentação do “núcleo central” do assunto, na medida em que a essência de uma questão administrativa a justifique ou a exija.

²¹ Ossenbühl, Fritz. Op. cit., p. 206.

²² Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 84.

atos para os quais “a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão”, e atos administrativos *discricionários*, que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.²³

Sem dúvida, existem medidas em que a atuação administrativa está plenamente predeterminada pelo texto legal, como ocorre na edição de atos que têm como objeto cálculos matemáticos (v.g.: direito tributário, de previdência, de remuneração) ou trabalham com conceitos plenamente objetivos (v.g.: idade de pessoas, distância entre prédios etc.). Estes “conceitos determinados”, no entanto, representam apenas uma ínfima parte dos casos que batem às portas do Judiciário.

Muito mais comuns são conceitos legais, que possuem natureza *empírica* e *descritiva*, referindo-se a objetos que participam da realidade, isto é, que são “fundamentalmente perceptíveis” pelos sentidos, como “homem”, “animal”, “fruta”, “casa”, “óbito”, “doença”, “acidente”, “vermelho”, em que normalmente surgem poucas dúvidas a respeito das possibilidades de interpretação. O conteúdo desses conceitos pode ser fixado objetivamente com recursos à experiência comum ou a conhecimentos científicos.²⁴

Mais abertas (e complicadas) se apresentam as normas que utilizam conceitos *normativos*²⁵ e, especialmente, os *valorativos*, como “interesse público”, “utilidade pública”, “urgência”, “pobreza”, “idoneidade pessoal”, “notório saber”, “conduta ilibada”, “bons costumes”, “valor histórico ou artístico”, “estética da paisagem” ou “condições ambientais salubres”. A interpretação desses conceitos pelos órgãos administrativos e seu controle judicial é bastante problemática, como veremos adiante.

Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza dife-

²³ Meirelles, Hely L. *Direito Administrativo*, 1989, p. 143s.; cf. também: Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 2000, p. 125s.

²⁴ Cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1997, p. 25s.; Couto e Silva, Almiro do. *Poder discricionário*..., 1991, p. 232.

²⁵ Estes seriam os conceitos, que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos, mas que podem ser compreendidos somente em conexão com o mundo das normas, como roubo, menor, casamento etc. (cf. Sousa, António F. de. *Op. cit.*, p. 27).

rente do ato “discricionário”, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador *quantitativa, mas não qualitativa*.²⁶ A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.

A qualificação de um ato administrativo como “plenamente vinculado” - ainda comum na doutrina e jurisprudência do Brasil²⁷ - parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, que pregava que normas legais “serviriam de prontuários repletos e não lacunosos para dar solução aos casos concretos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de automaticamente (*sic*) aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade”.²⁸ Ao mesmo tempo, a idéia de “conceitos tecnicamente precisos” constitui um legado da Jurisprudência de Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que acreditava na definição da “única solução correta do caso específico”.²⁹

Está com razão Mello³⁰ quando critica que a “simplificada linguagem vertida na fórmula ‘ato discricionário’ e ‘ato vinculado’” tem levado a “inúmeras e desnecessárias confusões” e “despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas *supostas categorias* antagônicas”. Segundo ele, dessa falta de precisão conceitual “resulta o daníssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais”. Na verdade, “vinculação e discricionariedade se entrelaçam” em vários aspectos, tema este de que trataremos adiante.

Para os (des)caminhos da doutrina brasileira nesse campo, certamente contribuiu a Lei da Ação Popular (n.º 4.717/65), que estabeleceu uma subdivi-

²⁶ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 459.

²⁷ Cretella JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo, 1998, p. 148ss.; Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo, 1995, p. 87s.; Reis, José Carlos V. dos. As normas constitucionais programáticas..., 2003, p. 197s.

²⁸ Freitas, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, 1995, p. 325.

²⁹ Neves, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, 2001, p. 358.

³⁰ Mello, C. A. Bandeira de. Relatividade da competência discricionária, 1998, p. 50s., 55 (destaque no original); no mesmo sentido: Poltronieri, Renato. Discricionariedade dos atos administrativos..., 2002, p. 135.

são dos atos administrativos em diferentes *elementos* e os conceituou.³¹ De acordo com essa classificação, a doutrina considera elementos “sempre vinculados” a *competência* do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado), a sua *forma* (revestimento exterior do ato) e a sua *finalidade* (resultado a ser alcançado com a prática do ato), enquanto o seu *motivo* e o seu *objeto* “constituem a residência natural da discricionariedade administrativa”³² e podem agasalhar o *mérito* da decisão.

Consideram-se o *motivo* (ou a causa) do ato os pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam a sua realização, podendo vir expresso em lei (ato “vinculado”) ou ser deixado ao critério do administrador (ato “discricionário”) quanto à sua existência ou valoração. O motivo *material* reside na situação jurídica subjetiva que ensejou a expedição do ato, enquanto o motivo *legal* advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.

Como o *objeto* (ou conteúdo) do ato administrativo é tomado aquilo que o ato dispõe, enuncia, certifica (o efeito jurídico imediato), podendo ser vinculado, quando a lei estabelecer um único como possível para atingir determinado fim, ou discricionário, quando houver vários objetos, e a Administração puder escolher um deles para alcançar o mesmo fim.³³

No Brasil, a discussão sempre tem girado com mais intensidade em torno da *finalidade* do ato. Foi o Direito francês que mais influenciou a doutrina no trato do tema da discricionariedade e seu controle, tendo a teoria do “desvio do poder” (*détournement de pouvoir*) sido amplamente adotada por aqui.³⁴ Segundo ela, devem ser anulados atos com fins estranhos ao interesse público ou atos empregados para alcançar fins administrativos diversos dos previstos na

³¹ “Art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único - Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (Destques nossos.)

³² França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade..., 2000, p. 100.

³³ Cf. Meirelles, Hely L. Direito Administrativo, 1989, p. 130s.; Seabra Fagundes, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 1984, p. 21ss.

³⁴ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 95; Mancuso, Sandra R. A concreção do poder discricionário..., 1992, p. 66; Mello, C. A. Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial, 1998, p. 49-83.

lei.³⁵ Até pouco tempo atrás, a grande maioria das contribuições na literatura administrativista tem-se limitado à discussão desses aspectos.³⁶

A referida ênfase da doutrina nacional no combate ao desvio da finalidade dos atos administrativos certamente foi justificada, se consideramos os fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o privado, problema este que, até hoje, talvez seja o maior da Administração Pública brasileira.³⁷

Esse tipo de controle, contudo, não resolve o problema da possibilidade da revisão de decisões administrativas nas diferentes áreas de intervenção do Estado moderno, onde uma boa parte da doutrina e da jurisprudência costuma alegar a impossibilidade do controle do "mérito"³⁸ do ato administrativo, que assinala o núcleo da discricionariedade, resultado de considerações extrajurídicas, de *oportunidade* ou *conveniência*, os quais seriam imunes à revisão judicial. No entanto, a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível.

A própria palavra *mérito*, oriunda da doutrina italiana, "tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo" na doutrina brasileira e significa nada mais do que o resultado do exercício regular de discricionariedade.³⁹ É lamentável que a expressão tem servido de "palavra mágica que detém o con-

³⁵ Exemplos clássicos são a remoção de funcionário para fins de punição e a fixação de horários de linhas de ônibus, que serve de pretexto para beneficiar determinada empresa; cf. Farias, Edilsom. Técnicas de controle da discricionariedade administrativa, 1994, p. 163ss.

³⁶ V.g.: Farias, Edilsom. Op. cit.; Hentz, Antonio S. Considerações atuais sobre o controle da discricionariedade, 1993, p. 130ss.; Cademartori, Luiz Henrique U. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito, 2001, passim. Nesse contexto, o autor mais citado é o português A. Rodrigues Queiró (Reflexões sobre a teoria do «desvio de poder» em Direito Administrativo, 1940; A teoria do desvio de poder do Direito Administrativo, Rev. de Direito Administrativo, n.º 6, p. 41ss.).

³⁷ Barroso, Luís R. Público, privado e o futuro do Estado no Brasil, 2003, p. 107; sobre o fenômeno da corrupção e os meios jurídicos para o seu combate, vide Sarmento, George. Improbidade administrativa, 2002, p. 25ss.

³⁸ A Lei n. 221, de 1894, rezava, no seu art. 13, § 9, a): "(...) A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade"; cf. Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 235s.

³⁹ Moreira Neto, Diogo de F. Legitimidade e discricionariedade, 1991, p. 31s., 34.

trole do Poder Judiciário sobre os atos da Administração”.⁴⁰ Entretanto, vale ressaltar que, hoje, no Direito positivo brasileiro, inexiste qualquer regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade. Em geral, pode-se afirmar que a extensão e o alcance do controle judicial da atividade administrativa constituem, até hoje, matéria pouco pacífica no Direito brasileiro.⁴¹

A referida subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência e do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculado x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Passos afirma que este “fracionamento artificial” do ato jurídico administrativo “exerce uma função de imunização dos elementos chamados ‘internos’ (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado (...)”.⁴²

Também não convence a classificação em motivos “expressos em lei” e motivos “deixados ao critério do administrador”. Afirmações como “o motivo, quando expresso em lei, será um elemento vinculado”⁴³ ou “embora o motivo fático possa constituir elemento discricionário, o motivo legal sempre será vinculado”⁴⁴ pecam por não considerar suficientemente a relação complexa e dinâmica entre os variados tipos de pressupostos (técnicos, de experiência, valorativos, de prognose etc.) assentados nos textos legais e a sua concretização pelos intérpretes nos casos concretos.⁴⁵ Deve ficar sempre claro que o grau da vincu-

⁴⁰ Di Pietro, M. Sylvia Z. *Discricionariedade administrativa...*, 1991, p. 91. C. R. de Siqueira Castro observa que “vigora no Brasil uma perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos discricionários (...)”, fato que, segundo ele, “revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontestabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum” (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis*, 1989, p. 186s.).

⁴¹ França, Vladimir R. *Invalidação judicial da discricionariedade...*, 2000, p. 122.

⁴² Passos, Lúcia Helena F. da C. *Discricionariedade administrativa e justiça ambiental*, 2001, p. 457.

⁴³ Meirelles, Hely L. *Direito Administrativo...*, 1989, p. 130; Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*, 1995, p. 65s.

⁴⁴ Cf. França, Vladimir R., *Invalidação judicial da discricionariedade*, 2000, p. 101.

⁴⁵ Vale frisar que a Lei n.º 9.784, de 1999, que regula o processo da Administração Pública Federal, não menciona mais o motivo do ato, que, em termos rígidos, nem faz parte dele, mas representa o “suporte fático” da tomada da decisão administrativa; cf. Figueiredo, Lúcia V. *Curso de Direito Administrativo*, 2001, p. 178s. Sobre o complexo processo de aplicação dos conceitos legais aos fatos vide Poltronieri, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos...*, 2002, p. 164ss.

lação do “motivo” depende da densidade conceitual-lingüística dos termos empregados na respectiva lei, que é altamente variável.⁴⁶

No entanto, pode-se observar também que a moderna doutrina brasileira do Direito Administrativo defende com veemência a ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade; ao contrário, a jurisprudência, até hoje, apresenta uma “atitude mais contida de auto-restrição” quanto ao controle do mérito do ato administrativo.⁴⁷

4. ORIGENS DA TEORIA ALEMÃ DOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” E AS MUDANÇAS DOUTRINÁRIAS NESSE PAÍS SOBRE O ASSUNTO

Normalmente, os diplomas jurídicos são compostos por duas partes: a *hipótese* da norma, onde são descritos os fatos que podem ocorrer (fato-tipo),⁴⁸ e o seu *mandamento*, no qual se definem as consequências jurídicas que incidem caso os fatos descritos ocorram.⁴⁹

É importante ressaltar que, dentro do âmbito da discricionariedade, devemos distinguir entre a decisão do órgão administrativo, *se* ele vai agir ou não, e a decisão do órgão, *como* ele vai agir, o que envolve o poder de escolha entre várias possibilidades. A íntima interligação e as interdependências entre essas duas partes do ato administrativo serão abordadas em seguida.

No fim do século XIX, na Áustria, Bernatzik entendia que conceitos abertos como “interesse público” teriam que ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade da revisão da decisão pelos tribunais. Tezner, contrário a essa teoria, exigia um controle objetivo de *todos* os conceitos normativos - inclusive os vagos - das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos.⁵⁰

⁴⁶ Cf. Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 54.

⁴⁷ Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 53.

⁴⁸ Pontes de Miranda utiliza a expressão suporte fático, que se aproxima mais ao termo alemão Tatbestand; a consequência (ou o mandamento) da norma, nessa teoria, é denominado preceito.

⁴⁹ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 50.

⁵⁰ A respeito dos detalhes dessa disputa no antigo Direito Administrativo da Áustria e da Alemanha, vide Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 34-44.

Apesar da ampla aceitação dessa última tese, foram criados, em seguida, limites cada vez mais rígidos para o controle judicial das decisões administrativas, sob a alegação de que certos tipos de conceitos legais (os *de valor* e o onipresente *interesse público*) abririam espaço para a “atitude individual” da Administração e exigiriam uma acurada investigação da questão para cada caso.⁵¹ Surgiu, assim, a doutrina dos “conceitos jurídicos indeterminados”, os quais não foram mais considerados como uma expressão da discricionariedade, mas plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante *interpretação*.⁵²

Especialmente após a criação da República Federal da Alemanha, o poder discricionário foi consideravelmente reduzido por parte da doutrina e da jurisprudência. A amarga experiência do regime nazista, que erradicou o controle judicial dos órgãos governamentais e administrativos do regime totalitário, contribuiu para um aumento expressivo do controle judicial em várias áreas da Administração Pública no período pós-guerra. A partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o reforço do princípio da *reserva da lei* e a garantia constitucional de uma plena proteção judicial contribuíram para que a doutrina e a jurisprudência, num primeiro momento, adotassem amplamente a linha de que o emprego de conceitos indeterminados numa hipótese legal não atribuía qualquer discricionariedade.⁵³

Fator decisivo nesse desenvolvimento na Alemanha foi também um sentimento enraizado (porém pouco refletido) de desconfiança em relação à Administração e, por outro lado, uma confiança sólida no trabalho do Judiciário, que se tornou - apesar da sua subserviência em relação ao governo nazista - depósito de esperança da sociedade na jovem República Federal da Alemanha.⁵⁴ Acreditava-se também na plena viabilidade da *decifração* das decisões administrativas pelos tribunais através dos meios modernos de hermenêutica, como a jurisprudência de interesses, a interpretação teleológica, a interpretação conforme a constituição etc.⁵⁵

⁵¹ Especialmente G. Jellinek; cf. Ehmcke, Horst. Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte, 1981, p. 177ss.

⁵² Cf. Sousa, Antônio F. de. Op. cit., p. 45s.

⁵³ Bullinger, Martin. Verwaltungsermessen im modernen Staat, 1986, p. 139s.; Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 66.

⁵⁴ Starck, Christian. Das Verwaltungsermessen..., 1991, p. 172s.; Maus, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, 2000, p. 148ss.

⁵⁵ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 461.

No entanto, vale frisar que a teoria alemã da discricionariedade desenvolveu-se, em vários aspectos, de modo diferente relativamente a concepções jurídicas estrangeiras, encontrando-se ainda atualmente em complexo processo de transformação. Assim, na grande maioria dos países europeus,⁵⁶ não está sendo utilizada uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: a própria ordem jurídica da União Européia não os diferencia, a exemplo da França e da Grã-Bretanha.

Na própria Alemanha, essa diferenciação se tornou dominante na doutrina somente nos anos 50 do século XX; antes, falava-se da discricionariedade *cognitiva* e da discricionariedade *volitiva*.⁵⁷ Vale ressaltar, portanto, que aquilo que em outros sistemas teria sido considerado como discricionariedade, na Alemanha passou a ser visto como hipótese de interpretação legal, passível de controle pelo Judiciário.⁵⁸

A teoria do controle abrangente dos conceitos indeterminados empregados nas leis administrativas veio atribuindo aos tribunais alemães um extenso poder de substituição das valorações efetuadas pela Administração. Assim, até o fim dos anos 70 do século passado, existiu nas áreas do Direito das Construções, de Polícia, Econômico e Ambiental (v.g. poluição do ar e da água, reatores nucleares, proteção da paisagem) um controle judicial *quase total* dos conceitos legais indeterminados. Os apelos de integrantes da doutrina direcionados ao Poder Judiciário para o exercício de uma maior auto-restrição lograram ter pouco efeito.⁵⁹

Desde então, contudo, houve uma mudança na doutrina administrativista deste país, que começou a criticar a propriedade teórico-normativa e efetivo-funcional desse controle judicial abrangente. Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade;⁶⁰ hoje, eles representam talvez a maioria. Por isso, é equivocada a afirmação de vários autores brasileiros de que a posição, que distingue rigidamente entre conceitos

⁵⁶ Starck, Christian. Op. cit., p. 168.

⁵⁷ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 208.

⁵⁸ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 73.

⁵⁹ Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 337s.

⁶⁰ Starck, Christian. Das Verwaltungsermessen..., 1991, p. 168.

indeterminados e discricionariedade, refletiria a linha da “moderna” doutrina alemã.

Continua válida a aguda crítica de Ehmcke, de que o problema da discricionariedade não está limitado às chamadas “normas de poder” (que deixam expressamente uma margem de escolha) ou a “conceitos indeterminados”. As primeiras (do tipo: “o órgão *pode* tomar medidas...”) são capazes de atribuir ao órgão administrativo uma liberdade de escolha muito menor do que certos conceitos indeterminados. E há até conceitos que, à primeira vista, aparentam ser determinados, porém podem, perante casos complexos, abrir ao administrador uma liberdade expressiva de atuação.⁶¹

Parece equivocada também a distinção rígida no tratamento do controle dos conceitos jurídicos indeterminados - que exigem *interpretação*, sendo o seu pleno controle judicial a regra - e, por outro lado, dos atos discricionários como decisões baseadas na conveniência e oportunidade, sindicáveis somente em casos de graves erros de avaliação ou arbitrariedade. Muitas vezes, a questão não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal.⁶²

Assim, uma lei com o teor “caso existir um perigo para a saúde pública, o órgão competente *pode* determinar medidas de vacinação” concede ampla discricionariedade à Administração no lado da *consequência* da norma, no “*como agir*”. No entanto, a lei poderia, sem nenhuma alteração material de conteúdo, apresentar também o seguinte teor: “Caso existir um perigo para a saúde pública e medidas de vacinação parecerem necessárias, o órgão competente *deve* determinar obrigações de vacinação”.⁶³ Neste caso, a “liberdade” discricionária (pouco sindicável) do órgão administrativo na parte da consequência legal (o *como agir*) foi transferida para a área da hipótese (fato-tipo) da atuação (o *se agir*),⁶⁴ e, portanto, para um conceito jurídico indeterminado, que, por sua vez, seria plenamente sindicável pelos tribunais, segundo o entendimento exposto.

⁶¹ Cf. Ehmcke, Horst. Beiträge zur Verfassungstheorie, 1981, p. 202.

⁶² Starck, Christian. Das Verwaltungsmessen..., 1991, p. 168s.; Herdegen, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen..., 1991, p. 749.

⁶³ Starck, Christian. Op. cit. Do mesmo jeito, o teor legal “O órgão policial pode tomar as medidas necessárias para combater um perigo para a segurança pública” pode ser alterado para “Onde existir um perigo para a segurança pública e medidas para o seu combate forem necessárias, as mesmas devem ser tomadas pelo órgão policial”.

⁶⁴ Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, 1983, p. 226s.

Nessa linha, um número crescente de integrantes da doutrina alemã moderna considera possível a existência desses espaços livres e até de discricionariedade no lado da *hipótese* da norma.⁶⁵ E é importante lembrar também que outras normas legais prevêm um “acoplamento” (*Kopplung*) de conceitos indeterminados com o exercício de discricionariedade, sendo que a decisão sobre a consequência já é tomada na concretização valorativa da hipótese, o que transforma o ato de subsunção objeto de uma decisão discricionária *única*.⁶⁶

Vale lembrar também que uma rigorosa separação entre a hipótese e o mandamento da norma “revela uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”.⁶⁷ Assim, é cada vez maior o número de autores alemães que entendem que o legislador *habilita* (explícita ou implicitamente) a Administração para *completar* ou aperfeiçoar, no ato de aplicação, uma hipótese normativa incompleta ou concretizar uma norma aberta.⁶⁸

5. A RECEPÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA

Como vimos, os conceitos indeterminados, como bem comum, mulher honesta, boa-fé, probidade, propriedade, crédito ou pudor possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. Esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis estatais e fundamentos de decisões jurídicas, segundo Adeodato, “são opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal (...)”.⁶⁹

⁶⁵ Herdegen, Matthias. Op. cit., p. 749.

⁶⁶ Como no caso da autorização legal para o fisco de isentar o contribuinte do pagamento de determinado imposto sob a condição de que a sua cobrança, no caso concreto, seria infúqua.

⁶⁷ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 230.

⁶⁸ Herdegen, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen..., 1991, p. 749.

⁶⁹ Adeodato, João M. Ética e retórica, 2002, p. 280.

Segundo a famosa “teoria dos degraus” (*Stufenlehre*), de Kelsen e Merkl, todo o sistema jurídico é composto por uma pirâmide de normas gerais (constituição, leis, decretos, estatutos) e individuais (decisão judicial e ato administrativo), as quais possuem - ao lado dos determinantes previamente formulados nas normas superiores - conteúdos autônomos, não previamente fixados, e por isso representam, no sentido estrito, atos de *criação* jurídica, através de uma atividade *volitiva*.⁷⁰

Essa teoria já reconhecia que toda concretização de normas jurídicas gerais e abstratas no caso específico não constitui uma “operação matemática” e que a regra individual não está prefixada plenamente pela lei. A determinação ou indeterminação de uma norma jurídica geral não é considerada um critério qualitativo (principiológico), mas meramente *quantitativo* (gradual), e o Direito representa um processo dinâmico de produção jurídica em vários níveis, cujo degrau mais baixo é chamado de discricionariedade (*Ermessen*). Nessa visão, não existe diferença entre a aplicação da lei e a discricionariedade.⁷¹

É interessante observar que há doutrinadores que não querem fazer qualquer distinção entre exercício de discricionariedade e interpretação de conceitos legais indeterminados, enquanto outros insistem em ressaltar a diferença.⁷² No entanto, parece extremamente difícil - e provavelmente impossível - fixar critérios para definir-se onde termina o trabalho de interpretação e começa a discricionariedade.⁷³

Ao contrário da referida doutrina germânica, a maioria dos autores brasileiros aceita que a discricionariedade pode estar localizada na hipótese *ou* no mandamento da norma, visão que tem respaldo na referida teoria dos diferentes elementos do ato administrativo, que entende que o *motivo* bem como o *objeto* podem conter juízos discricionários.⁷⁴ Todavia, há também um número crescente de doutrinadores nacionais⁷⁵ que rejeita a idéia de que a discricionariedade

⁷⁰ Kelsen, Hans. Teoria pura do Direito, 1984, p. 469s.

⁷¹ Rupp, Hans H. “Ermessen”, “unbestimmter Rechtsbegriff”..., 1987, p. 459.

⁷² V.g.: Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 21 (rod. n.º 8, c).

⁷³ Cf. Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 83s.

⁷⁴ Assim, v.g.: Mello, C. A. Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial, 1998, p. 19s., 86ss.; Di Pietro, M. Sylvia Z. Op. cit., p. 54; Poltronieri, Renato. Discricionariedade dos atos administrativos..., 2002, p. 133s.; Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 42, 72s.

⁷⁵ Grau, Eros R. Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 310ss.; Figueiredo, Lúcia V. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 196, 212; Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 232s.; França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade, 2000, p. 100ss., 110; Reis, José C. V. dos. As normas constitucionais programáticas..., 2003, p. 205.

administrativa possa estar localizada nas expressões vagas e fluidas dos termos indeterminados legais, enfatizando que estes devem ser preenchidos através de um ato de interpretação *intelectiva* ou *cognitiva*.⁷⁶

Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos⁷⁷ jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de *abertura* das normas jurídicas, carecedoras de complementação.⁷⁸ Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.⁷⁹ A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do *tipo* de conceito utilizado pelo texto legal,⁸⁰ o que veremos adiante.

Visto por este ângulo, pode-se afirmar que a discricionariedade tem a natureza de uma "técnica ordinária", uma solução normal face à impossibilidade de tudo se prever na letra da norma, e que ela constitui menos um *poder* específico da Administração do que um tipo de *competência*, o que "facilita a absorção da idéia que ela pode ser controlada judicialmente quanto a seus limites".⁸¹

A pergunta é, justamente, até que ponto a teoria da distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade - que, como vimos, encontra cada vez menos seguidores na própria doutrina alemã,⁸² que procura adequar-se à

⁷⁶ A maioria com referência expressa às lições do espanhol E. García de Enterría, que, por sua vez, foi fortemente influenciado pela doutrina germânica mais antiga; vide sua obra mais recente *Democracia, jueces y control de la administración*, 1998, p. 243ss.

⁷⁷ Merece registro que, para Eros R. Grau, conceitos (= idéias universais) não podem ser "indeterminados", mas somente as suas expressões, os termos; esta afirmação foi criticado por Celso A. Bandeira de Mello; cf. Grau, Eros R. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2003, p. 196ss. Essa questão, entretanto, é pouco importante para os objetivos deste trabalho. Como já vimos, ambos os juristas defendem posições bastante avançadas em relação à discricionariedade administrativa e seu controle judicial, as quais, infelizmente, ainda não foram recepcionadas plenamente por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais.

⁷⁸ Moraes, Germana de O. *Op. cit.*, p. 71s.; a autora segue, em grande parte, as lições do português J. M. Sérvulo Correia (*Noções de Direito Administrativo*, 1982).

⁷⁹ Mancuso, Sandra R. *A concreção do poder discricionário...*, 1992, p. 70.

⁸⁰ Costa, Regina H. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1989, p. 52; vide também: Moresco, Celso L. *Conceitos jurídicos indeterminados...*, 1996, p. 87ss.

⁸¹ Moreira Neto, Diogo de F. *Legitimidade e discricionariedade*, 1991, p. 25s., 33.

⁸² Sánchez Morón critica que essa teoria germânica, que já está em pleno declive no seu país de origem, continua tendo plena aceitação na doutrina e jurisprudência da Espanha (*El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, 1991, p. 123).

nova Ordem Jurídica Européia - pode levar a avanços no trato da questão no Brasil, onde os referidos autores há algum tempo defendem a sua adoção. Parece que, por aqui, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento para a melhoria da sistematização do controle da discricionariedade administrativa e até para a sua redução, como tem acontecido na Espanha.⁸³

Ao mesmo tempo, é de lembrar que a jurisprudência brasileira já tem utilizado diferentes critérios para o controle de conceitos jurídicos indeterminados, com consideráveis variações na linha de argumentação e na profundidade do controle.⁸⁴ No entanto, a tendência sempre tem sido a vedação da sindicância judicial desses conceitos.

Uma interessante exceção existe no âmbito do tombamento, onde o Supremo Tribunal Federal,⁸⁵ já nos anos 40 do século passado, atribuiu ao Judiciário o pleno controle do mérito da decisão sobre o *valor histórico ou artístico* de bens e objetos. Essa decisão, que foi amplamente recepcionada pela doutrina,⁸⁶ na verdade, antecipou a linha adotada no Brasil com a edição da Lei da Ação Civil Pública, como veremos adiante. Infelizmente, o seu raciocínio da sua fundante foi pouco estendido para outras áreas do Direito Administrativo.

Assim, a referida distinção dogmática certamente é válida para mostrar que muitos atos discricionários da Administração brasileira permitem e merecem um maior controle por parte dos tribunais, especialmente as decisões que estão baseadas na interpretação de conceitos normativo-objetivos e de experiência. De qualquer forma, a sindicância deve abranger não somente os atos assinalados pela doutrina mais antiga de "vinculados", que representam só uma pequena minoria. A diferenciação pode levar também a uma redução conceitual da nebulosa expressão do *mérito* do ato administrativo e sujeitar ao controle judicial

⁸³ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 43.

⁸⁴ Leonel Ohlweiler (Direito Administrativo em perspectiva, 2000, p. 40ss.) mostra que esse controle judicial deu-se sob os aspectos da finalidade legal e da razoabilidade, em relação a conceitos como "prática forense" (concurso público), "necessidade de serviço" (deslocamento de funcionário) ou "boa saúde" (nomeação de funcionário), além da "utilidade pública" (desapropriação). A respeito deste último, vale mencionar que, segundo o Decreto-Lei n.º 3.365/41, art. 9º, é vedado ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

⁸⁵ STF - AC 7.377-DF - 1. Turma - rel. Min. Castro Nunes, j. 19.8.1943;

⁸⁶ Cf. Mukai, Toshio. Direito Urbano-Ambiental brasileiro, 2002, p. 160s.

uma boa parte dos casos, que antes se considerava estarem motivados por razões de conveniência e oportunidade.⁸⁷

6. CONCESSÃO DE “ESPAÇOS DE LIVRE APRECIÇÃO” À ADMINISTRAÇÃO

Como vimos, uma importante parte da doutrina germânica atual já não aceita mais uma diferença substancial entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados. Em vez disso, começou-se a falar de novo - o que já era comum antes de 1949 - da discricionariedade de decisão (*Entscheidungsermessen*) e da discricionariedade de atuação (*Handlungsermessen*).⁸⁸ Cada vez mais autores⁸⁹ destacam as “íntimas afinidades estruturais” (com diferenças apenas quantitativas, não qualitativas) ou um “parentesco estrutural” entre a discricionariedade *stricto sensu* (no lado da consequência da norma) e os outros tipos de liberdade de decisão administrativa, especialmente o chamado “espaço de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*), existente em alguns conceitos jurídicos indeterminados, que será apresentado em seguida.

Ao mesmo tempo que a doutrina alemã mais antiga começou, há mais ou menos 50 anos, a expulsar a discricionariedade da hipótese da norma e a defender o controle judicial integral dos conceitos jurídicos indeterminados, ela admitiu, por outro lado, “espaços de livre apreciação” da Administração em relação a certos conceitos de *valor* e de *prognose*, que exigiam avaliações e ponderações mais complexas, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos tribunais. Segundo essa linha, nos casos altamente duvidosos, a “prerrogativa de avaliação” (*Einschätzungsprärogative*)⁹⁰ cabe aos órgãos administrativos, que estão mais perto dos problemas e melhor aparelhados, não devendo haver uma revisão abrangente do Judiciário.⁹¹

⁸⁷ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 237.

⁸⁸ Maurer, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo, 2001, p. 56.

⁸⁹ V.g.: C. Starck, H. Sendler, H. Dreier, M. Herdegen, E. Schmidt-Aßmann, W. Brohm, I. Richter, G. F. Schuppert; cf. Bacigalupo, M. La discrecionalidad, 1997, p. 31, 173.

⁹⁰ A expressão é de Bachof, Otto. *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, 1955, p.97ss.

⁹¹ Couto e Silva, Almiro do. Poder discricionário..., 1991, p. 232.

Pressionado por setores da Administração Pública, especialmente dos municípios, que se sentiram indevidamente tutelados na sua atuação funcional, o Tribunal Federal Administrativo alemão,⁹² no fim dos anos 70 do século passado começou a reduzir, de forma cautelosa, a densidade de controle de suas decisões, reforçando a responsabilidade dos órgãos administrativos em detrimento de uma plena sindicância judicial.⁹³ Essa limitação do controle jurisdicional foi levada a cabo em casos que envolveram um alto grau de necessidade de interpretação valorativa, como avaliações pessoais de funcionários, situações de exame e concurso, decisões de prognose na área econômica e técnica, atos de planejamento e a avaliação de riscos complexos.⁹⁴ Alguns autores consideraram essa abertura eivada de inconstitucionalidade, por violar a garantia da plena justiciabilidade dos atos públicos.⁹⁵

Vale lembrar, no entanto, que o espaço de livre apreciação não é característica de *todos* os conceitos legais indeterminados. Essa “responsabilidade final” (*Letztverantwortlichkeit*) para decidir dificilmente é determinada pelo próprio legislador; na maioria dos casos, ela só pode ser obtida mediante interpretação da lei, a partir de uma análise da estrutura e do conteúdo do processo de decisão.⁹⁶ O referido espaço de livre apreciação cresce na medida em que o procedimento administrativo já prevê a participação dos indivíduos ou grupos interessados, e as decisões são tomadas por órgãos colegiados independentes, compostos paritariamente e dotados de alta especialização técnica.

Ao mesmo tempo, deve ser ressaltado que, desde o fim dos anos 80 do século passado, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), baseado na garantia do pleno controle judicial dos atos públicos, tem reduzido a abertura de espaços de livre apreciação dos órgãos administrativos, exigindo um reconhecimento expreso ou concludente do legislador, es-

⁹² O Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) é a última instância da “jurisdição administrativa” que, na Alemanha, representa um ramo específico do Poder Judiciário. A primeira instância possui câmaras (Kammern), compostas por três juízes de carreira e dois honoríficos; as primeiras duas instâncias são mantidas pelos estados federados, a última pela União, para manter a unidade material da jurisdição.

⁹³ Schulze-Fielitz, Helmuth. *Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte...*, 1993, p. 773.

⁹⁴ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 141.

⁹⁵ Art. 19, IV, da Lei Fundamental Alemã; cf. Kopp, Ferdinand O. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1986, p. 650s., 657ss. (§ 40, R. 32ss.).

⁹⁶ Redeker, Konrad. *Verfassungsrechtliche Vorgaben...*, 1992, p. 307.

pecialmente nas áreas da proibição de publicações nocivas para a juventude e da realização de provas e exames, por afetarem âmbitos altamente sensíveis para os direitos individuais.⁹⁷ Segundo a Corte, a limitação do controle judicial dos atos administrativos perde justificativa na medida em que aumenta a intensidade da afetação de direitos fundamentais.⁹⁸

Em geral, o raciocínio para determinar se a Administração goza (ou não) de uma margem de livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado deveria, em cada caso, se orientar pela questão da *competência técnica* da Administração e da possível *compensação procedimental* da programação normativa deficiente,⁹⁹ tema que trataremos mais adiante. Deve-se levar em conta também que essas situações normalmente envolvem avaliações e valorações, para que a Administração possui maior experiência ou competência, ou pressupõem decisões irrepetíveis ou insubstituíveis.

No fundo, a doutrina alemã da margem de livre apreciação trouxe de volta a discricionariedade para o âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, de onde ela tinha sido banida. Essa teoria teve sua recepção também no Brasil.

Para Grau, na interpretação de textos normativos que veiculem preceitos indeterminados, não existe apenas *uma* interpretação verdadeira, devendo o Judiciário se limitar a verificar se o ato administrativo é “correto”, isto é, se foram cumpridas as regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, se a lei foi interpretada de acordo com os princípios de avaliação “universalmente vigentes” e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco objetivas.¹⁰⁰

⁹⁷ BVerfGE n. 83, p. 130ss.; n. 84, p. 34ss.; n. 85, p. 36ss.; n. 88, p. 40ss.; NJW 1994, p. 1781ss. A decisão da Corte determinou o pleno controle judicial de controvérsias científico-técnicas entre examinandos e examinadores e julgou que estes não podem qualificar como errônea uma resposta sustentável ou fundamentada coerentemente com argumentos de peso, devendo os tribunais consultar peritos sobre a questão.

⁹⁸ Pieroth, B.; Kremm, p. Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, 1995, p. 780ss.

⁹⁹ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 219s.; Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 148ss.

¹⁰⁰ Segundo Eros Grau (Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 331), o juiz teria de apurar: a) se o ato se insere no quadro (na moldura) do Direito; b) se o discurso que o justifica se processa de maneira racional; e c) se ele atende ao código dos valores dominantes. No entanto, essa solução genérica não leva em consideração os diferentes graus de densidade do controle judicial, de acordo com o tipo de conceito indeterminado empregado (v.g.: juízos de valor, avaliações pessoais, provas e exames, prognose, planejamento etc.); vide também: Schulze-Fielitz, Helmuth. Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte..., 1993, p. 774ss.

Essa visão aproxima-se à de García de Enterría, para quem atos que envolvem juízos valorativos técnicos (v.g.: *significativo impacto ambiental*) ou políticos (v.g.: *utilidade pública*) proporcionariam à apreciação da Administração uma “certa presunção em favor de seu juízo” dentro da zona de incerteza do conceito indeterminado.¹⁰¹ É evidente que o autor espanhol, por sua vez, foi inspirado na “teoria da sustentabilidade” (*Vertretbarkeitslehre*),¹⁰² segundo a qual o controle judicial, nesses casos, se limita à verificação se a interpretação do conceito jurídico indeterminado pelo órgão administrativo pode ser sustentada e defendida com argumentos racionais.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a idéia de um controle judicial funcionalmente limitado também não colide, necessariamente, com a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional do art. 5º, inciso XXXV, da Carta brasileira de 1988.¹⁰³ Como já foi exposto, no Estado moderno seria inviável imaginar uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma Administração *autônoma*.¹⁰⁴ No entanto, o exercício dessa liberdade está intimamente adstrito ao dever de *motivação* dos atos administrativos.

7. A QUESTÃO HERMENÊUTICA: ASPECTOS “COGNITIVOS” E “VOLITIVOS” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

É paradigmática a frase de Sainz Moreno: “não existe Direito sem linguagem, da mesma maneira que não existe pensamento fora da linguagem”.¹⁰⁵ Partindo dessa premissa, muitos autores entendem a densidade normativa dos conceitos legais indeterminados como fenômeno lingüístico: no ato de interpretação sempre haveria áreas *claras* (“zona de certeza positiva”) onde os fatos se en-

¹⁰¹ García de Enterría, E. *Democracia, jueces y control...*, 1998, p. 137, 244s.

¹⁰² De Carl Heinrich Ule; cf. Sendler, Horst. *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, 1987, p. 337; Moraes, Germana de O. *Controle jurisdicional...*, 1999, p. 168s.

¹⁰³ Art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁰⁴ Nesse contexto, Germana Moraes (op. cit., p. 103s.) alerta que “a admissão de redutos incontroláveis reciprocamente, de certa forma, entra em choque com a expectativa predominante no Brasil, segundo a qual a atuação de qualquer um dos Poderes será revista, de forma plena, por um deles, nos termos previstos na Constituição”.

¹⁰⁵ Sainz Moreno, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1976, p. 97. A afirmação é expressão do “linguistic turn” da filosofia do Século XX.

quadram, de maneira evidente, na expressão do tipo legal, e áreas *escuras*, onde o aplicador da lei verifica, sem maiores dificuldades, que os fatos *não* podem ser enquadrados na hipótese da norma (“zona de certeza negativa”).¹⁰⁶ Aqui, os conceitos legais podem ser considerados “determinados”, e sua aplicação correta pela Administração deve ser plenamente controlada pelos tribunais.

Ao mesmo tempo, existem áreas *cinzentas* (“zonas de incerteza”), dentro das quais pode haver diferentes opiniões sobre a questão se a hipótese da norma foi preenchida pelos fatos do caso concreto. Nessas “zonas de penumbra”, contudo, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, somente se admite um controle judicial *parcial*.¹⁰⁷

Na terminologia da filosofia analítica da linguagem, fala-se dos três “candidatos” dos conceitos jurídicos indeterminados: os *positivos*, os *negativos* e os *candidatos neutros*, sendo estes últimos situados na referida zona de vaguidade.

A aplicabilidade (ou não) do conceito legal a seus candidatos neutros não pode ser deduzida mediante um juízo silogístico “certo”. A sua incidência não é *cognoscível* para o aplicador através de uma operação lógico-dedutiva, sendo a vaguidade justamente a antítese da cognoscibilidade. Conseqüentemente, é o próprio intérprete do conceito que deve *determinar* a sua aplicabilidade na sua zona de incerteza, através do exercício de sua vontade.¹⁰⁸ Num “vazio semântico”, é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou “complementação” da hipótese incompleta da norma (*Tatbestandsergänzung*).¹⁰⁹

Na verdade, deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo a qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente “intelectivo” e que somente pode haver *uma* solução correta, plenamente controlável pelos tribunais, como tem pregado a mais antiga doutrina germânica

¹⁰⁶ Na clássica lição de Philipp Heck, os conceitos possuem um “núcleo” (*Begriffskern*) e um “halo” (*Begriffshof*); cf. Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 58s.

¹⁰⁷ Moraes, Germana de O. Op. cit., p. 164.

¹⁰⁸ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 199s.

¹⁰⁹ Koch, Hans-Joachim. Unbestimmte Rechtsbegriffe..., 1979, p. 38s.; vide também: Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, 1983, p. 207.

administrativista.¹¹⁰ Na zona de incerteza de muitos conceitos, a cognição não parece ser apenas difícil, mas simplesmente *impossível*. Häberle criticou, já em 1970, a concepção demasiadamente estreita de interpretação e a idéia da possibilidade de apenas uma solução correta, que reinavam na doutrina e na jurisprudência da Alemanha sobre o controle dos conceitos indeterminados nas leis administrativas.¹¹¹

Em relação a qualquer termo legal que apresenta uma incerteza conceitual, a interpretação cognoscitiva combina-se, necessariamente, com um ato *volitivo* do aplicador do texto jurídico, através do qual ele “cria Direito” para um caso concreto ou aplica uma sanção.¹¹² Segundo Alexy, uma afirmativa normativa é “correta”, se ela pode ser o resultado de um procedimento específico, que é o *discurso racional*.¹¹³ Enfim, torna-se evidente que as decisões jurídicas não são obtidas pura e simplesmente dos conceitos legais, através do silogismo lógico formal,¹¹⁴ o qual, segundo a abordagem *retórica*, “*não é um método de decisão mas sim um estilo de apresentação da decisão judicial*”.¹¹⁵

Destarte, acontece que, na sindicância da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador, o juiz não deve controlar se o resultado dessa operação foi “o correto”, mas se o mesmo foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”. Ao mesmo tempo, os tribunais carecem, quase sempre, de parâmetros de controle suficientes que lhes permitam exercê-la em “estritos termos jurídicos” quando a atuação administrativa se move na *zona de penumbra* de um conceito jurídico indeterminado.¹¹⁶

¹¹⁰ Cf. Bacigalupo, Mariano. Op. cit., p. 139, 189s., 195s. Essa teoria foi introduzida por García de Enterría na Espanha, onde se tornou dominante. No Brasil, esta linha doutrinária - apesar de caduca no país de sua origem - até hoje vem ganhando espaço: cf. Ferrari, Regina M. M. N. Normas constitucionais programáticas, 2000, p. 209ss.; Figueiredo, Lúcia V. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 198ss.

¹¹¹ Häberle, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 595.

¹¹² Kelsen, Hans. Teoria pura do Direito, 1984, p. 469s.; cf. também Neves, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, 2001, p. 359.

¹¹³ Alexy, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, p. 81, 95.

¹¹⁴ Stamford, Artur. Decisão judicial, 2001, p. 50.

¹¹⁵ Sobota, Katharina. Não mencione a norma!, 1995, p. 257.

¹¹⁶ Andando na mesma linha, Eros Grau critica a confusão que prevalece entre vários autores da doutrina brasileira sobre o assunto (cf. Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 318).

É interessante ressaltar, nesse ponto, que a doutrina dominante e a jurisprudência da Alemanha, que aceitam - como vimos - certos espaços de livre apreciação da Administração, querem limitar essa liberdade para o ato de *subsunção* dos fatos concretos sob o texto legal, mas ainda recusam a idéia de que ela possa existir em relação ao próprio ato de *interpretação* da norma.¹¹⁷

Na prática, essa diferenciação entre subsunção e interpretação se apresenta complicada. O conteúdo pouco definido dos conceitos indeterminados faz com que a sua concretização somente aconteça mediante aplicação ou não-aplicação no caso individual. No decorrer do tempo, eles ganham nitidez através de um "material de amostra" (*Anschauungsmaterial*) formado por estes casos já decididos pelo administrador. Assim, a interpretação está sendo "alimentada" pela própria subsunção (anterior) e, muitas vezes, verifica-se ser um problema de interpretação o que no início parecia ser uma questão de subsunção. Nesse contexto, torna-se evidente que todo ato de interpretação jurídica possui características construtivas e criativas, não havendo somente uma subsunção lógica mecânica.¹¹⁸

Já Larenz mostrou que é extremamente problemático qualificar - no âmbito do clássico silogismo jurídico - a formação da premissa menor somente como *subsunção*, visto que "com isso, se oblitera a participação decisiva do acto de julgar".¹¹⁹ Por isso, pode-se afirmar que a aplicação e a interpretação da lei se superpõem e, na verdade, acontecem em uma só operação.¹²⁰ Quem concede à Administração um espaço livre de apreciação somente na parte da subsunção dos fatos, mas o nega no âmbito da interpretação da própria norma, separa coisas que em sua estrutura formam uma unidade e acaba limitando cada vez mais o espaço livre que se pretende atribuir na área da subsunção.¹²¹

¹¹⁷ Bachof, Otto. *Beurteilungsspielraum, Ermessen...* 1955, p. 102; cf. Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 48.

¹¹⁸ Cf. Sendler, Horst. *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, 1987, p. 343.

¹¹⁹ Larenz, K. *Metodologia da ciência do Direito*, 1997, p. 384s.: "A premissa menor do silogismo de subsunção é o anunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse anúncio, tem que ser antes julgada a situação de facto enunciada, quer dizer, o fenómeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas. É neste processo de julgamento (...) que reside, na verdade, o ponto fulcral da aplicação da lei. (...)"

¹²⁰ Grau, Eros R. *Crítica da discricionariedade...*, 1995, p. 323 e *O direito posto e o direito pressuposto*, 2003, p. 208.

¹²¹ Cf. Sendler, Horst. *Op. cit.*, p. 343s.

Kaufmann mostra a impossibilidade de uma pessoa “conhecer”, na vida real, um suporte fático “através dele mesmo”, sendo o ato cognitivo sempre norteado por aspectos normativos. Os “fatos brutos” passam, necessariamente, por uma “qualificação normativa”, mediante a qual eles se tornam fato-tipo jurídico. As imprescindíveis premissas para a subsunção são criadas dentro de uma “correspondência recíproca” (*wechselseitige Entsprechung*): a norma jurídica concreta é elaborada com vista aos fatos e os fatos são construídos com vista à norma.¹²²

No Brasil, ganha espaço também uma linha hermenêutica progressiva, que declara ultrapassada a teoria objetivo-idealista dominante, que sempre alegou ser possível a reprodução do “sentido originário” da norma e a interpretação ser o reconhecimento e a reconstrução do significado que o seu autor foi capaz de incorporar.¹²³ Em vez disso, afirma-se que o intérprete, na verdade, descobre menos o “verdadeiro sentido” da lei, a pretensa “vontade do legislador” (subjativa) ou a “vontade da lei” (objetiva), mas ele mesmo, através de um ato de vontade, cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político.¹²⁴ Assim, os métodos de interpretação jurídica funcionariam mais como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, motivado, muitas vezes, por “um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável (...)”¹²⁵

De qualquer forma, pode-se alegar que a fixação da pretensa “única solução justa”,¹²⁶ a partir de um certo ponto, deixa de ser um problema de cognição (*Erkenntnis*), tornando-se uma decisão (*Entscheidung*); somente em seguida ela vai ser fundamentada racionalmente. Os intérpretes envolvidos, porém, sabem que, no fundo, também podia ter sido tomada uma outra decisão, na base de outras razões, que não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas.¹²⁷ Sendo as palavras da lei constituídas de vaguidades, ambigüidades,

¹²² Cf. Kaufmann, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 1985, p. 116.

¹²³ Streck, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2000, p. 82s., 95 (com várias referências); no mesmo sentido: Ohlweiler, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva*, 2000, p. 71ss. passim.

¹²⁴ Ramalho Neto, Agostinho apud Streck, Lenio. *Op. cit.*, p. 80.

¹²⁵ Adeodato, João M. *Ética e retórica*, 2002, p. 278; Stamford, Artur. *Decisão judicial*, 2001, p. 116.

¹²⁶ Nicolão Dino de C. e Costa Neto deixa claro, que, justamente no âmbito da aplicação do Direito Ambiental, “através das diversas vias abertas pela interpretação, mais de uma resposta ‘justa’ e ‘correta’ pode ser alcançada” (*Proteção jurídica do meio ambiente*, 2003, p. 107).

¹²⁷ Redeker, Konrad. *Vorgaben zur Kontrollrichte...*, 1992, p. 306.

enfim, de incertezas significativas e plurívocas, “não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”.¹²⁸ Entendido assim, o hermeneuta não revela, de maneira “desinteressada” e neutra, uma verdade, mas ele *cria essa verdade* no caso concreto.

8. A VISÃO “JURÍDICO-FUNCIONAL” DA DENSIDADE ADEQUADA DE SINDICÂNCIA JUDICIAL

Na discussão da doutrina alemã sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, está ganhando espaço o “enfoque jurídico-funcional” (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*). Ele parte da premissa de que o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de *divisão de funções*, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito. Visto por essa perspectiva, as figuras do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade são nada mais do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos tribunais.¹²⁹

Reconhecendo que, no Brasil, as funções do Estado são separadas em órgãos *independentes e harmônicos* (art. 2º, CF), o problema específico dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo deve ser compreendido na base dessa divisão funcional. Ao mesmo tempo, a Administração está claramente sujeita ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37 *caput*, CF), sendo a questão justamente definir a quem a ordem jurídica atribui a interpretação e concretização desses conceitos e a decisão final sobre sua correta aplicação ao caso concreto: ao administrador, ao juiz ou se há uma distribuição dessa tarefa entre os dois Poderes. Essa pergunta pela “densidade de controle” (*Kontrolldichte*) surge de forma idêntica no âmbito da discricionariedade administrativa *stricto sensu*, localizada no mandamento da norma.¹³⁰

¹²⁸ Lenio Streck (Hermenêutica jurídica e(m) crise, 2000, p. 219, 239, 242) defende a superação da distinção rígida entre o sujeito, o objeto e a linguagem, a qual o sujeito empregaria para descrever o objeto. “Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘esta terceira coisa’ que é a linguagem; na verdade, ele está desde sempre jogado na lingüisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.).” (Destaques no original.)

¹²⁹ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 62, 142s.

¹³⁰ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 208.

Nessa linha, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas. Para Herzog, o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma “qualidade material pelo menos igual” à da decisão administrativa que se pretende corrigir.¹³¹

É importante lembrar que, em países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados, sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade *substitutiva* da Administração, cujas atribuições e tarefas - como vimos - não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei.¹³² Há conceitos jurídicos indeterminados que, por sua alta complexidade e pela dinâmica específica da matéria regulamentada, são tão vagos e a sua concretização na reconstrução da decisão administrativa é tão difícil, que o seu controle chega aos “limites funcionais do Judiciário”.¹³³

Na Alemanha, já são muitos os autores que consideram exagerada a intensidade do controle judicial de muitas categorias de atos administrativos. Nessa senda, fala-se de indícios de uma *indevida tutela* da Administração pelos tribunais, que “querem saber tudo melhor”, tornando o Direito “não mais, mas menos seguro”.¹³⁴ Uma das razões para esta crítica é o fato de que as leis ambientais alemães costumam utilizar conceitos indeterminados, que se referem ao nível atual da ciência e da tecnologia; o emprego desses termos transfere para uma avaliação técnico-científica a decisão sobre a aprovação dos empreendimentos.

Nesses e em muitos outros casos, existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão administrativo competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área da proteção do meio ambien-

¹³¹ Herzog, Roman. *Verfassungs- und Verwaltungsgerichte...*, 1992, p. 2603; o autor já exerceu os cargos de ministro da Corte Constitucional e do Presidente da República Federal da Alemanha.

¹³² Bacigalupo, Mariano. *Op. cit.*, 1997, p. 142; Moraes, Germana de O. *Controle jurisdicional...*, 1999, p. 156s.

¹³³ BVerfGE 84, p. 34ss., 50 (decisão de 1991).

¹³⁴ Cf. Sandler, Horst. *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, 1987, p. 344.

te, os atos administrativos costumam ser adotados na base de um conhecimento ou uma perícia técnicas que se presume próprio da Administração e alheio à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão.¹³⁵ Assim, a jurisprudência administrativista portuguesa somente aceita um controle parcial dos atos administrativos que envolvem “discricionariade técnica”.¹³⁶

Grau considera insustentável “a tese da discricionariade técnica”, afirmando que, “se a decisão é técnica, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão!”.¹³⁷ No entanto, devemos lembrar de que as leis administrativas no Brasil, em muitos casos (v.g., na área do Direito Ambiental e Urbanístico), não costumam trabalhar com prescrições técnicas exatas e detalhadas no lado do “fato-tipo” de suas normas, como acontece na maioria dos países europeus.¹³⁸ Nesse ambiente de relativa indefinição e pouca nitidez normativa, aumenta ainda a dependência dos tribunais em relação aos peritos a serem consultados, que, de fato, acabam tomando o lugar dos juízes!¹³⁹

Nesse contexto, sem dúvida, ganha grande importância também o dever constitucional da Administração de *motivar* os seus atos,¹⁴⁰ o que a obriga de expor, com clareza, as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva medida.

¹³⁵ Abramovich, Victor; Courtis, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, 2003, p. 159.

¹³⁶ Cf. Ohlweiler, Leonel. Direito Administrativo em perspectiva, 2000, p. 31ss.; Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 189ss. Vide também: Pereira, Cesar A. G. Discricionariade e apreciações técnicas da Administração, 2003, p. 261s.

¹³⁷ Cf. Grau, Eros R. O direito posto e o direito pressuposto, 2003, p. 214s.

¹³⁸ Como exemplo sirvam as leis federais e estaduais que fixam as competências e condições de atuação dos órgãos administrativos no âmbito do licenciamento ambiental e urbanístico de obras e atividades. A maioria destes textos normativos estabelece somente cláusulas genéricas, utilizando alguns “conceitos indeterminados”, sem fornecer maiores detalhes para o seu correto preenchimento.

¹³⁹ Essa situação insatisfatória causou um slogan forte, formulado em congressos de magistrados alemães a partir dos anos 70: “Nos juízes estamo-nos tornando, cada vez mais, os escravo dos peritos” (“Wir Richter werden immer mehr zu Sklaven der Sachverständigen”).

¹⁴⁰ Cf. Osório, Fábio M. O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos..., 2000, p. 277s.; Araújo, Florisvaldo D. de. Motivação e controle do ato administrativo, 1992, p. 109ss., 132ss.

A vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade (*lato sensu*) é que ela não tenta dissecar o processo de decisão em suas partes, analisá-los e, depois, fixar um determinado ponto a partir do qual terminasse a *cognição* e começasse a *vontade*, mas indaga se o órgão é o adequado para tomar a decisão em questão, considerando-se a sua composição, sua legitimação, o procedimento decisório e a sua capacidade de trabalhar certos problemas.¹⁴¹

Diante de sua crescente incapacidade funcional para programar materialmente decisões “ótimas” em setores complexos da atividade administrativa, o legislador se vê obrigado a substituir a programação material do conteúdo das decisões por uma programação *procedimental* do processo em que estas devem ser tomadas, envolvendo órgãos com representação da sociedade, audiências etc., para criar decisões *aceitáveis* para os cidadãos, na medida em que asseguram a efetiva consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos.¹⁴²

Isto vale ainda mais em sociedades periféricas como o Brasil, onde o sistema administrativo, muitas vezes, é ainda obrigado de *legitimar* suas decisões em virtude da incapacidade do sistema político de “aliviá-lo” dessa função. Isto pode até sobrecarregar o procedimento administrativo e “minar a sua principal arma legitimadora, qual seja, uma ‘racionalidade ótima’ de caráter subsuntivo e sem qualquer compromisso ou conteúdo prévio”.¹⁴³

Nesse ponto, é de fundamental importância lembrar que, ao contrário da Alemanha, da Espanha e de Portugal,¹⁴⁴ de onde provém grande parte das teorias modernas sobre o controle da discricionariedade, o Brasil não possui um ramo do Judiciário especializado em dirimir conflitos entre o cidadão e a Administração Pública. Em geral, ainda não há por aqui uma maior especialização dos juízes em áreas específicas do Direito, que seria de essencial importância para melhorar a qualidade das decisões e encurtar o tempo de julgamento dos pro-

¹⁴¹ Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 206s., 219.

¹⁴² Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 234.

¹⁴³ Adeodato, João M. Ética e Retórica, 2002, p. 72s., parafraseando N. Luhmann.

¹⁴⁴ Portugal possui uma (complicada) “dualidade de jurisdições”, com tribunais judiciais e administrativos, embora estes foram também plenamente “jurisdicionalizados” a partir do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, de 1984, e, principalmente, da Reforma Constitucional de 1989; cf. Sifuentes, Mônica. Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no Direito português, 2002, p. 171.

cessos. Assim, o juiz singular, na sua comarca, acostumado a decidir casos como lesões corporais e contratos de aluguel, de repente, deve analisar a legalidade do licenciamento de uma fábrica de agrotóxicos ou de um loteamento na beira-mar, o que o obriga a “mergulhar nos princípios e no quadro conceitual próprios do Direito Administrativo”.¹⁴⁵

Faria constata que “é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito (...) e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (...)”.¹⁴⁶ Em geral, os juízes têm, até por comodismo, se detido “diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo”.¹⁴⁷ Por isso, as intervenções judiciais nessa área têm sido tímidas, mostrando-se uma “necessidade de afirmação” do Direito Administrativo no âmbito do Poder Judiciário.¹⁴⁸ É essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil.

Nesse ponto, vale destacar que não defendemos, de forma alguma, uma restrição do controle dos atos administrativos por parte dos tribunais; justamente o contrário. Todavia, no âmbito das decisões que exigem uma alta especialização técnica, e errôneo pensar que uma transferência (pouco refletida) de todo o poder de decisão para os juízes levaria a decisões finais necessariamente “mais corretas” ou “melhores”.

É interessante aqui também o alerta de Adeodato, ao afirmar que, “quando se desconstrói o discurso jurídico, especialmente o judicial, revelam-se os efetivos fundamentos alopoiéticos da decisão. É assim que os subsistemas econômico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema

¹⁴⁵ Todavia, este esforço intelectual, se existir, nem sempre logra ter grandes efeitos; cf. Sifuentes, Mônica. Op. cit., p. 203, citando Sérvulo Correia, que critica a falta de especialização dos juízes portugueses que agem nos tribunais administrativos.

¹⁴⁶ Faria, José E. As transformações do Judiciário..., 1998, p. 60s.

¹⁴⁷ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade Administrativa, 1991, p. 28; segundo a autora, tem prevalecido no Brasil a dependência do Poder Judiciário em relação ao Executivo e o despreparo dos magistrados em matéria de Direito Administrativo, sendo que a contribuição da jurisprudência para a elaboração dos princípios desse ramo de Direito tem sido “quase nula, porque há apego excessivo ao formalismo da lei, sem grande preocupação com o Direito”.

¹⁴⁸ Lima, Rogério M. G. O Direito Administrativo e o Poder Judiciário, 2002, p. 118ss.; Castro, M. da Glória Lins da S. Controle dos atos administrativos discricionários, 1987, p. 149.

jurídico, o que pode representar uma ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade.”¹⁴⁹

Ao mesmo tempo, a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos (e das pessoas jurídicas), consagrados nos textos constitucionais, exigiria uma atuação mais efetiva do Judiciário. A própria realidade brasileira justifica também “um mais efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o ‘spoil system’ na designação dos titulares de ‘cargos em comissão’, cujo excessivo número, sem dúvida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas de poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público”.¹⁵⁰

No entanto, a jurisprudência brasileira continua pregando uma “auto-restrição” dos tribunais, enquanto a moderna doutrina administrativista defende a ampliação do controle judicial dos atos administrativos discricionários. E sendo assim, a expressão plástica de que a discricionariedade administrativa representaria no Estado de Direito um verdadeiro “Cavalo de Tróia”,¹⁵¹ até parece ser ainda justificada no Brasil, onde os conceitos da *discricionariedade* e do *mérito*, até hoje, servem para encobrir arbitrariedades, nepotismo e a falta de vontade (causada por múltiplas razões que não cabe analisar aqui) de muitos juízes em analisar ou anular os atos e medidas da Administração Pública. No entanto, na maioria dos países da Europa Ocidental, como vimos, o Cavalo troiano já foi desmontado há muito tempo.¹⁵²

9. DIFERENTES TIPOS DE CONCEITOS INDETERMINADOS UTILIZADOS NOS TEXTOS LEGAIS

São bastante diversificadas as tentativas teóricas de discriminar as modalidades e características dos conceitos legais indeterminados, que devem ser aplica-

¹⁴⁹ Adeodato, João M. Ética e retórica, 2002, p. 280.

¹⁵⁰ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz B. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional, 1997, p. 98s.

¹⁵¹ A expressão é de autoria do suíço Hans Huber, em ensaio de 1953, e reproduzida por muitos autores.

¹⁵² Ao contrário, Martín-Retortillo afirma até que merecia ser chamado de Cavalo troiano também o “decisionismo judicial na atividade política e estritamente administrativa”; apud Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad, 1997, p. 39 (rod. n. 73).

dos pelos diferentes órgãos da Administração Pública, para, em seguida, criar regras sobre a intensidade adequada do seu controle por parte do Judiciário.

No Brasil, Moraes defende a distinção entre os conceitos legais indeterminados “classificatórios”, sujeitos à total revisibilidade judicial, os conceitos “verdadeiramente indeterminados” e os conceitos “atributivos de discricionariedade”, sendo estes controláveis somente limitadamente. Segundo essa linha, os conceitos cuja indeterminação resulta da “imprecisão da linguagem” ou “envolve a avaliação da situação concreta, pois se refere a situações definíveis em função de tempo, de lugar”, seriam *vinculados* e plenamente sindicáveis pelos tribunais.

No outro lado estariam localizados os conceitos cuja determinação envolve “juízos de prognose”, em que existe a necessidade de uma avaliação de qualidades de pessoas ou coisas ou de uma estimativa sobre a evolução futura do estado das coisas, perigos, pessoas e processos sociais. A sua indeterminação resulta da “avaliação da situação concreta”, sendo o controle judicial aqui apenas parcial.¹⁵³

Essa complexa e, diga-se de passagem, pouco clara teoria, desenvolvida por W. Schmidt na Alemanha (onde foi amplamente rejeitada), quer distinguir entre incertezas normativas “provocadas pela linguagem” e incertezas “da causalidade dos fatos” na situação concreta, e que a última decisão caberia à Administração. Todavia, esse procedimento parece ser pouco viável na prática e exige uma análise profunda de cada norma legal, para tentar descobrir qual dessas incertezas incide em cada caso.¹⁵⁴

No entanto, não parece ser possível definir *ex ante* todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados resulta na existência de discricionariedade para a Administração.¹⁵⁵ Por isso, são preferíveis classificações *tipológicas*, que levam em conta as diferentes situações e os problemas, que devem ser resolvidos.

¹⁵³ Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional, 1999, p. 160, 165-168; na mesma linha está Gomes Canotilho apud Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., 1994, p. 91s.

¹⁵⁴ Cf. Sendler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 350; vide também: Bacigalupo, Mariano. Op. cit., p. 186s

¹⁵⁵ Di Pietro, M. Sylvia Z. Discricionariedade administrativa..., 1991, p. 92

Seguindo Bullinger e Starck,¹⁵⁶ podemos distinguir entre diferentes espaços livres de decisão da Administração, que podem estar localizados no mandamento da norma, bem como na sua hipótese; são eles,

- a discricionariedade *tática*, em que o órgão pode decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis, para tomar medidas de forma rápida e eficaz (v.g.: polícia);

- o espaço livre para *apreciação pericial*, que normalmente pressupõe um processo administrativo que assegura a imparcialidade da tomada de decisão sobre questões técnico-científicas, mediante órgãos colegiados especializados;

- a discricionariedade para *avaliação de riscos* oriundos de atividades perigosas definidas em lei (v.g.: potencial impacto ambiental, engenharia genética);

- a discricionariedade de *planejamento*, que serve para a ponderação criadora e realização de um determinado programa de ação e resulta em decisões administrativas complexas, que tentam equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos (v.g.: planos diretores); e

- a discricionariedade para *adaptação da lei ao caso concreto*, onde a aplicação da norma levaria a um resultado contrário a seu fim, devendo a própria lei prever uma "cláusula de dispensa", reservada para casos atípicos.

Entre essas decisões administrativas, que não devem ser objeto de um controle judicial pleno, encontram-se ainda os *exames acadêmicos e concursos*, as *avaliações funcionais* de servidores públicos, os juízos valorativos de caráter *artístico, ético-moral* ou *pedagógico* (v.g.: proibição de publicações nocivas, concessão de prêmios para filmes, o tombamento de monumentos), normalmente exercidos por grêmios de participação paritária, e juízos prospectivos de *prognose*, que envolvem juízos de probabilidade sobre acontecimentos futuros.¹⁵⁷

Na área emblemática da proteção ambiental prevalecem conceitos de experiência, de valoração e de prognose, que deixam uma margem de apreciação para a Administração, que não deve ser simplesmente substituída por uma decisão judicial. A questão, por exemplo, se um produto deve ser considerado

¹⁵⁶ Bullinger, Martin. *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986, p. 149-156; Starck, Christian. *Das Verwaltungsermessen...*, 1991, p. 171.

¹⁵⁷ Ossenbühl, Fritz. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2002, p. 221ss.; Sousa, António F. de. «Conceitos indeterminados»..., p. 115-126.

“poluente” ou se uma construção “se insere na estética da paisagem”, deve ser respondida, em tese, mediante perícias de técnicos especialistas ou órgãos colegiados, e não pelo entendimento pessoal do juiz.¹⁵⁸

A propósito, vale mencionar que cada vez mais juízes alemães reclamam da sua crescente dependência em relação aos peritos, visto que eles não conseguem (e nem poderiam) dominar as várias áreas técnicas, como a física, química, biologia, engenharia, ecologia etc., todas importantes em casos de licenciamento de usinas nucleares, plantas industriais ou produtos resultantes de engenharia genética. Nos outros países europeus, o Judiciário normalmente não controla esses conceitos científico-técnicos, considerando-os localizados na área da discricionariedade.¹⁵⁹

Por fim, resta constatar que merece preferência uma *graduação* do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a consequência de que os tribunais devem respeitar mais as decisões administrativas sobre certas matérias.¹⁶⁰

10. O PROGRESSIVO CONTROLE NA BASE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL - A TEORIA GERMÂNICA DOS “VÍCIOS DE DISCRICIONARIEDADE”

Em seguida, passaremos a tratar da questão do controle dos atos estritamente discricionários nos Direitos brasileiro e alemão. Como este tema complexo não é objeto principal de nosso estudo, apresentaremos apenas um breve resumo. Desde o início, contudo, vale ressaltar uma importante diferença no trato do controle da discricionariedade: *uma* coisa é que, em suas respectivas zonas de incerteza, os conceitos jurídicos indeterminados não indicam se a decisão aplicativa referente a um dos seus *candidatos neutros* é positiva ou negativa; *outra* coisa bem distinta é a questão se o ordenamento jurídico tolera que essa decisão (seja positiva ou negativa) pode ser arbitrária, irracional, não razoável, desproporcional, discriminatória ou fraudadora à confiança legítima.¹⁶¹

¹⁵⁸ Por isso, a decisão sobre um licenciamento ambiental, homologada por um Conselho de Proteção Ambiental estadual ou municipal, órgãos colegiados especializados que sempre contam com participação expressiva da sociedade civil (às vezes até majoritária), não deve ser facilmente anulada pelos tribunais.

¹⁵⁹ Cf. Sandler, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, 1987, p. 357.

¹⁶⁰ Assim: Häberle, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 604.

¹⁶¹ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad..., 1997, p. 210.

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito.¹⁶² Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais,¹⁶³ os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua *juridicidade*. Essa “principialização” do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.¹⁶⁴

Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.¹⁶⁵ Uma posição destacada nesse rol ocupa o princípio da *moralidade*, visto que sua inserção no texto da Carta Magna provocou um reencontro dos conceitos do *Direito* e da *Moral*, cuja estrita separação tem sido, durante muito tempo, um verdadeiro dogma juspositivista,¹⁶⁶ que teve um efeito extremamente pernicioso, inclusive na gestão da coisa pública no Brasil.

No entanto, os valores constitucionais devem nortear o exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado da sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos. Isto vincula os operadores do Direito em procurar, “entre as possibilidades de significação dos conceitos jurídicos indetermina-

¹⁶² Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 154, 164.

¹⁶³ Barroso, Luís R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro, 2003, p. 27ss.

¹⁶⁴ Moraes, Germana de O. Op. cit., 1999, p. 9s.

¹⁶⁵ Vide a respeito: Freitas, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade, 1995, p. 324ss. e O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 1999, passim; França, Vladimir R. Invalidação judicial da discricionariedade..., 2000, p. 145-171.

¹⁶⁶ Sobre o tema vide Barboza, Márcia N. O princípio da moralidade administrativa, 2002, p. 21ss.

dos, uma solução que favoreça os vetores axiológicos da Constituição”.¹⁶⁷ A própria estrutura da hipótese de muitas normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados “admite certa ponderação interna para a definição do seu próprio sentido”; no entanto, “é importante não confundir a indeterminação dos efeitos, própria dos princípios, com a indeterminação de conceitos empregados na descrição da hipótese fática utilizada por muitas regras”.¹⁶⁸

A doutrina e a jurisprudência da Alemanha, por sua vez, desenvolveram a teoria dos “vícios de discricionariedade” (*Ermessensfehler*), que devem levar à anulação do ato; são eles:

- a “transgressão dos limites do poder discricionário” (*Ermessensüberschreitung*), em que a autoridade escolhe uma consequência jurídica não prevista ou pressupõe erroneamente a existência de fatos, os quais abririam o exercício da discricionariedade;

- o “não exercício do poder discricionário” (*Ermessensnichtgebrauch*), quando o órgão se julga vinculado pela lei, que, na verdade, abre liberdade de decisão, fato este que pode ser provocado também por uma investigação deficiente dos próprios fatos do caso; e, finalmente,

- o “abuso ou desvio do poder discricionário” (*Ermessensfehlgebrauch*) - o vício mais comum -, que incide nos casos em que a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade prescrita ou viola direitos fundamentais ou princípios administrativos gerais, como a igualdade e a proporcionalidade.¹⁶⁹

Além disso, existe a teoria da “atrofia do poder discricionário”¹⁷⁰ (*Ermessensreduzierung auf Null*): quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto diminuem bastante a possibilidade de escolha entre diversas opções, indicando fortemente para uma determinada solução. Quase todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas, sendo a autoridade administrativa obrigada a tomar uma decisão bastante predeterminada. As circunstâncias

¹⁶⁷ Coelho, Paulo M. da C. Controle jurisdicional da Administração Pública, 2002, p. 132.

¹⁶⁸ Barcellos, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, 2003, p. 91.

¹⁶⁹ Cf. Ossenbühl, Fritz. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, p. 212s.; Maurer, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo, 2001, p. 51.

¹⁷⁰ A tradução literal seria “redução da discricionariedade a zero”; esta expressão, no entanto, não pode ser considerada correta, visto que rechaçamos - com a doutrina moderna - a teoria da “única solução possível”, seja referente ao ato interpretativo no lado do fato-tipo, seja no lado do mandamento da norma.

as de fato, a prática administrativa e, sobretudo, os direitos fundamentais, representam uma base para essa redução da discricionariedade.¹⁷¹

Como consequência da divisão dos Poderes, o juiz somente pode, em princípio, *anular* um ato administrativo; cabe, no entanto, à Administração reeditá-lo, se as condições fáticas do caso exigirem tal comportamento. Nos casos de redução da discricionariedade “a zero”, o juiz emite um pronunciamento condenatório, e não somente anulatório.

11. CONCLUSÕES

A diferenciação categórica entre atos administrativos “vinculados” e atos “discricionários” utilizada, até os dias de hoje, pela maioria dos autores brasileiros, dificulta a compreensão das principais características desses atos e dos verdadeiros problemas no processo da sua sindicância. Assim, grande parte da doutrina e da jurisprudência ainda não passou por uma “mudança de atitude” para com o controle dos atos administrativos discricionários, provocada pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Essa teoria - criada há mais de cem anos na Áustria e aplicada com rigor na Alemanha pós-guerra - deixou claro que muitos termos utilizados nos textos legais, nas hipóteses das normas, permitem e, em virtude da garantia constitucional da plena sindicância dos atos públicos, até *exigem* um controle mais denso por parte dos tribunais.

Com o passar do tempo, parte da doutrina alemã começou a vislumbrar que a referida teoria tinha levado a um exagerado controle judicial, o que resultou na sua redefinição, com o reconhecimento de “espaços de livre apreciação” dos conceitos jurídicos indeterminados para os órgãos administrativos em muitas áreas temáticas (provas e exames, prognoses, avaliação de riscos, avaliações funcionais, perícias técnicas etc.).

É justamente esse tratamento diferenciado entre a liberdade de decisão da Administração no lado do fato-tipo da norma e no lado da sua consequência que a doutrina brasileira, até hoje, não tem trabalhado de forma suficiente, o que

¹⁷¹ Um caso paradigmático foi a vedação judicial de expulsar a cunhada de um trabalhador turco por causa de um pequeno furto. Apesar da Lei Alemã dos Estrangeiros restringir a possibilidade de expulsão (em caso de delitos graves) somente para parentes de primeiro grau e cônjuges de detentores de visto permanente no país, a medida foi anulada na base do princípio constitucional da proteção à família, visto que a mulher cuidava dos filhos menores do trabalhador, cuja esposa tinha falecido.

se deve também à - muitas vezes pouco refletida - adesão à técnica da subdivisão do ato administrativo em seus diferentes "elementos".

Muitos dos administrativistas alemães modernos já reconhecem que conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos do mesmo processo da abertura de margens de decisão para os órgãos administrativos por parte do legislador. A diferença na densidade da vinculação do Executivo é, portanto, apenas *quantitativa*, não qualitativa. Além disso, podem existir várias imbricações e interdependências entre a hipótese e o mandamento da norma.

Ao mesmo tempo, há vários estudos sobre a estrutura formal-teórica das normas administrativas e a sua linguagem, cujos resultados nem sempre convencem, por se afastarem da realidade da concretização do Direito, criando classificações demasiadamente abstratas que fragmentam o processo real da aplicação da lei no caso concreto. A hermenêutica mostrou, há tempo, que a interpretação jurídica somente funciona através de atos de vontade. Por isso, não faz mais sentido criar uma estrita distinção entre a interpretação da norma legal (meramente *cognitiva*) e do exercício (sempre *volitivo*) da discricionariedade, entendimento que dominou a doutrina e a jurisprudência na Alemanha durante muito tempo.

O antigo discurso da pretensa identificação da "única solução justa" pelos tribunais, através de um processo pretensamente "neutro" e meramente "intelectivo", pode até servir para legitimar a tomada de decisões tendenciosas, resultado de interesses subalternos que, num sistema jurídico *alopoiético* como o brasileiro, sempre agem de maneira poderosa. Além disso, a discussão sobre os devidos limites da sindicância judicial dos atos administrativos discricionários deve ser acompanhada por uma análise jurídico-funcional da capacidade real dos juízes brasileiros de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais.

Por fim, aumentaram, de forma expressiva, as formas de controle do Poder Público na base dos direitos e princípios fundamentais, consagrados em abundância pela Constituição de 1988. "Recém-liberto das cartas antidemocráticas, desponta, neste contexto, um setor da opinião pública brasileira que anseia por exercer o máximo de controle possível sobre a atuação dos Poderes Públicos (...)." ¹⁷² Nesse aspecto, portanto, não há dúvidas sobre o expressivo aumento da responsabilidade do Poder Judiciário brasileiro na medida da falta de cidadania de uma grande parte da sociedade civil.

¹⁷² Moraes, Germana de O. Controle jurisdicional..., 1999, p. 103.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, *Juristenzeitung* (JZ), 1955, p. 97ss.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro, in: o mesmo (org.). *A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-48.
- BULLINGER, Martin. Verwaltungsermessen im modernen Staat, in: o mesmo. (Hrsg.). *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden: Nomos, 1986, p. 131-157. Versão portuguesa: A discricionariedade da Administração Pública (trad. Antônio F. de Souza), *Revista de Ciência Política*, abr./jun. 1987, p. 3-23.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*, Curitiba: Juruá, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CASTRO, Maria da Glória Lins da Silva. Controle dos atos administrativos discricionários e desvio da finalidade, *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 3, 1987, p. 137-158.

- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional, *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.º 8, Recife, 1997, p. 77-116.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, *Justitia*, n.º 145, São Paulo, jan./mar. 1989, p. 34-54.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, abr. 1991, p. 227-237.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental econômico*, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991.
- EHMCKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte*, Heisenheim, 1981.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* (trad. J. Baptista Machado), 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in: o mesmo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52ss.
- FARIAS, Edilsom. Técnicas de controle da discricionariedade administrativa, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 193, Brasília, jan./jun. 1994, p. 159-170.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANÇA, Vladimir Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, jun. 1995, p. 324-337.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, 4. ed., Madrid: Civitas, 1998.
- _____; FERNANDES, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo* (trad. Arnaldo Setti), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade, in: ROCHA, Cármen Lúcia A. *Perspectivas do Direito Público - Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-335.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg, 1970.
- HENTZ, Antonio Soares. Considerações atuais sobre o controle da discricionariedade, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 118, abr./jun. 1993, p. 127-138.
- HERDEGEN, Matthias. Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, *Juristenzeitung* (JZ), n.º 15/16, 1991, p. 747-751.
- HERZOG, Roman. Verfassungs- und Verwaltungsgerichte, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1992, p. 2601ss.
- HOFMANN, Christian. Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1995, p. 740ss.

- KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann, A.; Hassemer, W. (orgs.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1985, p. 23-123.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad. João B. Machado), Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- KOCH, Hans-Joachim. *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt a.M.: Metzner, 1979.
- KOPP, Ferdinand O. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 4. Aufl., C.H. Beck, 1986.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- _____. *Discrecionariade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamego), 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O Direito Administrativo e o Poder Judiciário*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MANCUSO, Sandra Regina. A concreção do poder discricionário, *Revista dos Tribunais*, n.º 686, São Paulo, dez. 1992, p. 65-72.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo* (trad. Luís Afonso Heck), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e controle judicial*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Relatividade da competência discricionária, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 49-56.

- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 14, São Paulo, 1996, p. 78-95.
- MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.
- NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, in: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356-376.
- OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 273-319.
- OSSENBÜHL, Fritz. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; EHLERS, Dirk. *Allgemeines Verwaltungsrecht* (2. Abschnitt: Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, p. 133-227), 12. Aufl., Berlin: De Gruyter Recht, 2002.
- PASSOS, Lúcia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas, in: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 452-483.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 217-267.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- PIEROTH, Bodo; KREMM, S. Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses an privaten Grundschulen (BVerfGE 88, 40), *Juristische Schulung* (JuS), 1995, p. 780ss.
- POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- REDEKER, Konrad. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 4, 1992, p. 305-309.
- RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1997.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.
- RODRIGUES QUEIRÓ, Afonso. *Reflexões sobre a teoria do «Desvio de Poder» em Direito Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1940.
- RUPP, Hans Heinrich. "Ermessen", "unbestimmter Rechtsbegriff" und kein Ende, in: FÜRST, W. et alii (Hrsg.). *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin: Verlag Walter De Gruyter, 1987, p. 455-467.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid: Instituto de España (Espasa-Calpe), 1991.
- SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 2002.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, *Juristenzeitung* (JZ), n.º 15/16, 1993, p. 772-781.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- SENDLER, Horst. Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: BLÜMEL, W. et alii (Hrsg.). *Verwaltung im Rechtsstaat - Festschrift für Carl Hermann Ule*, Köln: Carl Heymanns, 1987, p. 337-358.

- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa: Danúbio, 1982.
- SIFUENTES, Mônica. Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no Direito português, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 227, Rio de Janeiro, jan./mar. 2002, p. 167-206.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! (trad. João M. Adeodato), *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.º 7, Recife, 1995, p. 251-273.
- SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994.
- STAMFORD, Artur. *Decisão judicial: dogmatismo e empirismo*, Curitiba: Juruá, 2001.
- STARCK, Christian. Das Verwaltungsermessen und seine gerichtliche Kontrolle, in: FRANßEN, E. et alii (Hrsg.). *Bürger, Richter, Staat – Festschrift für Horst Sandler*, München: C.H. Beck, 1991, p. 167-181.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência, *Interesse Público*, n.º 16, Porto Alegre, 2002, p. 23-38.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado* (trad. Karin P.-A. Coutinho), 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.