

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2016

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro
2016**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu	Sr. Eduardo Manuel Val, UFF.
Sr. Adriano Corrêa de Sousa, UERJ.	Sr. Emerson Moura, UFJF.
Sr. Adriano de Souza Martins, UERJ.	Sr. João Paulo Imparato Sporn, USP.
Sr. Bruno Santos Cunha, USP.	Sra. Juliana Bonacorsi de Palma, FGV.
Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ.	Sr. Marcus Bacellar Romano, UFF.
Sr. Ciro Di Benatti Galvão.	Sr. Márcio Felipe Lacombe, UFF.
Sr. Daniel Capecchi Nunes, UERJ.	Sra. Mariana Bueno Resende, UFMG.
Sr. Debora Sotto, USP.	Sr. Paulo Henrique Macera, USP.
Sr. Eduardo Fortunato Bim, USP.	Sr. Pedro Eugenio Bargiona, PUC-SP

Diagramação e Layout:

Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual</i>	007
Jesse Torres Pereira Junior e Thais Boia Marçal	
<i>O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor?</i>	033
Thiago Marrara e Natalia de Aquino Cesário	
<i>Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Sua Margem de Livre Apreciação</i>	055
André Saddy	
<i>A Regulação Estatal dos Serviços de Segurança Privada e a Regra de Nacionalidade</i>	100
Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara e André Rosilho	
<i>Concurso Público, Investigação Social e os Princípios Constitucionais: Análise Crítica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	111
Emerson Affonso da Costa Moura e Marcos Costa Leite	
<i>Intervenção do Poder Público em Outras Terras Públicas para Criação de Unidade de Conservação</i>	134
José Roque Nunes Marques e Ronaldo Pereira Santos	
<i>A Regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro: Estado da Arte e Desafios Futuros</i>	162
Marcio Felipe Lacombe da Cunha	
<i>Análise Crítico-Fenomenológica da Legitimidade da Desapropriação Indireta à luz dos Vetores Políticos da Constituição de 1988</i>	184
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo, Lorena Lorrana da Costa Viana e Ricardo Afonso-Rocha	
<i>O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social</i>	204
Paulo Ricardo Schier, Adriana da Costa Ricardo Schier	
<i>Discrecionalidade Técnica e Controle Judicial</i>	224
José dos Santos Carvalho Filho	

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E SUA MARGEM DE LIVRE APRECIACÃO

LEGAL CONCEPTS INDETERMINATE AND MARGIN OF YOUR FREE ASSESSMENT

ANDRÉ SADDY

Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF) Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ).

RESUMO: O presente trabalho visa evidenciar que a subjetividade ou autonomia pública é distinta da clássica discricionariedade, abordando o surgimento de tal concepção, a superação da ideia de que tais conceitos era incontornáveis, as distintas correntes que admitiam ou não uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial, a localização da margem de livre apreciação nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica, para em seguida, estabelecer uma concepção de termo legal ou conceito jurídico indeterminado evidenciando as distintas incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos focando em especial na errônea ideia da discricionariedade técnica. Também se abordará o conceito de prognose e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, estudar-se-á a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, a teoria da multivalência ou da duplicidade e a teoria da univocidade ou da unicidade para concluir com nossa posição quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

PALAVRAS CHAVES: Conceitos Jurídicos Indeterminados; Mérito Administrativo; Discricionariedade Administrativa; Discricionariedade Técnica; Autonomia Pública.

ABSTRACT: This study aims to show that subjectivity or public autonomy is distinct from classical discretion, addressing the emergence of such a conception, overcoming the idea that such concepts were uncontrollable, the different currents that admitted or not a margin of discretion exempt from control judicial, the location of the margin of discretion in the logical-structural components of the rule of law, to then establish a conception of legal term or indeterminate legal concept, demonstrating the distinct semantic uncertainty responsible for the difficulties of determining the normative meanings focusing in particular on erroneous technical idea of discretion. It also will address the concept of prognosis and its relation to the indeterminate legal concepts. Finally, it will be studied the structure of indeterminate legal concept, the theory of multivalency or duplicity and the theory of univocity or uniqueness to complete with our position on indeterminate legal concepts.

KEYWORDS: Indeterminate Legal Concepts; Administrative law; Administrative discretion; Discretion technique; Public autonomy.

I INTRODUÇÃO

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriffe*) surgiu visando estabelecer critérios objetivos para quando diante de casos concretos deixar de se utilizar da integração (atuação discricional) para passar se utilizar da interpretação, recolhida à critérios objetivos. Basicamente, defendia-se a concepção de que quando os critérios objetivos apresentados em juízo contribuíssem a uma única solução ao caso, não se deveria deixar a solução à discricionariedade¹⁰⁰.

Nestes casos, o Poder Judicial poderia substituir a decisão administrativa. Porém, se os critérios objetivos não são suficientes, deveria o Poder Judicial deixar a decisão ao administrador já que está se caracterizada por uma subjetividade ou autonomia pública.

Dessa forma, em regra, os conceitos jurídicos indeterminados possuem uma única solução justa, mas se o Direito não oferece parâmetros suficientes, positivos ou objetivos, fica complicado, quando não impossível, encontrar essa *única* solução justa, estando diante de uma ação subjetiva/autônoma pública¹⁰¹.

O presente trabalho visa evidenciar que tal subjetividade ou autonomia pública é distinta da clássica discricionariedade, abordando o surgimento de tal concepção, a superação da ideia

¹⁰⁰ ANDREAS J. KRELL (KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife, n. 8, [s. a], p. 177-224, jan-dez, 2004, p. 201 e 202) afirma: “a aplicabilidade (ou não) do conceito legal e 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. Consequentemente, é o próprio intérprete do conceito que deve determinar a sua aplicabilidade na sua zona de incerteza, através do exercício de sua vontade. Num “vazio semântico”, é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou “complementação” da hipótese incompleta da norma (*Tatbestandsergänzung*). Na verdade, deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo a qual a interpretação da norma jurídica 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 administrativista. Na zona de incerteza de muitos conceitos, a cognição não parece ser apenas difícil, mas simplesmente impossível. (...) Em relação a qualquer termo legal que apresenta uma incerteza conceitual, a interpretação cognocitiva 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”.

¹⁰¹ ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 371) afirma: “el mero empleo por una norma de locuciones imprecisas o expresiones conceptualmente indeterminadas (por lo demás, tan frecuentes en el ordenamiento jurídico-administrativo: utilidad pública, justo precio, actuación urgente, casa ruinosa, necesidades del servicio, idoneidad para el cargo, probidad, competencia profesional...) no implica atribución al órgano administrativo de facultad (discrecional) para determinar o ‘rellenar’ el contenido del concepto según su criterio subjetivo, por cuanto la operación constituye un proceso cognoscitivo capaz de un resultado objetivo, en el que, consecuentemente, no hay lugar para elección alguna sino pura y simple concreción del concepto sobre una realidad dada: una medida es urgente o no, el precio es o no es justo, etc.; en cambio, la discrecionalidad pertenece al orden de lo volitivo, donde cabe elegir entre, por lo menos, dos posibilidades: actuar o no actuar, conceder o denegar. En el primer caso, jurídicamente rige el principio de ‘unidad de solución justa’, mientras en el segundo el Derecho admite ‘pluralidad de soluciones justas’”.

de que tais conceitos era incontroláveis, as distintas correntes que admitiam ou não uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial, a localização da margem de livre apreciação nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica, para em seguida, estabelecer uma concepção de termo legal ou conceito jurídico indeterminado evidenciando as distintas incerteza semântica responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos focando em especial na errônea ideia da discricionariedade técnica. Também se abordará o conceito de prognose e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, estudar-se-á a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, a teoria da multivalência ou da duplicidade e a teoria da univocidade ou da unicidade para concluir com nossa posição quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

I. SURGIMENTO DA DOUTRINA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A IDÉIA DE “LIVRE DISCRICIONARIEDADE”

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriffe*) surgiu no século XIX, na Áustria, a partir da questão de saber se os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador eram ou não suscetíveis de ser controlados pelo Tribunal. EDMUND BERNATZIK¹⁰², contra a doutrina tradicional da época, negou que a “*livre discricionariedade*” e a aplicação do direito se excluam mutuamente como realidades opostas. Entendia que a atribuição legal de poderes discricionais à Administração facultava à mesma a adotar uma decisão conforme suas próprias valorações técnicas, de maneira que a aplicação do conceito discricional não é controlável judicialmente. O conceito discricional (*Ermessensbegriffe*) existe, de acordo com EDMUND BERNATZIK, na parte da disposição normativa que dá ao administrador a faculdade de eleger, em exclusiva, o conteúdo do procedimento administrativo não controlável pelo Tribunal¹⁰³.

¹⁰² BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

¹⁰³ Para FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 231), a teoria de BERNATZIK parte da necessidade de distinguir entre assuntos submetidos à jurisdição dos Tribunais e “*libre discrecionalidad*” (*Freien Ermessen*, conceito utilizado pela lei austríaca de 20 de outubro de 1875). Para ele, este autor entende o problema da discricionariedade administrativa como um aspecto do problema geral da posição do juiz frente à lei, especialmente quando esta é pouco precisa e obriga a realizar uma singular apreciação da hipótese. EDMUND BERNATZIK não mencionou conceitos indeterminados, mas de *vagen Kategorien*, conceito que foi depois substituído pelo hoje geral de *unbestimmter Rechtsbegriff*. Para o autor, a peculiaridade da discricionariedade, em todos seus aspectos, radica-se na dificuldade da apreciação da hipótese da norma; por isso dizia que era melhor falar em “*discricionariedade técnicas*” (*technischen Ermessen*).

A primeira intenção de superar o estudo da figura da discricionariedade administrativa com base na análise da norma foi a da doutrina de FRIEDRICH TEZNER¹⁰⁴. Este autor afirmava que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados era inimiga do Estado de Direito (*rechtsstaatsfeindlich*) e cientificamente infundada (*unwissenschaftlich*). Para ele, a atribuição de poderes não significava uma prerrogativa administrativa de concreção do conteúdo da norma, visto que todo o problema reside na possibilidade objetiva de precisar seu sentido para o caso concreto, operação que também pode ser realizada pelo juiz em via de controle. Argumentava que, para compreender em que consiste a discricionariedade, deve prescindir-se da estrutura da norma. Segundo esse autor, a atuação administrativa é análoga à jurisdicional, portanto não é correto falar de “livre poder” em sentido estrito, por duas razões, conforme SERENELLA MARTINI¹⁰⁵: “*la sua funzionalizzazione al perseguimento e alla realizzazione di un fine determinato dalla legge e l’obbligatorietà della scelta migliore*”. A existência destes dois vínculos faz com que a atividade administrativa seja como a jurisdicional.

De acordo com FERNANDO SAINZ MORENO¹⁰⁶, a teoria de FRIEDRICH TEZNER se opõe polemicamente à de EDMUND BERNATZIK. FRIEDRICH TEZNER assinalava que a cláusula de “livre discricionariedade” era supérflua, pois não continha mais que uma formulação negativa de outra, segundo a qual apenas poderiam surgir demandas por aqueles lesionados em seus direitos. A discricionariedade, assim, apenas existiria nas matérias “*puramente administrativas*”, nas quais não pudessem resultar lesionados os direitos subjetivos. Portanto, segundo FRIEDRICH TEZNER, a questão consistia em determinar se a lei concederia à Administração, em uma determinada matéria, a faculdade de decidir livremente ou se, pelo contrário, tal atribuição de discricionariedade não existia. Neste caso, o Tribunal poderia e deveria examinar a aplicação de todas as normas, com independência de qual seja o grau de determinação de seus conceitos¹⁰⁷.

¹⁰⁴ TEZNER, Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s.n.], 1888; e, principalmente, em TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924, p. 16, 17 e 21.

¹⁰⁵ MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell’esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 19.

¹⁰⁶ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 232.

¹⁰⁷ Esse conflito entre ambos estudiosos do Direito foi o ponto de partida das duas correntes existentes atualmente: a teoria da multivalência (ou da duplicidade), com suas raízes em EDMUND BERNATZIK; e a teoria da univocidade (ou da unicidade) dos conceitos jurídicos indeterminados, com raízes em FRIEDRICH TEZNER.

RUDOLF VON LAUN¹⁰⁸ entendia que a aplicação de conceitos indeterminados implicaria em uma atividade intelectual complexa, a qual não constituiria fundamento para o exercício da discricionariedade livre, técnica ou jurisdicional, mas sim para o exercício de uma discricionariedade vinculada, desse modo, havendo um espaço livre ao órgão atuante, mas vinculado à lei.

A consciência da natureza jurídica da discricionariedade vem retomada e ampliada desde que a doutrina, por assim dizer, “*garantista*”, tende a mover-se até a divisão de poderes entre o judicial e o da Administração. É a essa linha doutrinal que pode se atribuir ao pensamento de HANS Kelsen e WALTER JELLINEK. HANS Kelsen¹⁰⁹ foi um dos primeiros a revelar expressamente a natureza jurídica da discricionariedade administrativa e a operar uma tendencial aproximação dos conceitos jurídicos indeterminados à noção de discricionariedade, determinando implicitamente uma ampliação da possibilidade de ser controlada.

Na doutrina de WALTER JELLINEK¹¹⁰, o ponto de partida seria a distinção fundamental entre conceitos indeterminados e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo SERENELLA MARTINI¹¹¹: “*I primi si avrebbero in presenza di una norma che intenzionalmente pone concetti indeterminati: in tale ipotesi, la norma attribuirebbe un potere discrezionale – non ripetibile in sede giurisdizionale – all’amministrazione, che deve concretizzare i concetti lasciati consapevolmente dal legislatore indeterminati. Quando, invece, l’indeterminatezza della norma è casuale, nel senso che essa non è un apporto intenzionale del legislatore, si hanno secondo tale Autore, concetti sì indeterminati ma qualificabili come giuridici, perché all’amministrazione non è demandata in senso stretto la loro concretizzazione*”. Para WALTER JELLINEK, o conceito jurídico indeterminado seria controlável, mas o conceito indeterminado não. Esse autor¹¹² considerava a “*livre discricionariedade*” como a delimitação individual de um conceito indeterminado feito pela adequação livre de um erro, além de afirmar que nem toda indeterminação significaria

¹⁰⁸ LAUN, Rudolf von. Das freie ermesen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

¹⁰⁹ Kelsen, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002.

¹¹⁰ JELLINEK, Walter. Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin: Julius Springer, 1931.

¹¹¹ MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell’esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 20 e 21.

¹¹² JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

discricionariedade, pois nem todo conceito pluridimensional seria desejado pela lei. Apenas a pluridimensionalidade desejada pelo legislador significaria discricionariedade.

Tal doutrina, procedendo da impossibilidade de controle do conceito indeterminado, confere ao dito poder discricional uma ampliação do controle jurisdicional sobre o conceito. A influência de tal reconstrução é evidente no pensamento de muitos autores, mas também se observam, ao longo da história, aspectos originais e importantes que valem ser mencionados.

WERNER FLUME¹¹³, por exemplo, distinguia entre a conduta baseada em uma norma de atuação (*Handlungsnorm*) e a atuação jurídica baseada em uma “*norma de decisão objetiva*” (*Sachentscheidungsnorm*). A atuação de um agente público segundo sua própria iniciativa apenas poderia se realizar dentro do âmbito de atuação da Administração, assim, delimitando juridicamente quanto à sua competência, meios e alcance. Nesta margem, o agente público atuaria segundo sua discricionariedade de atuação não controlável judicialmente. Pelo contrário, as normas de decisão objetiva decidiriam a mesma questão, pelo que sua atualização consistiria apenas em determinar aquilo que em cada caso “*seria direito*”. Assim, a norma de atuação concederia uma discricionariedade de atuação, enquanto que as normas de decisão objetiva apenas conteriam conceitos jurídicos indeterminados, mas não discricionariedade, estas normas poderiam atribuir, a quem deveria aplicá-las, em certos casos, uma faculdade de apreciação dos pressupostos de aplicação das normas, mas se trataria de uma discricionariedade de juízo (*Urteilsermessen*) submetida ao controle judicial¹¹⁴.

ERNST FORSTHOFF¹¹⁵ afirmava que a fixação de conteúdo real de conceitos empíricos não constituía qualquer exercício de discricionariedade, no entanto, os conceitos de valor exigiriam uma conduta de eleição no âmbito da concretização dos valores, constituindo, por conseguinte, conceitos discricionais.

II. SUPERAÇÃO DO CARÁTER INCONTROLÁVEL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS A DOUTRINA DA MARGEM DE LIVRE APRECIAÇÃO

A superação do sentido segundo o qual o conceito indeterminado constitui uma noção que confere um poder da Administração Pública incontrolável se consolida com a elaboração

¹¹³ FLUME, Werner. *Steuerwesen und Rechtsordnung*. In: SMEND, Rudolf. *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*. Göttingen: [s.n.], 1952.

¹¹⁴ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 235.

¹¹⁵ FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.

da doutrina da margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielsraum*) de OTTO BACHOF¹¹⁶. Segundo esta teoria, a Administração Pública dispõe de um espaço de valoração não sujeito ao controle judicial, exceto quando supera o limite de tal espaço. OTTO BACHOF parte da ideia dos conceitos indeterminados e considera ultrapassada a antiga classificação destes em conceitos jurídicos propriamente ditos, inteiramente sujeitos ao controle de revisão (controláveis), e poderes discricionais não controláveis ou apenas controláveis no que respeitam aos vícios típicos da discricionariedade e conferem à autoridade um espaço de liberdade de decisão próprio em que aquela deve atuar e decidir segundo suas próprias concepções¹¹⁷. E define seu conceito central como o âmbito dentro do qual se reserva à Administração uma margem (*Spielraum*) para a livre apreciação (*Beurteilung*) dos pressupostos de sua atuação. Afirma, ainda, que não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, mas apenas uma maior ou menor determinação ou indeterminação e pode até suceder que um conceito que fosse indeterminado se tenha convertido em determinado por meio de uma longa evolução jurisprudencial que tenha trazido um número significativo de subsunções. OTTO BACHOF, assim, distingue o conceito indeterminado do conceito jurídico, que permanece fora do âmbito de valoração exclusiva da Administração, recaindo no espaço decisional controlável. Entende-se, assim, que existe, para o autor, um espaço livre de valoração da Administração e um âmbito de apreciação não livre, o que implica dizer que existe uma área controlável judicialmente e outra não¹¹⁸.

Além do OTTO BACHOF, outros doutrinadores admitem uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial, entre eles CARL HERMANN ULE e DIETRICH JESCH. No entanto, há quem estima injustificada esta isenção de controle judicial, entre os

¹¹⁶ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch*. München: Beck, 1955, p. 194 e 195; BACHOF, Wolf. *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*. Tübingen, Mohr (Siebeck) 1966-7, v. I, p. 231 e 232, v. II, p. 262.

¹¹⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 265.

¹¹⁸ De acordo com SERENELLA MARTINI (MARTINI, Serenella. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*. In: AA. VV. *La discrezionalità amministrativa: profili comparati* (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997, p. 22 e 23): “*Il margine di libero apprezzamento riservato alle valutazioni della pubblica amministrazione può sussistere, quindi, soltanto laddove non venga oltrepassato il limite fondamentale consistente nella sostenibilità della scelta effettuata dall'autorità. Ciò significa che la decisione spetta, in via esclusiva, all'amministrazione senza potere essere ripetuta dal giudice, tutte le volte in cui uno stesso fatto può essere qualificato ragionevolmente in modi diversi: qualora cioè la scelta effettuata in concreto è opinabile, la decisione sfugge al sindacato giurisdizionale. Viceversa, tutte le volte in cui non sono sostenibili più scelte, la decisione assunta dall'amministrazione è ripetibile dal giudice. Ciò corrisponde, del resto, alla logica della responsabilità: nei casi dubbi, ossia opinabili, la prevalenza va data alla scelta della amministrazione, che rimane domina e responsabile unica della decisione*”.

principais autores tem-se: HANS HEINRICH RUPP, FRITZ OSSENBÜHL e JOACHIM SCHMIDT-SALZER. Passar-se-á a analisar o posicionamento de cada um desses.

II.I. CORRENTES QUE ADMITEM UMA MARGEM DE LIVRE APRECIACÃO ISENTA DO CONTROLE JUDICIAL

O fundamento teórico da doutrina de OTTO BACHOF se revela na distinção entre discricionariedade de ação (ou volitiva) e a de tipo cognitivo: sendo que esta corresponde, em certo sentido, ao âmbito do *Beurteilungsspielraum*. A primeira existe quando a lei atribui uma margem de liberdade de atuação não sujeita ao controle judicial, e a segunda é a hipótese em que a lei atribui uma margem de valoração que consiste, segundo OTTO BACHOF, no âmbito de liberdade de apreciação. Assim, nos conceitos jurídicos indeterminados, não se fala de discricionariedade, que implica a possibilidade de eleger a decisão mais admissível, mas se deve falar de âmbito de ação vinculada, onde são possíveis diversas valorações igualmente defendíveis e opináveis¹¹⁹.

Ressalta-se, no entanto, que, segundo OTTO BACHOF, nem todo conceito indeterminado confere uma margem de livre apreciação à Administração. É ao legislador que se incumbe escolher os casos em que assim sucederá, o que faz de um modo geral quando usa conceitos de valor (*Wertbegriffe*), mas também quando emprega conceitos de experiência (*Erfahrungsbegriffe*) aplicáveis às situações de fato complexas ou que envolvam uma quantidade imponderável¹²⁰. Faz-se, desse modo, a distinção entre interpretação (*Auslegung*) e aplicação (*Anwendung*) do conceito para considerar que a primeira é uma questão de direito totalmente sujeita à revisão jurisdicional à medida que não é, em ocasiões, a subsunção dos pressupostos de fato em conceitos jurídicos indeterminados contidos na “*Tatbestand*”.

Sem negar a diferença entre a liberdade de conformação, a discricionariedade e a margem de livre apreciação da Administração, OTTO BACHOF as considera unidas por um postulado comum: o que, no âmbito do sistema jurídico de seu país, deve reconhecer à Administração, como poder autônomo do Estado (*eigenstiindiger Staatsgewalt*), um âmbito de responsabilidade exclusiva, portanto, devendo prevalecer também contra a interferência dos Tribunais. Com relação à subsunção das situações concretas nos conceitos jurídicos

¹¹⁹ MARTINI, Serenella. Op. cit., p. 22 e 23.

¹²⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 122 e 123.

indeterminados, o Tribunal, por si só, não deve reconhecer tal responsabilidade exclusiva aos órgãos da Administração, uma vez que se disponha de parâmetros de controle suficientemente seguros. O problema é que isso não sucede quando a subsunção envolve valorações (*Wertungen*) para as quais a Administração disponha de maior perícia ou experiência, ou quando pressupõe decisões insubstituíveis ou irrepetíveis¹²¹.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO¹²², de modo resumido, OTTO BACHOF sustenta que a Administração possui uma margem de livre apreciação livre de controle, para aplicar conceitos de valor e conceitos de experiência em determinados casos. No âmbito dos conceitos de valor (*Wertbegriffen*), existe uma margem de livre apreciação quando o Tribunal tenha de substituir sua própria estimativa subjetiva de valor no lugar da Administração. No âmbito dos conceitos de experiência (*Erfahrungsbegriffe*), a atribuição de uma margem de livre apreciação se deve às dificuldades práticas de examinar o juízo experto (*sachverständiges Urteil*) das autoridades administrativas.

Outro autor que também merece ser citado é CARL HERMANN ULE¹²³. Na ampla categoria de conceitos jurídicos indeterminados, este autor afirma que se deveria distinguir o conceito descritivo do normativo. Em relação ao primeiro, a subsunção dos fatos na previsão da norma é automática e, portanto, repetida pelo Judiciário no que diz respeito à interpretação e à detenção dos fatos. Quanto ao segundo, pelo contrário, o procedimento de subsunção implica juízos de valor que, como tal, não podem ser reformulados pelo Judiciário. Segundo esta teoria, toda solução razoável deve ser considerada válida e, portanto, não controlável. CARL HERMANN ULE¹²⁴ desenvolve a “teoria da defensabilidade” (*Vertretbarkeitslehre*), em cujos termos se deve considerar legal a posição assumida pela autoridade administrativa em matéria de aplicação de conceitos indeterminados quando ela constitua uma solução defendível entre outras soluções igualmente defendíveis, quando todas caibam no quadro legal definido pela interpretação. Ao empregar conceitos indeterminados, o legislador diminui o grau de vinculação da Administração: esta fica apenas “relativamente” vinculada. Vinculada porque precisa definir a situação jurídica concreta tomando uma norma legal como base da decisão. Mas apenas relativamente vinculada porque, não sendo a vinculação unívoca, deve-se entender

¹²¹ Ibidem, p. 122 e 123

¹²² SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

¹²³ ULE, Carl Hermann. Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. In: BACHOF, Otto. *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. München, Isar-Verlag, 1955.

¹²⁴ Ibidem, p. 7-13.

que o legislador deixou a última decisão ao órgão competente para ditar os atos administrativos, desde que o sentido da norma não seja, obviamente, violado.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO¹²⁵, em casos extremos, nos quais se discuta sobre o valor de uma determinada circunstância, o Tribunal deve considerar, antes de entrar no mérito, a questão prévia de se realmente sua decisão pode substituir a da Administração. Caso considere que este não tenha fundamento, porque não se encontra em condição de apreciar melhor que a Administração a situação, deve abster-se de controlar nesse ponto concreto o ato administrativo.

Um terceiro grande autor que também admite uma margem de livre apreciação isenta do controle judicial é DIETRICH JESCH¹²⁶, o qual sustenta que a interpretação de todos os conceitos jurídicos, portanto, também dos indeterminados, é tarefa do conhecimento judicial, mas, em alguns casos, pode conceder-se às autoridades administrativas certa margem de livre apreciação para valorar circunstâncias especiais das previsões ou hipóteses normativas. Caso isso ocorra, a interpretação da autoridade administrativa deverá ser definitiva. No entanto, tal margem de livre apreciação apenas pode reconhecer-se em casos excepcionais, porque, do contrário, seria ineficaz o princípio de que a norma de autorização deve ser específica e conter limites e critérios objetivos. Entende, assim, que não existe diferença qualitativa, mas somente quantitativa entre os conceitos jurídicos indeterminados e o dito poder discricional¹²⁷.

II.II. CORRENTES QUE ESTIMA INJUSTIFICADA A ISENÇÃO DE CONTROLE JUDICIAL

HANS HEINRICH RUPP¹²⁸ enquadra unitariamente as figuras da discricionariedade e do “*Beurteilungsraum*” para concluir pela fiscalização das decisões ditadas no âmbito unificado. HANS HEINRICH RUPP vê como inaceitável a concepção de que a discricionariedade é uma criação conformadora do Direito (*egestaltende Rechtsschöpfung*) e não a aplicação do Direito (*Rechtsanwendung*). Afirma que é o juiz quem decide os litígios

¹²⁵ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 239.

¹²⁶ JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzips. Tübingen: Mohr, 1961, p. 226.

¹²⁷ SAINZ MORENO, Fernando. Op. cit., p. 240.

¹²⁸ RUPP, Hans Heinrich. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen, Mohr, 1965, p. 177-221.

entre a Administração e o cidadão. Quando esse carece de conhecimentos técnicos suficientes em relação a valores de experiência ou em relação a conceitos valorativos, deve acudir ao auxílio dos expertos. HANS HEINRICH RUPP não vê diferença entre a aplicação da lei e da discricionariedade. Nesse domínio, as disparidades são meramente quantitativas porque toda a concretização de uma norma jurídica menos genérica ou abstrata envolve a inclusão de margens de autonomia pelo órgão (administrativo ou judicial) competente¹²⁹.

Outro autor que apresenta uma linha de pensamento similar é FRITZ OSSENBÜHL¹³⁰. Este defende que a essência da teoria da margem de livre apreciação se esclarece quando se parte de um estudo da diferença entre “*livre discricionariedade*” e margem de livre apreciação. Enquanto a discricionariedade centra-se na estatuição ou na consequência jurídica da norma, a margem de livre apreciação se encontra na previsão ou na hipótese da norma. Mas a teoria da margem de livre apreciação deriva dos conceitos jurídicos indeterminados, e estes, segundo o autor, podem existir tanto na hipótese da norma como na consequência jurídica da norma. A margem de livre apreciação apenas pode situar-se na fase de “*subsunção*”. Para o autor, a teoria da subsunção ou teoria da margem de livre apreciação parte da dificuldade de provar se a hipótese de um conceito se traduz em uma simples regra de prova: a decisão tomada, em primeiro lugar, pela Administração deve ser aceita pelos Tribunais, enquanto à apreciação dos fatos, como se essa apreciação tivesse sido realizada pelo próprio Tribunal. Isto significa que nos casos limites, isto é, nos casos em que se duvida se existem ou não os pressupostos de fato de um conceito, a decisão vinculante, em último termo, corresponde à Administração. Subjacente a essa ideia, encontra-se a ideia de que o juízo problemático da Administração não deve ser substituído pelo juízo problemático dos juízes. Assim, para esse autor, a questão não é saber se várias soluções jurídicas parecem substituíveis entre si ou se a solução dada pela Administração pode ser livremente substituída por outra dada por um Tribunal; a questão deve ser resolvida em consideração ao problema fundamental de quem é o responsável por eliminar a insegurança que a aplicação destes conceitos traz. A questão está em contestar a pergunta: *quis judicabit?*¹³¹

Por fim, JOACHIM SCHMIDT-SALZER¹³² infere que a atribuição de discricionariedade, constituída por normas de poder, concede à Administração, quando se dão

¹²⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 129.

¹³⁰ OSSENBÜHL, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Köln: Bad Homburgv, 1968.

¹³¹ SAINZ MORENO, Fernando. Op. cit., p. 246.

¹³² SCHMIDT-SALZER, Joachim. Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: Duncker u. Humblot, 1968.

os pressupostos fixados pela lei, uma liberdade de atuação, dentro de certas margens, em favor de uma das várias soluções possíveis, segundo o critério de adequação. A autorização de discricionariedade é, pois, distinta dos conceitos jurídicos indeterminados. Estes somente adquirem seu contorno material quando se lhes contempla em relação a um fato concreto. Aduz, o autor, que, ao utilizar a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, o legislador renuncia a uma incompreensível casuística normativa, dando ao órgão que deve aplicar a norma a possibilidade de concretizá-la em consideração ao tempo, lugar e outras circunstâncias jurídicas relevantes. Trata-se, em definitiva, de evitar o casuismo da lei¹³³.

Segundo FERNANDO SAINZ MORENO¹³⁴, quem se inclina por esta segunda corrente:

si, de hecho, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados tuviese que ser interpretada como la concesión de un ámbito de libre apreciación en favor de la Administración, entonces la Ley no precedería a la actividad administrativa, sino, a la inversa, serían las autoridades administrativas quienes fijarían el contenido de la norma. Ello implicaría que en los casos en que este margen de apreciación existe, el principio de legalidad de la Administración sería sustituido por la facultad jurídica de la Administración de decidir vinculativamente, en última instancia, cuál es el contenido objetivo de la norma”. E complementa que “esta postura tiene como fundamento, en último término, la idea de que la función de juzgar y de que no existen argumentos que justifiquen la vinculación de los Tribunales a las “apreciaciones” realizadas por la Administración sobre los hechos que constituyen el presupuesto de la aplicación de los conceptos jurídicos.

III. A MARGEM DE LIVRE APRECIACÃO NOS COMPONENTES LÓGICO-ESTRUTURAIS DA NORMA JURÍDICA

Deixando de lado as correntes que admitem ou não uma margem de livre apreciação isenta de controle judicial, deve se ter em conta a originalidade teórica de HORST PAUL AUGUST EHMKE¹³⁵. Tal autor releva a impossibilidade de distinguir os conceitos jurídicos indeterminados da noção de discricionariedade. E explica ser difícil descompor a norma em “*Tatbestand*”, da que se deve obter, de acordo com o enfoque estruturalista, a discricionariedade na previsão da norma que contém os conceitos jurídicos indeterminados e, por outro lado, em “*Rechtsfolgeseite*”, da que se deve obter a discricionariedade da preceptiva. Assim, segundo esse autor, o poder discricional poderia ser identificado individualmente, por

¹³³ SAINZ MORENO, Fernando. *Op. cit.*, p. 235.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 242 e 243.

¹³⁵ EHMKE, Horst Paul August. *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr, 1960.

via residual, em todos os casos em que a lei não delinear um modo unívoco em relação à previsão¹³⁶.

Nesse sentido aduz ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA¹³⁷:

enquanto no caso da discricionariedade estamos no domínio da estatuição da norma, tratando-se pois de determinação dos efeitos jurídicos da norma; nas decisões de ponderação, valoração ou prognose estamos no domínio da previsão da norma, onde apenas há uma decisão possível, que deverá ser tomada pela Administração.

O autor, aqui, trata da localização da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA¹³⁸ assevera que os conceitos indeterminados incluídos na previsão da norma, por muito tempo, foram comumente aceitos como base na discricionariedade. Não se fazia, pois, diferenciação conceitual entre “*unbestimmten Rechtsbegriffe*” e “*Ermessen*”. Daí o uso de expressões como “*kognitives Ermessen*”, “*Urteilsermessen*”, “*Beurteilungsermessen*”, “*Prüfungsermessen*” ou “*Subsuntionsermessen*”, que designam a liberdade existente, à sombra de conceitos jurídicos indeterminados, na fixação de pressupostos do ato administrativo, contraposta à liberdade de fixação de conteúdo da decisão (*Handlungsermessen* ou *volitives Ermessen*).

Assim, diante do exposto, é possível afirmar que, ainda hoje, a concepção dominante da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados se estabelece em quatro traços fundamentais: a divisão da norma entre previsão (*Tatbestand*), operador deôntico e estatuição (*Rechtsfolge*); a inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) na previsão da norma; o entendimento da discricionariedade (*Ermessen*) como uma decisão confinada ao operador deôntico e à estatuição; e o recurso à figura do “*Beurteilungsspielraum*”, que é simplesmente uma “*discricionariedade*” quanto à previsão (*Tatbestandsermessen*) recusada formalmente, mas efetivamente aceita, ainda que a título excepcional¹³⁹.

Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA¹⁴⁰:

Como a doutrina dominante exclui, em princípio, do «*Tatbestand*» qualquer margem de livre decisão (*Entscheidungsspielraum*), reduz à

¹³⁶ MARTINI, Serenella. Op. cit., 1997.

¹³⁷ SOUSA, António Francisco de. O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Reforma do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).

¹³⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. cit., p. 122 e 123.

¹³⁹ Ibidem, p. 134.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 134.

interpretação (*Auslegung*) todos os juízos formulados com recurso a esta parte da norma, concluindo assim pela sua sindicabilidade total (*uneingeschränkt Nachprüfbarkeit*). Em contrapartida, considera insusceptível de fiscalização jurisdicional total a aplicação (*Anwendung*) da parte de estatuição das normas que concedem discricionariedade: confrontado com o exercício da discricionariedade, o tribunal só pode controlar o acatamento dos princípios jurídicos e limites que presidem a tal exercício, cuja violação dá lugar aos vícios da discricionariedade [...]. No regime jurídico da discricionariedade, acaba, pois, por se conjugar a sindicabilidade total com a «*Auslegung*» e a sindicabilidade apenas parcial com a «*Anwendung*» (com escolha entre alternativas). Mesmo com o reconhecimento da possibilidade da existência de uma margem de livre decisão no «*Tatbestand*», o critério em causa poderia manter-se operativo para efeito de demarcar as áreas de sindicabilidade total e de sindicabilidade parcial desde que se aceitasse não ser uma forma de «*Auslegung*» e sim de «*Anwendung*» (com escolha entre alternativas) a avaliação livre de certos pressupostos de facto integrados na situação concreta, o que justamente a doutrina dominante recusa neste caso.

IV. CONCEPÇÃO DE TERMO LEGAL OU CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

As palavras “*conceito*” e “*termo*” são utilizadas de forma indiscriminada, por mais que a primeira denomine significado e a segunda significante. Utilizar termo legal seria melhor que conceito jurídico, pois esse refere-se ao conceito utilizado por uma norma jurídica. No entanto, utilizar-se-á a expressão mais difundida na literatura, qual seja, conceito jurídico¹⁴¹.

As normas jurídicas se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou, como se costuma dizer genericamente: “*conceitos*” — que uma vez utilizados na norma jurídica podem ser determinados e/ou indeterminados¹⁴². Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada

¹⁴¹ Vale mencionar a divergência doutrinária com respeito à indeterminação no conceito ou no termo. MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR (FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 107) diferencia que a indeterminação é do conceito, e não do termo normativo: “*A indeterminação advém do cotejo dos conceitos construídos a partir da lectura dos termos normativos com a realidade*”. Já EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagens a Paulo Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145 e 146) sustenta uma tese distinta: que a indeterminação é do termo, e não do conceito: “[...] *todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado*.”

Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito.

Assim, a reiteradamente referida “indeterminação dos conceitos” ao é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação”.

¹⁴² MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987, p. 113.

indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço¹⁴³. Tais “*conceitos*” e outros como “*cláusulas gerais*”, “*conceitos tipológicos*” (*Typusbegriffe*), “*tipos discricionais*” (*Ermessenstatbestand*) e certos conceitos que atribuem à Administração uma margem de valoração, os designados “*preceitos poder*” ou “*preceitos de poder*” (*Kann-Vorschrift*), muitas vezes, produzem dificuldades na interpretação e compreensão da norma. Finalmente, as palavras por seu aspecto linguístico possuem limitações, mas o fato é que não se pode renegá-las, devendo-se trabalhar para dar-lhes maior ou menor precisão¹⁴⁴.

Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas sinônimas. No entanto, além de se entender que exista distinção a cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero que gera tais formas de linguagens. Importa saber que todo o conceito pode possuir certa indeterminação, portanto, o que interessa aqui é o grau de indeterminação. Por tal motivo, pareceria inapropriado distinguirem-se os conceitos determinados dos indeterminados, conquanto seja verdade que

¹⁴³ BERNADO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 121) classifica dentro dos conceitos jurídicos indeterminados duas categorias: os conceitos classificatórios e os verdadeiramente indeterminados (ou conceito-tipo).

Os conceitos classificatórios são aqueles cuja natureza vaga ou imprecisa apenas suscita dificuldades de entendimento ou de aplicação ao intérprete, dificuldades essas que podem ser superadas por meio das técnicas interpretativas, não carecendo, pois de um juízo valorativo por parte do intérprete-aplicador. Distingue três espécies fundamentais: os conceitos descritivos-empíricos (aqueles cujo conteúdo é objetivamente precisáveis com recurso à experiência comum ou conhecimentos científicos ou técnicos de certo ramo), conceitos imprecisos de natureza jurídica (aqueles em que a indeterminação se traduz na remissão para figuras jurídicas de limites elásticos) e conceitos que se referem a situações definíveis com base na consideração de circunstâncias de tempo e lugar. Os conceitos verdadeiramente indeterminados (ou conceito-tipo) são aqueles que suscitam dificuldades superáveis apenas mediante um juízo de valoração de intérprete-aplicador.

Tal classificação é originária de: HENKE, Horst-ebherhard. *Die Tatfrage*. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin: Duncker und Humblot, 1966, p. 82 e ss; SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito administrativo*: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Coimbra (polic.). Coimbra: [s.n.], 1977/78, p. 59 e ss.

¹⁴⁴ Segundo FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 194): “*los conceptos jurídicos tienen una estructura semántica igual a la de los demás conceptos. El origen, naturaleza y funciones de su indeterminación es el mismo que la de aquéllos, aunque alterada por los efectos que en el significado de las palabras produce su uso jurídico. La incorporación de una palabra a una norma incluye sobre su significado al variar los límites de su campo de referencia y al quedar delimitado, directa o contextualmente, el sentido en que el término se toma. Además, el grado de precisión del concepto se ve sometido a la presión que produce saber su significado la “función” jurídica que desempeña en la norma; función que no consiste sólo en designar algo, sino, fundamentalmente, en atribuir a esa designación ciertas consecuencias*”.

todo o conceito pode ser considerado indeterminado, mas, quando a doutrina se refere aos conceitos jurídicos indeterminados em sentido estrito, com esse modo de colocar se faz referência exclusivamente àqueles conceitos que possuem o grau mais elevado de indeterminação¹⁴⁵.

Entende-se, assim, que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que não se podem traçar precisamente, que não deixam a seu intérprete a compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando são visualizados no caso concreto. Nessa perspectiva, há de se ressaltar a posição de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA¹⁴⁶:

[...] não merecem ser considerados *conceitos jurídicos indeterminados* todos aqueles conceitos cuja natureza vaga ou imprecisa suscite dificuldade de entendimento ou de aplicação ao intérprete. Se é só uma questão de entendimento, ela resolve-se através da interpretação. É o que sucede com todos os conceitos cuja imprecisão é apenas condicionada pela linguagem, e, portanto, solucionável através de raciocínios teórico-discursivos. Enquanto se mantém neste plano, a norma não atribui qualquer autonomia de decisão ao aplicador. A verdadeira indeterminação, e com ela a autonomia, surgem quando a indeterminação do conceito só é ultrapassável através de uma *avaliação* ou *valoração* da situação concreta baseada numa *prognose*, isto é, num juízo de estimativa sobre a futura actuação de uma pessoa (baseado na valoração das suas qualidades presentes), sobre a futura utilidade de uma coisa ou sobre o futuro, desenrolar, de um processo social.

Desse modo, a indeterminação jurídica surge da impossibilidade de identificar, por meio da interpretação, frente ao caso concreto, todo ou parte do significado¹⁴⁷. Assim como a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados com o fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, dessa maneira, somente podem ser analisados frente a um caso concreto, no qual se pode inferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será, assim como a discricionariedade, uma indeterminação potencial, meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em

¹⁴⁵ Sobre o tema vide: MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Año XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967.

¹⁴⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 474.

¹⁴⁷ Assim também entende KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208) que afirma ser conceito jurídico indeterminado todo conceito jurídico de baixa densidade normativa que exige para sua completa eficácia um juízo de valor realizado pela aplicação do direito no caso concreto.

abstrato, poderá não haver indeterminação do direito, caso não se confirme tal coisa frente ao caso concreto.

Ressalta-se que, muitas vezes, conceitos determinados em abstrato, que normalmente geram uma vinculação, poderão proporcionar a indeterminação no caso concreto. Inclusive, não se crê que seja necessário detectar previamente a indeterminação da norma em abstrato para que a indeterminação possa ocorrer no caso concreto. TIMOTHY A. O. ENDICOTT¹⁴⁸ sustenta que a indeterminação não provém somente de um aspecto linguístico, análise com a qual se concorda, e afirma que, por mais que a eleição dos termos para a formulação das normas jurídicas possa alterar o nível de indeterminação, acaba-se por reconhecer que a indeterminação parece ser inclusive profunda, penetrante e não eliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas nunca eliminá-la¹⁴⁹.

IV.I. INCERTEZA SEMÂNTICA RESPONSÁVEIS PELAS DIFICULDADES DE DETERMINAÇÃO DOS SENTIDOS NORMATIVOS

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta¹⁵⁰. Afora essas três incertezas semânticas, a confrontação de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no direito que se analisará¹⁵¹. Todas estas podem ser, a princípio, utilizadas como forma de

¹⁴⁸ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

¹⁴⁹ CLAUDIO LUZZATI (LUZZATI, Claudio. *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 592) coloca: “*La vaguezza [...] non è un fenomeno qualitativo che riguardi poche espressioni, come, per esempio, “Buena fede”, mas è um fenomeno quantitativo che, pur essendo riducibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile*”. Vide também: LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

¹⁵⁰ Apesar da doutrina utilizar terminologias distintas, são essas as incertezas semânticas que interessam analisar. Vide: TESO MARTIN, Enrique del. *Contexto, situación y indeterminación*. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998; IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 40 e ss; ROSSA, Letícia Pires. *Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância*. *Dissertação de Mestrado*, Florianópolis: UFSC, 2001.

Muitas são as razões para a utilização de tais incertezas semânticas nas normas jurídicas. Dada a infinidade de circunstâncias e disparidades de realidades, o legislador não pôde regular tudo com precisão e detalhes, seria necessário que conhecesse o futuro. Ademais, as normas precisas e detalhadas, muitas vezes, são indesejáveis e inadequadas para regular situações de mudanças, sendo necessário a utilização de meios flexíveis para uma maior aplicação da norma. Por sua vez, o custo de produção de normas é muito elevado e generalizar certos termos facilita e diminui o custo da mesma.

¹⁵¹ Esse elenco de indeterminações do direito tem base na doutrina de TIMOTHY A. O. ENDICOTT (ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000); e GENARO R. CARRIÓ (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

atribuição de subjetividade ou autonomia pública como se terá oportunidade de demonstrar. No entanto, há de verificar se não se confundem¹⁵².

A polissemia se produz quando as equivalências da relação de significação não estabelecerem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o intérprete à dúvida sobre qual o significado que é adotado no enunciado da norma. A vagueza se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra¹⁵³. E a textura aberta decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico. Por fim, a confrontação de conceitos técnicos caracteriza-se quando se necessita de disciplinas técnicas para a verificação ou não da ocorrência de determinado fato¹⁵⁴.

Não é essa posição, no entanto, unânime. MARIA LUÍSA DUARTE¹⁵⁵ classifica em cinco os graus de indeterminabilidade e estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados: a) polissemia: quando a palavra apresenta vários significados, devendo o intérprete procurar o sentido que se ajusta ao contexto onde se integra o conjunto significante; b) vagueza: o conceito vago permite uma informação de extensão larga, mas compreensão escassa, apresentando uma

¹⁵² DAVID DUARTE (op. cit., p. 915 e 916), in verbis: “Apesar de as incertezas de linguagem poderem ser utilizadas como forma de atribuição de discricionarietà, nada há que permita distinguir uma incerteza lingüística deliberada de um incerteza fortuita; e, como ambas conduzem ao mesmo cenário de discricionarietà na determinação do direito, idêntico ao que decorre de normas determinadas, as normas com enunciados com incertezas de linguagem podem (e devem) ser tratadas como uma categoria global e autônoma de normas atributivas de discricionarietà.

Integram-se dentre da categoria das normas atributivas de discricionarietà em razão de incertezas semânticas dos enunciados, assim sendo, as que compreendem na sua expressão lingüística casos de polissemia ou de vagueza; como constitui uma indefinição sobre o âmbito denotativo que provém de uma superveniência inesperada, a textura aberta não é à partida, por isso, um caso de incerteza aqui integrável, pois não é uma indefinição de linguagem que diretamente confira alternativas.

[...]

É exatamente em razão de as incertezas de linguagem referidas conduzirem a um cenário de discricionarietà equivalente ao que decorreria de alternativas expressamente formuladas, que as incertezas semânticas podem ser utilizadas como um instrumento técnico de atribuição de discricionarietà: em certas circunstâncias, as incertezas semânticas conseguem até recortar tecnicamente o âmbito de discricionarietà envolvido de forma mais eficaz”.

¹⁵³ ROBERT. E. GOODIN (op. cit., p. 235) afirma que o que ele chama de “*informal discretion*” deriva de formulações vagas da “*rule-statement*”: “*Vagueness in specifying who is to receive benefits or under what circumstances they are to be received might leave officials with substantial effective discretion in applying the rule*”.

¹⁵⁴ ROSEMARY PATTENDEN (PATTENDEN, Rosemary. Judicial discretion and criminal litigation. 2. ed. Oxford: Clarendon press, 2003, p. 6) cita dois tipos de discricionarietà, a “*overt discretion*” e a “*concealed discretion*”, a primeira é aquela “*upon reason and the law but for which [...] there is no special governing stature or rule*” e a segunda é a que possui “*open textured rules which within a wide range of facts are too elastic to compel a particular result*”.

¹⁵⁵ DUARTE, Maria Luísa. A discricionarietà administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987, p. 22, 24, 25, 26 e 44.

zona de dúvida muito ampla; c) ambiguidade: resulta de uma característica da sintaxe da língua que admite proposições sem sujeito expreso e faz concordar os possessivos com a palavra adjetiva e não com o sujeito possuidor. A rigor, a ambiguidade não se refere a conceitos em si, mas à relação com outros elementos da frase; d) porosidade: conceito aberto a uma grande evolução semântica de modo que sua definição pode ter em conta a realidade técnica, científica e jurídica não prevista pelo legislador; e) esvaziamento: o conteúdo informativo do conceito é de tal modo reduzido ou seu sentido é tão impreciso que sua interpretação deixa normalmente lugar a uma apreciação constitutiva ou discricional¹⁵⁶.

Agora, entre as incertezas semânticas analisadas – referidas à polissemia, à vagueza e à textura aberta –, pode-se dizer que a textura aberta possui uma incapacidade natural para ser utilizada como instrumento de subjetividade ou autonomia pública, pois é uma indefinição que resulta da superveniência perante a palavra de uma realidade que vai suscitar uma incerteza inesperada, por isso, é a própria composição da figura que a afasta de uma utilização da linguagem apta a conferir alternativas ou opções. Não havendo sequer qualquer discussão sobre a existência ou não de uma margem de liberdade. Porém, discute-se se os “*conceitos*” polissêmicos e vagos constituem um cenário de discricionariedade igual ao que se verifica com uma norma que confere expressamente alternativas, todavia com um enunciado mais simples e “*econômico*”.

No caso dos “*conceitos*” polissêmicos, parece aceitável o fato de serem utilizados como instrumentos normativos de subjetividade ou autonomia pública porque sua instrumentalização pode conferir alternativas ou opções, visto que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra. São muitos os fatores que possibilitam a polissemia: a metáfora, pela qual o conceito ganha outro significado devido à relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); a metonímia, pela qual o conceito adquire outro significado devido a uma relação de implicância (ex.: ler a Virgílio, por ler as obras de Virgílio); a passagem de um termo de linguagem específica para a linguagem comum (ex.: parênteses como sinal de pontuação – abrir um parêntesis para fazer uma explicação); a passagem de um termo de linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de objetos – o carro movido à pilha, como gerador de corrente elétrica). Todas essas causas de polissemias favorecem riscos de ambiguidade e imprecisão, logo, a polissemia

¹⁵⁶ Também fala destes cinco graus (polissemia, vagueza, ambiguidade, porosidade e esvaziamento) de indeterminações dos conceitos: CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 428 e ss; CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, v. II, p. 1176 e ss.

pode gerar indeterminações dos conceitos jurídicos, por conseguinte, uma margem de liberdade¹⁵⁷.

Já a utilização de “*conceitos*” vagos leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e a discricionariedade. Muitas são as causas da vagueza, entre as mais usuais, têm-se: a imprecisão, conceito que não contempla o preciso limite do critério para se identificar o alcance do objeto (ex.: calvo); a incompletude, conceito que apresenta ausência ou incompletude de elementos que são vitais para a precisa identificação de seus próprios limites (ex.: menos de 17 anos e maior de 18); as palavras gerais, conceito que reconhece várias espécies ou classes de um objeto (ex.: veículo); e as expressões valorativas, conceitos que revelam um conteúdo valorativo ou axiológico, onde se necessitam pontos de vistas e critérios pessoais para que sejam densificadas (ex.: notório saber)¹⁵⁸. São tais “*conceitos*” vagos e suas causas que geram os principais problemas da indeterminação dos conceitos jurídicos.

E, por fim, fora das incertezas semânticas analisadas, a confrontação de conceitos técnicos também pode levar a indeterminações, uma vez que muitas situações, mesmo sendo analisadas por disciplinas técnicas, não ofereceram uma única resposta universalmente incontestável. É nessa seara que se discute o problema da discricionariedade técnica. Alerta-se sobre a enorme divergência doutrinária do tema, motivo pelo qual se tratará, por separado, esta forma de indeterminação no próximo ponto.

IV.II. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Além das três incertezas semânticas (polissemia, vagueza e textura aberta) responsáveis pela dificuldade de determinação dos sentidos normativos, observou-se que a confrontação de conceitos técnicos é também uma forma de indeterminação no Direito, uma vez que não oferecerão uma única resposta universalmente incontestável. É, nessa área, como mencionado, onde se discute o problema da discricionariedade técnica. A questão é saber se pode haver, além de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos técnicos, extrajurídicos, os quais a norma incorpore e que sejam necessários valorar em cada caso.

¹⁵⁷ Para melhor visualizar o tema e não fugir do objetivo proposto na introdução deste trabalho, vide DAVID DUARTE (op. cit.), que utiliza muito bem o exemplo da palavra arquivo para evidenciar o que se afirma.

¹⁵⁸ ANTONIO MOZO SEOANE (MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 396) infere que: “*toda norma en cuyo supuesto haya conceptos indeterminados con un contenido de valor, está propiciando que el órgano administrativo actúe con cierto margen de apreciación en su aplicación al caso concreto*” e conclui que são equiparáveis a casos de discricionariedade apenas no sentido de que conferem à Administração uma certa margem de liberdade valorativa. O autor (ibidem, p. 399) denomina estes casos de “*discrecionalidad valorativa*”.

Ninguém duvida que o legislador não é conhecedor dos distintos conhecimentos técnicos, muitas vezes, indispensáveis para a elaboração de determinada norma, apesar de que possua corpo técnico e servidores auxiliares especializados. Seja por falta de conhecimento ou pela rapidez das mudanças no campo da técnica, certo é que o legislador delega à Administração uma parcela da função normativa a ser executada de forma complementar. Tal delegação ocasiona, por certo, um grau de liberdade em relação às normas que devem ser introduzidas no ordenamento jurídico e também o fato de que, na função administrativa, alojam-se atividades eminentemente técnicas, ou seja, atividades que dependem de conhecimentos especiais que a doutrina denomina discricionariedade técnica.

Apesar de nascida na Áustria¹⁵⁹, foram os autores italianos os que mais esforços fizeram para esclarecer conceitualmente a discricionariedade técnica¹⁶⁰. A distinção entre discricionariedade técnica e pura se desenvolveu a princípio do século XX, quando a doutrina italiana teve de enfrentar os problemas que colocavam os conceitos jurídicos indeterminados. LUIGI BENVENUTI¹⁶¹ afirma: *“Uno dei temi più rilevanti nella discussione intorno alla discrezionalità è stato, a partire dalla fine del secolo scorso, senz’altro quello dei rapporti tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura. Intesa la prima da alcuni come figura autonoma separata dalla zona libera dell’amministrazione; da altri intesa come apprezzamento legato distinto rispetto alla discrezionalità in senso proprio, da altri ancora identificata come accertamento tecnico indipendente rispetto alle operazioni considerate tipiche della cosiddetta discrezionalità”*.

O conceito de discricionariedade técnica tem características não sólidas na doutrina e caracteriza-se pela equivocidade e ausência de unanimidade em torno de seu significado¹⁶².

¹⁵⁹ Segundo FERNANDO SAINZ MORENO (SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 231), a peculiaridade da discricionariedade, de acordo com EDMUND BERNATZIK (BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886), era que, em todos seus aspectos, radica na dificuldade da apreciação da hipótese; por isso dizia, refere ser melhor falar em “*discrecionalidad técnica*” (*technischen Ermessen*).

¹⁶⁰ Inicialmente, com FEDERICO CAMMEO (CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.]; CAMMEO, Federico. La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III. CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss); seguido por ENRICO PRESUTTI (PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910; PRESUTTI, Enrico. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libreria, 1911) e depois com MASSIMO SEVERO GIANNINI (GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939) e RENATO ALESSI (ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss).

¹⁶¹ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 24.

¹⁶² MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985, p. 7.

ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA¹⁶³ chega a referir que “*a natureza e dimensão desta ‘discrecionalidade técnica’ varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado, mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso*”. Por isso, há de estudar as transformações do conceito e a situação atual do debate relativo a essa técnica¹⁶⁴.

Em uma primeira etapa, o conceito de discrecionalidade estava quase sempre ligado à ideia de interpretação¹⁶⁵. A doutrina identificava a discrecionalidade técnica como uma forma de discrecionalidade de menor amplitude, que vinha contraposta à discrecionalidade pura, que era sempre incontrolável. A distinção proposta por FEDERICO CAMMEO¹⁶⁶ centra-se na divisão dos fatos em simples e complexos: em que os simples vinculam a autoridade administrativa às normas que dependem de certas consequências jurídicas, da existência de certos fatos simplórios; e os que dependem de fatos complexos são ligados à discrecionalidade técnica. Dizia-se que a discrecionalidade técnica deveria proceder conforme critérios técnico-administrativos determinados, ainda que a norma não determine plenamente a forma de atuação¹⁶⁷. A consequência de tal entendimento era que a discrecionalidade técnica não deveria ser objeto de controle judicial.

¹⁶³ SOUSA, Antonio Francisco de. A discrecionalidade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 307.

¹⁶⁴ Sobre cada uma das etapas, vide: RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I, p. 33-48; BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 15-108; DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 28-67; GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁶⁵ LUIGI BENVENUTI (BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 26) dizia que: “*Il problema della delimitazione della nozione di discrezionalità rispetto alla tematica ermeneutica ci sembra infatti essere alla base di molte delle discussioni e dibattiti svoltisi intorno all’argomento, che anche quando avevano come oggetto altre questioni, finivano per rispecchiare pure una diversa concezione proprio dell’interpretazione e della estensione rispetto al margine libero dell’attività amministrativa*”.

¹⁶⁶ CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.], p. 774; CAMMEO, Federico. La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III; CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss.

¹⁶⁷ FEDERICO CAMMEO, em um primeiro trabalho (CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.], p. 774), afirmava que a discrecionalidade técnica deriva da aplicação de uma norma imprecisa, onde a Administração para integrar a imprecisão normativa deve utilizar critérios técnicos, não pode atuar com pura liberdade. No entanto, mudou seu entendimento (CAMMEO, Federico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV, p. 44 e ss.; CAMMEO, Federico. Corso di diritto Amministrativo. Padova: Litotipo, 1914, v. I, p. 403 e ss.) para afirmar que essa surge das normas imprecisas, dos conceitos jurídicos indeterminados, mas o que a caracteriza já não é a aplicação de dita norma imprecisa seguindo critérios técnico-administrativo, mas sim a necessidade de recorrer também a critérios de conveniência e oportunidade.

Logo se defendeu que a discricionariedade técnica surgia também das normas que utilizam conceitos jurídicos indeterminados. Isto significa que tal discricionariedade não se caracterizaria pela aplicação das normas segundo critérios técnico-administrativos, mas sim por critérios de oportunidade com vistas aos interesses públicos. Essa posição, em geral, foi criticada por entender que os elementos conveniência e oportunidade não poderiam existir na discricionariedade técnica, pois ela não se refere a um poder relativo à apreciação dos interesses públicos concretos.

ENRICO PRESUTTI¹⁶⁸ critica essa distinção rejeitando o elemento de apreciação do interesse público como característico da discricionariedade técnica. Segundo este autor¹⁶⁹, o critério para distinguir a norma que dá lugar à discricionariedade técnica é o seguinte: às vezes, a norma jurídica possui certos efeitos jurídicos vinculados a determinadas condições, dos quais apenas se pode dizer que existam ou não, mas que não existem em maior ou menor grau. Em outros casos, as condições sugeridas pela norma não podem ser infinitamente variadas na extensão, enquanto que a norma não determina o grau em que devem se apresentar para produzir determinados efeitos jurídicos. Deste modo, origina-se a discricionariedade técnica, porque, segundo o autor, nela o Tribunal pode julgar se os fatos se produzem nas medidas necessárias para legitimar um ato administrativo. Neste caso, enquanto existe uma norma que rege a atividade e está proibido o juízo da legalidade de aplicá-la, há a discricionariedade técnica¹⁷⁰.

EVA DESDENTADO DAROCA¹⁷¹ distingue a discricionariedade pura da técnica, afirmando que a primeira se caracteriza pela existência de um momento de apreciação do interesse público; e que a técnica não pode incluir esse elemento de oportunidade. Desse modo: *“la discrecionalidad técnica se identifica con los conceptos jurídicos indeterminados, y la apreciación del interés público erradicada de esta categoría se erige como elemento característico de la discrecionalidad pura. Deja de ser, por tanto, una discrecionalidad administrativa de menor amplitud. La discrecionalidad técnica otorga a la Administración un poder, aunque se trata de un poder diferente al que le atribuye la discrecionalidad administrativa, porque no es un poder para la apreciación del interés público concreto, sino únicamente para llevar a cabo una valoración de los hechos, que le está reservada en exclusiva a la Administración y que los tribunales no pueden suplantar”*. Para ENRICO PRESUTTI, a

¹⁶⁸ PRESUTTI, Enrico. *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.

¹⁶⁹ Idem. *I limiti del sindacato di legittimità*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911, p. 48.

¹⁷⁰ Para um estudo comparado da concepção da discricionariedade técnica de FEDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI, vide: BENVENUTI, Luigi. *La discrezionalità amministrativa*. Padova: Cedam, 1986, p. 28 e ss.

¹⁷¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas* (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

discricionarietà técnica era considerada como uma “*categoria giuridica realmente esistente che è una sottospecie di quella più ampia della valutazione giuridica*” e que ainda era compreendida como um tipo particular de interpretação.

ORESTE RANELLETTI¹⁷² propõe outra solução e sublinha que a questão da discricionarietà técnica e pura pode resolver-se mediante soldagem das duas em uma só discricionarietà, rejeitando qualquer divisão. De fato, segundo esta concepção, a discricionarietà técnica seria “*uno dei casi di libertà o discrezionalità dell’amministrazione in riguardo al merito (convenienza, opportunità, giustizia) dei suoi atti caso che non sembra necessario né conveniente separare degli altri come una figura a sé stante*”. Afirma que a discricionarietà administrativa existirá na ausência de qualquer norma de direito; quando a norma concede uma margem de liberdade à Administração para definir mediante uma apreciação subjetiva o interesse público, “*l’an, il quid o il quomodo dell’azione*”; e quando a norma “*pur obbligando l’Autorità a compiere una data azione ne lega e fa dipendere la determinazione o il contenuto dell’atto dal concorso di elementi o condizioni di cui l’esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze di interessi collettivi; così la necessità o utilità pubblica, l’urgenza, la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico [...]*”¹⁷³. Segundo ORESTE RANELLETTI, na vida do Estado, precisa-se distinguir entre a atividade administrativa, que possui sempre como fim direto e imediato a satisfação dos interesses públicos, e a atividade técnica, que tem lugar de acordo com as normas das diferentes disciplinas práticas (economia, agricultura, engenharia, pedagogia), para a solução de determinados problemas e a realização de determinadas obras. Em todos os casos que se desempenha uma atividade técnica, as normas das distintas práticas podem ser mais precisas a fim de excluir qualquer subjetividade ou podem deixar uma grande liberdade de determinação e avaliação. Neste caso, haverá discricionarietà técnica.

Pode-se citar, também, outros autores não tão clássicos. Assim, cabe mencionar ALESSANDRO RASELLI¹⁷⁴, o qual alude que a discricionarietà é a “*valutazioni di opportunità*”, não apenas uma valoração de critério técnico ou em respeito a um fato completo ou de grau de interesse público (discricionarietà técnica de FREDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI), nem sequer uma valoração em respeito a um interesse não definido em uma norma, nem de modo preciso, nem impreciso (discricionarietà pura). Sua construção é

¹⁷² RANELLETTI, Oreste. Principi di diritto amministrativo. Napoli: Pierro, 1912, v. I, p. 390.

¹⁷³ Ibidem, p. 367.

¹⁷⁴ RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I.

muito similar à de ORESTE RANELLETTI, pois unifica a dupla visão da discricionariedade técnica e pura.

Segundo EVA DESDENTADO DAROCA¹⁷⁵, as concepções originárias do debate em torno à discricionariedade técnica, ou seja, a de FREDERICO CAMMEO e ENRICO PRESUTTI, bem como a ideia de ORESTE RANELLETTI, envolvem o mesmo problema, o de saber se existe ou não uma margem de apreciação subjetiva na concreção de conceitos indeterminados conforme os diferentes tipos de critérios (oportunidade, técnico, boa administração ou da experiência comum). LUIGI BENVENUTI¹⁷⁶ resume:

Per quanto riguarda la discrezionalità tecnica in sede di sindacato di legittimità sarebbe stato possibile (ma la questione viene trattata in modo alquanto problematico) un giudizio solo sulla esistenza di interessi collettivi simile a quello necessario per valutare fatti semplici, non anche un apprezzamento del grado di essi. Similmente dal Presutti la discrezionalità tecnica viene definita come un “sottospecie della valutazione giuridica” consistente in apprezzamenti di natura soggettiva come in ogni operazione interpretativa ma solo insindacabili, ed essa viene contraposta pur con delle motivazioni diverse alla discrezionalità pura in cui vi sarebbe una scelta assolutamente libera. In sede di legittimità sarebbe stato possibile un giudizio di natura intellettuale sulla sussistenza o insussistenza dell’interesse pubblico, non anche una valutazione del grado (in più o in meno) richiesto della norma per produrre effetti giuridici. Per il Ranelletti, invece, sia la valutazione del grado (in più o in meno) fatta dalla pubblica amministrazione sia l’apprezzamento della esistenza di interessi collettivi previsti della norma per il compimento di una azione, rientrerrebbero nella ipotesi di discrezionalità, pur restando simile il modo di trattare il sindacato di legittimità.

A etapa seguinte tem como percussor MASSIMO SEVERO GIANNINI¹⁷⁷. Este dá um passo a mais na delimitação da noção de discricionariedade técnica passando a conceituá-la como atividade de valoração de conceitos jurídicos que remetem finalmente apenas a critérios técnicos. Isso significa que a ideia da discricionariedade técnica era errônea. Na verdade, o que havia era um conceito jurídico indeterminado que se caracterizava por requerer um emprego de critérios técnicos. Sendo um conceito jurídico indeterminado, não haveria nenhuma discricionariedade, ou é algo ou não o é¹⁷⁸. Menciona, o autor¹⁷⁹, que a aplicação do

¹⁷⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 35.

¹⁷⁶ BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986, p. 51 e 52.

¹⁷⁷ GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.

¹⁷⁸ Cabe recordar que não se falava neste momento da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

¹⁷⁹ GIANNINI, Massimo Severo. Op. cit., p. 42.

conhecimento técnico pode ser extremamente complexa, podendo dar lugar a uma margem de opiniões, mas jamais à discricionariedade. Poderá gerar mais de um resultado e, assim, representar uma questão de grau, mas jamais sob a motivação da conveniência e da oportunidade. Assim, a discricionariedade técnica seria um tipo de atividade que não deixaria qualquer margem de liberdade para a decisão, estando estritamente vinculada pelas regras e critérios técnicos. O que importa ter em conta é que se defendia que não haveria nenhuma ponderação nem eleição entre alternativas ou opções. A Administração recorre à utilização de critérios técnicos e realiza uma atividade de mero juízo na qual não intervém de modo algum na vontade.

Finalmente, como última etapa, RENATO ALESSI¹⁸⁰ sustenta que tal discricionariedade tinha direta correlação com os conceitos jurídicos indeterminados que precisavam, para sua aplicação, ser apreciados de acordo com os critérios técnicos, excluindo-se os conceitos que seriam integrados por critérios de experiência comum.

Segundo EVA DESDENTADO DAROCA¹⁸¹, a diferença desta etapa com a antecessora é que se passou a diferenciar a atividade técnica em si da chamada discricionariedade técnica. Em ambas, faz-se recorrer a critérios técnicos, mas, enquanto que na atividade técnica a aplicação dos critérios dá lugar a um único resultado certo; na discricionariedade técnica, o emprego dos critérios resulta inoperante para dar lugar a um resultado unívoco, de tal forma que subsiste uma margem opinativa ou de subjetividade¹⁸². Para outros autores, o traço característico da discricionariedade técnica passou a radicar em que a alternativa ou opção que a Administração deve eleger vem determinada pelos critérios técnicos aplicáveis¹⁸³.

Tudo isso leva a crer que a discricionariedade técnica é um erro histórico. A discricionariedade técnica se utiliza, pois, naquelas matérias em que as normas jurídicas utilizam como pressuposto da ação administrativa conceitos indeterminados. Não se trata, portanto, de uma verdadeira discricionariedade, mas sim e, como bem sinaliza ALDO PIRAS¹⁸⁴, de uma técnica para reduzir progressivamente a discricionariedade. Outro que denuncia a inutilidade conceitual da discricionariedade técnica é DARIA DE PRETIS¹⁸⁵. A

¹⁸⁰ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 245 e ss.

¹⁸¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas* (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

¹⁸² SANDULLI, Aldo Mazzini. *Manuale di diritto Amministrativo*. Napoli: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1989, p. 595 e ss.

¹⁸³ DEL PRETE, Paparella e. *La discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*. Bari: Istituto di Diritto Pubblico della R. Università di Bari, 1941, p. 47 e ss.

¹⁸⁴ PIRAS, aldo. Discrezionalità amministrativa. In: CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, tomo XIII, p. 88.

¹⁸⁵ PRETIS, Daria de. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*. Padova: Cedam, 1995, p. 233-291.

razão pela qual se denomina discricionariedade técnica é, conforme MASSIMO SEVERO GIANNINI¹⁸⁶, um erro histórico da doutrina, mesmo sendo hoje uma locução de uso comum: quem a emprega sabe, no entanto, que se trata de uma discricionariedade totalmente distinta da discricionariedade pura ou administrativa. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁸⁷ afirma que a discricionariedade técnica é uma irritante e equivocada expressão, um *“concepto odioso porque se puso en circulación un día con el único propósito de cerrar el paso al control jurisdiccional de las decisiones de la Administración en cuya base se encuentra en juicio o una valoración de carácter técnico y que no tiene, por lo que ahora diré, ningún fundamento. La propia expresión, discrecionalidad técnica, implica una auténtica contradicto in terminis, porque discrecionalidad es libertad de elección y eso es algo de lo que el científico y el técnico carecen por hipótesis, ya que, lo quieran o no, son esclavos de sus propios saberes. Cuanto mayores sean éstos, menor será la libertad de opinar de quien los poseen. Discrecionalidad y técnica son conceptos que se repelen mutuamente”*.

Nos tempos atuais, o uso errôneo da chamada discricionariedade técnica se estendeu a outras situações. Além de abarcar os casos em que a Administração deveria aplicar um conceito jurídico indeterminado de caráter técnico, também, abrange todos os casos em que a Administração, ao realizar uma conduta, realiza-a por meio de regras técnicas, ou seja, a mencionada discricionariedade técnica concerne a todo e qualquer exame de fato ou situação que tenha como suporte o conhecimento técnico e científico, derivado de regras médicas, de engenharia, biológicas, entre outras. À parte de tais concepções, o termo discricionariedade técnica, também, é utilizado para fazer referência a setores complexos da Administração Pública em que órgãos específicos do respectivo campo de conhecimento realizam uma intensa inter-relação entre apreciações técnicas e discricionariedade. Estas e muitas outras concepções hoje existentes parecem sofrer de uma total impropriedade jurídico-formal¹⁸⁸.

Pode-se concluir que a noção de discricionariedade técnica não é de todo clara, sendo fonte de confusões e até mesmo de utilizações impróprias. Por tal motivo, melhor seria não utilizar tal expressão. Uma vez averiguado um erro não se pode permanecer nele, deve-se esforçar em ter por objeto a técnica e não a discricionariedade.

¹⁸⁶ GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1970, v. I, p. 488.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 253.

¹⁸⁸ A respeito de tal impropriedade jurídico-formal, vide: DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

Na Itália, esses esforços se iniciaram com V. BACHELET¹⁸⁹, que foi seguido pela doutrina, não apenas de seu país, mas de todo o mundo. CÉSAR DAVID CIRIANO VELA¹⁹⁰, por exemplo, entende que não existe discricionariedade técnica nas mãos da Administração, mas sim uma margem de valoração política e técnica: *“en cuyos extremos se encontrarían, respectivamente, los supuestos que implican una valoración política en sentido estricto, al margen de otras consideraciones, y en el otro se hallarían los casos en donde es preciso exclusivamente llevar a cabo apreciaciones científico-técnicas. A medio camino estarían todos aquellos casos en donde es necesario practicar ambos tipos de valoraciones, con la existencia muchas veces de dos momentos: uno primero de carácter técnico y uno segundo político, en donde es preciso elegir entre las diversas técnicas posibles”*. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA¹⁹¹ sustenta que a valoração em questões se expressa por meio de um juízo opinativo de conteúdo técnico, que nada tem que ver com a discricionariedade propriamente dita *“muito embora certa doutrina persista em a identificar através do termo ‘discricionariedade técnica’”* E conclui¹⁹²: *“o agente é compelido a identificar o interesse público preciso que a lei requer, evitando interesses de segunda ordem ou particulares, para isso valorizando a liberdade de que dispõe na perspectiva daquele interesse, o que leva a comparar e hierarquizar alternativas de ação em ordem ao melhor desempenho possível, ao passo que na actividade técnica o que se pede ao agente é que ele emita uma declaração de ‘ciência certa’, o que não quer dizer que tenha de ser indiscutível. A consideração do interesse público não é a característica principal desta actividade”*. Por fim, CÉSAR A. GUIMARÃES PEREIRA¹⁹³ afirma que existem casos descritivos como discricionariedade técnica em que não há juízo volitivo, e sim uma apreciação técnica. Por isso, defende o abandono da expressão. Para o autor, seu emprego serve como fonte de equívocos, pois faz supor que há juízo técnico da Administração não controlável pelo Poder Judicial, além de existir uma espécie de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa e que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricção.

¹⁸⁹ BACHELET, Vittorio. L'attività técnica della Pubblica Amministrazione. In: AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

¹⁹⁰ CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 142.

¹⁹¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 216 e 217.

¹⁹² Ibidem, p. 218.

¹⁹³ PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003, p. 261 e ss.

De acordo com EVA DESDENTADO DAROCA¹⁹⁴, esse novo rumo entende que a atividade técnica da Administração se apresenta tanto no exercício do dito poder vinculado como discricional. Traz a autora distintos posicionamentos a respeito da chamada discricionariedade técnica. O primeiro deles é V. BACHELET¹⁹⁵. Este entende que *“la técnica no es capaz de proporcionar soluciones unívocas a determinados problemas, por lo que siempre aparece un margen de elasticidad dentro del cual la Administración ha de elegir entre las diferentes soluciones que proporciona la técnica, lo que deberá hacer conforme a criterios que no son técnicos”*. Logo, o caráter subjetivo ou de autonomia pública das decisões não é eliminado. Afinal de contas, o simples fato de optar por um critério técnico é utilizar uma margem de liberdade que, como se observará, chama-se apreciatividade. Sustenta o autor que *“a la hora de adoptar una decisión sobre la base de criterios técnicos, la Administración lo primero que tendrá que hacer es elegir entre las diferentes construcciones y principios existentes y esa elección necesariamente estará guiada por las preferencias de valor o de política del órgano competente”*. Desse modo, enquanto na discricionariedade administrativa há opção entre alternativas com a finalidade de satisfazer os interesses públicos, havendo um juízo de valor e de vontade; na discricionariedade técnica, há a utilização de critérios técnicos para a apreciação de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado, assim, existindo, somente, juízo de valor.

Outro posicionamento comentado pela autora é o de F. LEDDA¹⁹⁶ que acredita que as regras ou critérios técnicos são aqueles cujo conteúdo informativo está desprovido de juízo de valor e, portanto, apresenta um caráter neutro. Sendo assim, no exercício da discricionariedade técnica, realizam-se dois tipos de apreciações: apreciações que exigem juízos técnicos e apreciações que implicam juízos de valor. São distintos e não devem se confundir. Para a autora¹⁹⁷: *“los criterios técnicos deberán servir a la Administración para determinar el mejor modo de lograr la satisfacción del fin para el cual se ha configurado la potestad. La Administración está obligada a emplear los criterios técnicos aplicables y adoptar la solución que éstos indican como correcta. Pero es cierto que en determinados casos la valoración técnica no da lugar a una respuesta unívoca y que están imbuidas de un alto grado de*

¹⁹⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

¹⁹⁵ BACHELET, Vittorio. *L'attività técnica della Pubblica Amministrazione*. AA. VV. Scritti Giuridici I. L'Amministrazione pubblica. Milano: Giuffrè, 1981.

¹⁹⁶ LEDDA, F. *Potere, técnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione Pubblica*. Rivista Diritto Processuale Amministrativo. Milano, n. 4, Ano 1, p. 372-438, out./dic., 1983, p. 386.

¹⁹⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

opinabilidad”. Logo, havendo mais de um critério ou solução a ser adotado, ou seja, a possibilidade de eleição entre várias técnicas igualmente válidas e eficientes para a consecução dos objetivos públicos, tal eleição constituirá uma prerrogativa de quem gere o interesse coletivo, ou seja, do administrador público.

Ambas as concepções são, no entanto, criticáveis¹⁹⁸. Entende-se que, ao analisar a apreciação técnica, utilizar-se-á a metodologia científica que nem sempre implica certeza absoluta e irrefutável, tampouco, opiniões ou convicções puramente subjetivas e, em todo o caso, as proposições científicas devem ser resultados justificados e corroborados. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ¹⁹⁹ sustenta que prefere não estabelecer um conceito de disciplina técnica, mas sim os elementos do conceito técnico. Relata que nem todos os conceitos das disciplinas técnicas são determinados, mas somente aqueles que apresentam contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Já ODETE MEDAUAR²⁰⁰ realça o fato de que a discricionariedade técnica não é uma nova espécie de discricionariedade, mas sim a possibilidade de eleição da solução que deve se adotar por meio dos critérios oriundos de conhecimentos especializados, sejam técnicos ou científicos. E aduz: “*nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias*”. Complementando que “*podem existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam a escolha*”. Desse modo, na medida em que o método científico nem sempre proporciona uma resposta unívoca, o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios técnicos, possuindo assim uma margem de livre apreciação, não uma discricionariedade. EVA DESDENTADO DAROCA²⁰¹ denomina essa possibilidade de discricionariedade de caráter instrumental. No caso das realizações de apreciações técnicas, chama-a de “*discrecionalidad instrumental jurídico-técnica*”. Segundo essa autora, “*lo importante es que la autoridad ha de operar con criterios y conocimiento técnicos y justificar sus decisiones en virtud de los mismos. Eso no significa que la Administración posee una discrecionalidad fuerte, pues no se atribuye ningún ámbito de*

¹⁹⁸ PELAGATTI, Giorgio. Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Ano 41, n. 1, p. 158-190, ene./mar., 1992, p. 190.

¹⁹⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. 1.

²⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

²⁰¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas* (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997, p. 61-69.

decisión propio, además es necesariamente así si se tuviera en cuenta algún tipo de regulación que confiera auténticos derechos a los particulares. En ningún momento hay un margen para que la Administración realice una elección en función de lo que le parezca más conveniente para el interés público”.

V. CONCEITO DE PROGNOSE

J. J. GOMES CANOTILHO²⁰² reconhece que a tese da imprecisão de conceitos indeterminados não deriva apenas da indeterminação dos enunciados linguísticos, mas também de indeterminações fáticas subjacentes à norma. Afirma o autor que, quando estes dois tipos de indeterminação se juntam, estar-se-á diante do que se chama “*conceitos indeterminados de prognose*” (muito longe do que se denomina aqui conceitos jurídicos indeterminados), ou seja, conceito que apenas podem ser concretizados com base em uma prerrogativa de avaliação, pois a incerteza das situações futuras e a especificidade das regras de experiência a que deve recorrer o órgão que decide para formular o ato administrativo correspondente não se compaginam com o panorama típico do dito poder vinculado, antes, pressupõem a realização de juízos de prognose que conferem substrato a um espaço de livre apreciação da Administração²⁰³.

Outro autor da atualidade que contribuiu muito para a discussão relativa à discricionariedade e aos conceitos jurídicos indeterminados foi WALTER SCHMIDT²⁰⁴. Seus estudos apontam no sentido da classificação e consolidação de uma zona de livre decisão com responsabilidade exclusiva da Administração (*eigenverantwortlicher Entscheidungsspielraum*). Sua construção parte do conceito de “*margem de livre decisão*” (*Entscheidungsspielraum*). A vinculação às normas jurídicas (*Rechtssatzbindung*) e a sujeição ao controle da aplicação das leis feitas pelos Tribunais marcam os limites da “*margem*” que beneficia a Administração. Cobrir a “*margem de livre decisão*” (*Auifüllung Von Spielraumen*) de que dispõe a autoridade administrativa corresponde à aplicação de uma norma jurídica por meio da qual se conjuga uma situação concreta vivida (*Lebenssachverhalt*) com os elementos

²⁰² CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Fidelidade à República* ou fidelidade à nato?. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, v. 1, p. 131-207, 1984, p. 204 e 205.

²⁰³ Outros autores que tratam sobre um juízo de *prognosis* nos conceitos jurídicos indeterminados são: CORREIA, José Manuel Sérulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987); AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995; e GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 220.

²⁰⁴ SCHMIDT, Walter. Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts. München: Beck, 1982, p. 59.

da previsão normativa (*Tatbestandsmerkmalen*). Menciona, o autor, que quem decide cobrir uma “*margem de livre decisão*” precisa escolher entre alternativas ou opções, e que tal eleição pode depender de conexões diferentes e suscitada em momentos distintos do procedimento. Para o autor, a avaliação de pressupostos que integram a situação concreta, no tocante a efeitos de sua subsunção em conceitos indeterminados que figuram na previsão da norma, reduz-se sempre a um problema de *prógnosis*, trate-se de avaliação de qualidade de pessoas ou coisas, ou se trate, diretamente, da estimação sobre a evolução futura de processos sociais²⁰⁵.

VI. ESTRUTURA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Considerado o até aqui exposto, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. Conforme PHILIPP HECK²⁰⁶, pode-se distinguir, entre os conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo conceitual e uma auréola conceitual. Sempre que se tiver uma noção clara do conceito e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. As dúvidas começam quando se está diante da auréola do conceito.

FERNANDO SAINZ MORENO²⁰⁷ afirma que o problema da indeterminação pode explicar-se graficamente mediante círculos concêntricos: “*El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que “eso” pueda denominarse con ese término); el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que “eso” no puede denominarse así). Entre esos dos círculos hay una zona de duda, de indeterminación*”. Distingue assim duas zonas: um núcleo ou zona de certeza configurado por dados prévios, seguros; e uma auréola, zona que rodeia o núcleo, zona de dúvida ou, expresso com maior precisão, zona onde não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige averiguar a ideia nuclear do conceito.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁰⁸ escrevem que, em todos os conceitos jurídicos indeterminados, “*es identificable un núcleo fijo (Begriffen) o ‘zona de certeza’, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o ‘halo del concepto’ (Begriffhof), más o*

²⁰⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 130 e 131.

²⁰⁶ 1937 apud ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 209.

²⁰⁷ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 70.

²⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 460.

menos precisa, y, finalmente, una 'zona de certeza negativa', también segura en cuanto a la exclusión del concepto”.

Diante desses componentes, a interrogação fundamental que desperta os conceitos jurídicos indeterminados consiste em saber se sua aplicação apenas dá lugar a uma única solução correta ou se, pelo contrário, dita aplicação atribui ou não uma margem de liberdade à Administração. São ou não equivalentes à discricionariedade, é outra interrogação. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou auréola conceitual), visto que há maior dificuldade para localizar a única solução justa.

VII. TEORIA DA MULTIVALÊNCIA OU DA DUPLICIDADE E TEORIA DA UNIVOCIDADE OU DA UNICIDADE

Há, portanto, duas teorias pertinentes à relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Alguns entendem ser esta integrante da discricionariedade administrativa. Quem assim pensa, considera que o dever discricional existe nos conceitos jurídicos indeterminados, frente à subjetividade presente no momento de sua aplicação (teoria da multivalência ou da duplicidade). Outros entendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de interpretação, e não uma questão de discricionariedade, perspectiva que supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador (teoria da univocidade ou da unicidade). E há, também, aqueles que rejeitam a ideia da unidade de solução justa e sustentam inexistir discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Para a primeira corrente, a discricionariedade pode resultar de conceitos jurídicos indeterminados, que, ao delimitarem o campo de atuação do administrador, referem-se à realidade de modo vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, dependentes de interpretação e valoração por parte do administrador quanto ao seu sentido real, relativamente ao alcance de seu significado, e que, no entanto, buscam delimitar uma hipótese concreta. Ou seja, essa corrente entende que, se, em determinado caso concreto, o administrador opta por específico entendimento razoável de determinados conceitos jurídicos indeterminados (vago, impreciso), não se poderá inferir que violou a norma, que transgrediu o Direito. E, assim, atuou dentro de uma liberdade intelectual que, no caso concreto, o Direito facultava, ainda que pudesse caber outra interpretação. É, portanto, equivocado, para esta doutrina, supor que caso não se proponham questões de discricionariedade perante o tema dos conceitos jurídicos

indeterminados, ao final, a ressonância jurídica dos conceitos jurídicos indeterminados e das opções de mérito legalmente previstas são perfeitamente iguais na esfera do Direito, ou seja, que repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade. Assim, pouco importa se a liberdade é intelectual ou volitiva, se os efeitos jurídicos são idênticos²⁰⁹.

A segunda corrente entende que a discricionariedade se diferencia dos conceitos jurídicos indeterminados, pois, nestes, há apenas uma solução possível que pode ser adotada, não se admite mais de uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. Logo, o intérprete dos conceitos jurídicos indeterminados deve buscar a única solução adequada, pelo método interpretativo, não cabendo, neste caso, falar de discricionariedade, pois se trata de apreciação vinculada. Os seguidores dessa corrente entendem que somente haverá discricionariedade quando a Administração tiver a incumbência de optar pelo fim imediato a ser executado e partem de duas premissas: a ideia de que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um suposto de aplicação da lei ao caso concreto, motivo pelo qual a questão se reduz à interpretação; e, ainda, sustentam que, por ser uma interpretação, esta sempre leva a uma única solução justa. Logo, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, enquanto tarefa

²⁰⁹ A favor dessa teoria: LEMAYER, Karl von. *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*. In: GRÜNHUT'S. *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*. 22. ed. Wien: A. Hölder, 1895; PÉREZ OLEA, Manuel. *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*. In: AA. VV. *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972, tomo II, p. 84 e 85; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 410 e ss; MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967, p. 253 e 254.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 116) observou que não está claro que existe sempre uma diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Para ele, nem sempre é factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa, fato este que está exigindo que os juízes resolvam essa dúvida sob seus próprios valores. Assim, prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ter-se-ia que apoiar essa ideia em um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta da possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação. Portanto, para esse autor (ibidem, p. 118), falha a premissa de que a aplicação de todo conceito jurídico indeterminado em todos os casos apenas pode deparar-se com uma solução verdadeira e justa. Para o autor, essa ideia se apoia em um conceito transcendente de Justiça e em uma fé absoluta na possibilidade do discernimento humano, idealismo que, para ele, não é fácil compartilhar. Afirma que, na maioria dos casos, o resultado ao que pode levar a aplicação de um conceito indeterminado é uma questão suscetível de uma pluralidade de opiniões sustentáveis com argumentos lógicos e razoáveis, que desbordam a pura interpretação jurídica para se estender a juízos de tipo técnico ou puras valorações fáticas. Desse modo, se esta pode chegar a várias soluções distintas juridicamente aceitáveis, é que está exercendo discricionariedade. No mesmo sentido, MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad Administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 196 e 197) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27-28), que afirma que “a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos”.

interpretativa, reduz-se a descobrir essa solução justa. Argumentam que a auréola do conceito, apesar de outorgar uma margem de livre apreciação a favor da Administração, não supõe um processo volitivo ou uma eleição na determinação da solução²¹⁰.

VIII. POSIÇÃO QUANTO AOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Desde sua criação até hoje, o número de autores alemães que não aceita a distinção criada entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade cresceu muito, sendo equivocada a afirmação de que tal distinção representa a “moderna” doutrina alemã²¹¹. Como se pode depreender, desde a década de 1950, assinalava-se um espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) existente em alguns conceitos jurídicos indeterminados. Segundo KARL ENGISCH²¹²:

²¹⁰ A favor dessa teoria: BÜHLER, Ottmar. *Subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung*. Berlin: Kohlhammer, 1914; JÖHR, Eduard. *Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens*, Zürich: Aarau, 1931; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227 e 228; SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 282 e 283; GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002, v. 1, p. 186; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo: (Parte general)*. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 103-105; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 886; VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1999, v.1, Concepto y fuentes, p. 30.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 458-459) distinguem os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade dizendo que esta: “*es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional*”. A consequência é que o juiz tem toda liberdade para apreciar a aplicação, pela Administração Pública, dos conceitos jurídicos indeterminados, apesar de reconhecer que a decisão sobre a única solução possível nem sempre é fácil, tendo em vista a zona intermediária (de incerteza ou “*halo del concepto*”) do conceito jurídico indeterminado, que se ressalta que nem nessa existe a discricionariedade.

²¹¹ Para uma crítica à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e comentários sobre o declive desta em seu país de origem, vide: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, p. 123; KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez, 2004, p. 191 e ss.

²¹² ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 221.

Os espaços de livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário (isto é, atribuição de poder para uma discricionariedade “livre”) pelo facto de que as últimas reconhecem um “espaço ou domínio de liberdade de decisão própria) onde deve decidir-se segundo as “concepções próprias” daquele a quem a competência é atribuída. Se, de acordo com o nosso conceito, deixarmos de remissa o critério da sindicabilidade judicial, alcançamos agora efectivamente, com a característica acabada de referir, a essência do “poder discricionário”, aquele traço distintivo que, do ponto de vista metodológico, nos interessa e que permite conferir aos genuínos conceitos de discricionariedade uma coloração especial ao lado dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos.

De acordo com ANDREAS J. KRELL²¹³, ao mesmo tempo que a doutrina alemã começou a expulsar a discricionariedade da previsão da norma e a defender um controle integral dos conceitos jurídicos indeterminados, admitiu-se um espaço de livre apreciação da Administração em relação a certos conceitos de valor e de prognose que exigia uma avaliação e ponderação complexa, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos Tribunais. Segundo o autor, 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, orientar-se pela questão da competência técnica da Administração e da possível compensação procedimental da programação normativa deficiente. Afirma que a doutrina que aceita tal margem de livre apreciação deseja limitá-la para o ato de subsunção dos fatos concretos sob o texto legal, mas ainda recusa a ideia de que ela possa existir em relação ao próprio ato de interpretação da norma. Conforme o autor, tal diferenciação entre subsunção e interpretação se apresenta complicada e acentua que o conteúdo pouco definido dos conceitos jurídicos indeterminados faz com que sua concretização somente ocorra em casos concretos. Com o passar do tempo, ganha nitidez por meio de um “*material de amuestra*” (*Anschauungsmaterial*), formado por estes casos já decididos pelo administrador.

Tal doutrina da margem de livre apreciação volta a trazer a discricionariedade para o âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados e ressalta que apenas existem diferenças. Segundo CARMEN URIOL EGIDO²¹⁴, na aplicação de um conceito jurídico indeterminado, não existe uma margem de volição como na discricionariedade, o que existe é uma margem de cognição. Apesar de a margem de volição desaparecer, a autora defende a possibilidade e existência de uma margem de livre apreciação por parte da Administração que aplica o conceito.

²¹³ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez, 2004, p. 197 e ss.

²¹⁴ URIOL EGIDO, Carmen. *La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general* (doc. 29/02). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, p. 5.

Caso fosse verdade que são institutos diversos, seria inegável que ambos apresentam similitudes indiscutíveis, por isso, parece acertada a corrente doutrinal que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados: afinal, a solução justa somente poderá existir no plano da filosofia, ou melhor, da utopia. Sob tal paradigma, a ideia de uma solução justa implica, também, por sua natureza, certo juízo de valor, certo grau de objetividade. Ademais, a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados somente admitem duas formas de interpretação – ou tudo ou nada – conquanto pareça errônea, seria discutível se, no processo de interpretação que conduz a uma dessas duas conclusões, o intérprete não tivesse, ainda que limitado, algum juízo valorativo para saber se a realidade concreta se subsume ou não à zona de incerteza do conceito. Por fim, parece que a interpretação, em muitos casos, não será suficiente para rejeitar a indeterminação do conceito e a Administração Pública, como autoridade de aplicação, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia os limites jurídicos. Dessa maneira, parece que, apesar de ser desejável, a única solução justa será impossível de obter, motivo pelo qual se entende que existirá margem de livre apreciação nos conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, em ambos, existe uma zona de incerteza que demanda certo juízo de valoração por parte do intérprete, frente a alternativas disjuntivas²¹⁵.

Logo, entende-se que os conceitos jurídicos indeterminados poderão ou não gerar uma margem de liberdade, pois se parte da ideia de que no plano abstrato se terá apenas subjetividade ou autonomia pública potencial e de que esta apenas se revela efetivamente no caso concreto. Agora, caso, em determinadas situações de fato, esteja-se diante de uma zona de certeza positiva ou negativa e que, nesses fatos, certamente no primeiro caso, subsumir-se-á ao conceito

²¹⁵ EVA DESDENTADO DAROCA (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 122-133), ao abordar as teorias que relacionam os conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade, utiliza os conceitos de discricionariedade instrumental e forte para sugerir uma resposta ao problema da aplicação dos conceitos jurídicos. Segundo a autora, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surge a discricionariedade forte. A discricionariedade aparece aqui, principalmente, como um elemento secundário que deriva da imperfeição inerente à tomada de decisão própria dos seres humanos e aos elementos subjetivos que inevitavelmente se introduzem na concreção e aplicação de palavras cujo significado não está estipulado. Logo, para a autora, a discricionariedade que aparece nos conceitos jurídicos indeterminados é, em princípio, unicamente, uma discricionariedade instrumental. No entanto, não admite que haja uma discricionariedade forte. Assim, entende que não há uma única solução correta, mas sim uma margem de discricionariedade instrumental, o que não significa que a Administração tenha uma discricionariedade forte para sua aplicação que excluía o controle judicial pleno porque precisamente é aos tribunais aos que o sistema confere a função de interpretar o Direito e de resolver os casos litigiosos conforme o mesmo. Não obstante, estabelece uma exceção para os conceitos jurídicos indeterminados que para sua concretização e aplicação é preciso levar a cabo valorações de política administrativa que estão atribuídas, pelo ordenamento jurídico, à Administração. Para isso haverá sim discricionariedade forte e deverá ser respeitada pelos tribunais, sendo seu controle de caráter mais reduzido ao que realiza em respeito ao resto dos conceitos jurídicos indeterminados.

normativo; e, no segundo, não, poder-se-ia intuir que não ficam alternativas ou opções, a não ser a atuação vinculada do preceito para o primeiro caso; e, para o segundo, a não atuação do preceito, resultando uma negação de conduta vinculada à Administração. No entanto, na zona de incerteza (ou auréola conceitual), existirão conceitos jurídicos indeterminados com diferentes sentidos, todos válidos, suscetíveis de serem decididos pelo administrador, com uma margem de livre apreciação. Logo, os conceitos jurídicos indeterminados poderão, e apenas poderão, às vezes, gerar para o administrador público uma subjetividade ou autonomia, desde que, na interpretação de determinado caso concreto, não indiquem um único sentido válido, mas sim vários sentidos válidos.

IX. CONCLUSÃO

Conclui-se o presente trabalho afirmando que existe uma margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielsraum*) nos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriffe*) e que tal espaço de valoração não está sujeito ao controle judicial, exceto quando supera o limite de tal espaço.

Define-se seu conceito central como o âmbito no qual se reserva à Administração uma margem (*Spielraum*) para a livre apreciação (*Beurteilung*) dos pressupostos de sua atuação.

Entende-se, assim, que conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abrangida, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizado no caso concreto. A verdadeira indeterminação, e com ela a autonomia, surge da impossibilidade de identificar no todo ou em parte o significado, por meio da interpretação, frente ao caso concreto.

Ademais, defende-se que três são as incertezas semânticas responsáveis para a dificuldade de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a ambiguidade e a textura aberta. Dessas três incertezas semânticas, deu-se a confrontação de conceitos técnicos, que é também uma forma de indeterminação no Direito que se analisou. A cada uma destas formas, defendeu-se que a textura aberta possui uma incapacidade natural para ser utilizada como instrumento de subjetividade ou autonomia pública e que os “*concepts*” polissêmicos e vagos são instrumentos aceitáveis de utilização de subjetividade ou autonomia pública. O primeiro porque sua instrumentalização pode conferir alternativas ou opções, toda vez que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra

e, o segundo, porque leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e uma eventual margem de liberdade. Por fim, a confraternização de conceitos técnicos também pode levar a indeterminações, toda vez que muitas situações, ainda ao ser analisadas por disciplinas técnicas, não oferecerem uma única resposta universalmente incontestável, ou seja, nem sempre a metodologia científica implica certeza absoluta e irrebatível. É, inclusive, quanto a esta última incerteza semântica que se discute o problema da chamada erroneamente discricionariedade técnica.

Independente de qual sejam as formas, o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado possui ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, é que se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “*eso*” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “*eso*” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona onde não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “*halo del concepto*”), já que tem maior dificuldade para localizar a única solução justa.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1.
- AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BACHELET, Vittorio. L’attività técnica della Pubblica Amministrazione. AA. VV. Scritti Giuridici I. L’Amministrazione publica. Milano: Giuffrè, 1981.
- BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen, Mohr (Siebeck) 1966-7.
- BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986.

- BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.
- BÜHLER, Ottmar. Subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin: Kohlhammer, 1914.
- CAMMEO, Federico. Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Milano: Casa ed. Vallardi, [s. a.].
- _____. Corso di diritto Amministrativo. Padova: Litotipo, 1914, v. I.
- _____. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910, IV.
- _____. La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici. Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III.
- CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____. *Fidelidade à República* ou fidelidade à nato?. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, v. 1, p. 131-207, 1984.
- CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CIRIANO VELA, César David. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987).
- DEL PRETE, Paparella e. La discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare. Bari: Istituto di Diritto Pubblico della R. Università di Bari, 1941.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- _____. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.
- DUARTE, Maria Luísa. A discricionariade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987.

- EHMKE, Horst Paul August. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr, 1960.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traducción de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.
- FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- FLUME, Werner. Steuerwesen und Rechtsordnung. In: SMEND, Rudolf. Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Göttingen: [s.n.], 1952.
- FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariiedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002, v. 1.
- GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1970, v. I.
- _____. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.
- GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagens a Paulo Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HENKE, Horst-ebert. Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin: Duncker und Humblot, 1966.

IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

_____. Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin: Julius Springer, 1931.

JESCH, Dietrich. Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzips. Tübingen: Mohr, 1961.

JÖHR, Eduard. Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931.

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre). Granada: Comares, 2002.

KRELL, Andreas J. Discrecionalidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 8, p. 177-224, jan-dez, 2004.

LAUN, Rudolf von. Das freie ermesen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

LEDDA, F. Potere, técnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione Pubblica. Rivista Diritto Processuale Amministrativo. Milano, n. 4, Ano 1, p. 372-438, out./dic., 1983.

LEMAYER, Karl von. Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: GRÜNHUT'S. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. 22. ed. Wien: A. Hölder, 1895.

LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.

MACHADO, João Batista. Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1987.

MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano XVII, n. 56, p. 197-292, sep-dic, 1967.

MARTINI, Serenella. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.

MARZUOLI, Carlo. Potere amministrativo e valutazioni tecniche. Milano: Giuffrè, 1985.

- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985.
- OSSENBÜHL, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Köln: Bad Homburgv, 1968.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989.
- PATTENDEN, Rosemary. Judicial discretion and criminal litigation. 2. ed. Oxford: Clarendon press, 2003.
- PELAGATTI, Giorgio. Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, Ano 41, n. 1, p. 158-190, ene./mar., 1992.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Discrecionalidade e apreciações técnicas da administração. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.
- PÉREZ OLEA, Manuel. La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial In: AA. VV. Estudios en homenaje al Prof. López Rodó. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972, tomo II.
- PIRAS, aldo. Discrezionalità amministrativa. In: CALASSO, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, tomo XIII.
- PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910.
- _____. I limiti del sindacato di legittimità. Milano: Società Editrice Libreria, 1911.
- PRETIS, Daria de. Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica. Padova: Cedam, 1995.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de direito público. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. 1.
- RANELLETTI, Oreste. Principi di diritto amministrativo. Napoli: Pierro, 1912, v. I.
- RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I.

- ROSSA, Letícia Pires. Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância. Dissertação de Mestrado, Florianópolis: UFSC, 2001.
- RUPP, Hans Heinrich. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübingen, Mohr, 1965.
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.
- _____. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Madrid: Espasa-Calpe, 1991.
- SANDULLI, Aldo Mazzini. Manuale di diritto Amministrativo. Napoli: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SCHMIDT, Walter. Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts. München: Beck, 1982.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim. Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: Duncker u. Humblot, 1968.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Coimbra (polic.). Coimbra: [s.n.], 1977/78.
- SOUSA, Antonio Francisco de. A discricionariiedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987.
- _____. O controlo jurisdicional da discricionariiedade e das decisões de valoração e prognose. In: PORTUGAL. Ministério da Justiça. Reforma do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I: O debate universitário (trabalhos preparatórios).
- TESO MARTIN, Enrique del. Contexto, situación y indeterminación. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998.
- TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924.
- _____. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s.n.], 1888.

ULE, Carl Hermann. Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. In: BACHOF, Otto. Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. München, Isar-Verlag, 1955.

URIOL EGIDO, Carmen. La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general (doc. 29/02). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002.

VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA José Luis. Principios de Derecho Administrativo. 4. ed. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1999, v.1.

WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1955.