Universidades Lusíada

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

Recensão : "Conceitos indeterminados no direito administrativo" de António Francisco de Sousa

http://hdl.handle.net/11067/4987
https://doi.org/10.34628/x69r-xe47

Metadados

Data de Publicação	1995
Palavras Chave	Direito administrativo - Portugal, Sousa, António Francisco de, 1956- Critica e interpretação
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 02 (1995)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T23:47:57Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA

«Conceitos indeterminados» no Direito Administrativo
Livraria Almedina, Coimbra 1994, 268 pp.

A monografia agora publicada corresponde à adaptação de uma dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, intitulada de modo mais sugestivo *Interpretação e Aplicação de Conceitos Legais Indeterminados no Campo de Tensão entre o Juiz e a Administração,* apresentada pelo autor na Universidade de Coimbra.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA propõe-se analizar a natureza do poder que é exercido pela administração Pública sempre que interpreta e aplica normas que empreguem conceitos legais indeterminados e prosseguir com a análise das implicações que a posição assumida irá produzir em sede de controlo jurisdicional. O estudo não é finalisticamente descomprometido, pois o autor adverte que a sua investigação aponta no sentido de fundamentar uma posição que garanta os direitos fundamentais dos cidadãos (p. 15). A fim de proseguir tal desiderato propõe «uma maior subordinação da Administração à lei e aos tribunais, pois ela continua distante do cidadão e preocupada em manter uma posição altivolante e de privilégio» (p. 16), de modo a propiciar que «a qualidade e a imparcialidade da actividade administrativa saiam reforçadas» (id.).

Na primeira parte da obra, denominada *Colocação do problema e análise da doutrina dos conceitos indeterminados,* A. F. SOUSA coloca em evidência as premissas das questões segundo padrões clássicos: por um lado, a constatação da redacção dos textos legais mediante o emprego de «conceitos de interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa» (p. 17), fenómeno que pode ocorrer quer por vontade do legislador, quer por impossibilidade prática de pormenorizar o conteúdo das normas. O outro lado da questão diz respeito ao órgão competente para, em última instância, proceder à interpretação destes conceitos, i. é, até que ponto é admitido o controlo jurisdicional nesta matéria.

Colocada a questão nestes termos, A. F. SOUSA propõe a classificação dos conceitos indeterminados nos seguintes termos: conceitos descritivos ou empíricos que são aqueles cujo conteúdo é passível de ser fixado com recurso «à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos» (p. 25); conceitos normativos (em sentido

estrito), referentes a normas jurídicas (p. 26); conceitos de valor que carecem de preenchimento com recurso a valores (p. 27) e conceitos discricionários que se caracterizam pela valoração pessoal (id.). As várias espécies de conceitos indeterminados identificadas não encerram uma classificação sistematizada mas uma compilação de várias classificações. Deste modo, os conceitos descritivos e os conceitos de valor são dois termos de uma classificação dos conceitos indeterminados quanto ao «complexo referencial», enquanto os conceitos discricionários deverão ser integrados numa outra classificação que tem em conta o «método de concretização» na qual os conceitos vinculados são o termo correlativo. Por último, os conceitos normativos em sentido estrito não tem autonomia pois indirectamente reportam-se sempre a dados de experência ou a valores.

O segundo parágrafo desta parte primeira compreende uma análise de Direito comparado, na qual A. F. SOUSA procede ao levantamento doutrinário e jurisprudencial da matéria nos sistemas jurídicos alemão e austríaco, francês, italiano, espanhol e português. A extensão de texto que é dedicada aos sistemas germânicos é reflexo do debate doutrinário abundante e profícuo a que podemos assistir nestes Estados, em contraste com a tendencial unicidade da doutrina francesa por força da influência hegemónica da jurisprudência do Conselho de Estado. O levantamento doutrinário é rematado com uma apreciação crítica, embora esta tenha por objecto somente os autores portugueses citados, A. F. SOUSA tem a oportunidade de criticar as posições que defendem a não totalidade do controlo jurisdicional por consubstanciarem uma inconstitucionalidade por violação dos pricípios de Estado de Direito, da efectivação dos direitos fundamentais e do acesso à Justiça (p. 103).

A chamada «discricionariedade técnica» é objecto da parte segunda, na qual A. F. SOUSA se pronuncia pelo carácter contraditório desta expressão, defendendo que a posição sufragada pela jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses, arrima nalguma doutrina, segundo a qual não estamos «perante uma verdadeira discricionariedade, mas é como se fosse, segue o mesmo regime», na prática «reconhece ao administrador aquilo que declaradamente o legislador não quis, ao atribuir um poder vinculado» (p. 111).

Na terceira parte A. F. SOUSA, analisa a *«Margem de decisão» administrativa,* figura que segundo parte significativa da doutrina germânica «por não configurar uma

liberdade de escolha não é verdadeira discricionariedade mas em que, pela natureza das matérias em causa, ou não há vinculação legal total ou mesmo havendo-a o controlo jurisdicional não deve ser total» (p. 113). A atenção dada a esta matéria é justificada pelo facto de «os conceitos indeterminados serem considerados nestas áreas como directivas de conduta e portanto têm um tratamento especial em relação à teoria dos conceitos indeterminados» (id.). No âmbito desta figura, o autor aborda as espécies da *margem de prognose* e da *discricionariedade de planificação.*

Quanto à primeira, após uma análise em torno do conceito, natureza e estrutura da análise prognóstica, A. F. SOUSA concentra-se na questão do *Reconhecimento de uma «margem de prognose»?* Percorridas a doutrina e a jurisprudência alemãs que se pronunciam maioritariamente pela afirmativa, A. F. SOUSA vem, em sentido contrário aquelas, pronunciar-se pela negativa repudiando a ideia segundo a qual «sempre que uma decisão implica um juízo prognóstico, essa decisão entra no campo estrito da Administração, no qual está vedada qualquer penetração dos tribunais» (p. 126), contudo afirma a necessidade de controlo se restringir aos aspectos do «grau de probabilidade», da «base da prognose» e do respectivo «procedimento» (id.). Ao admitir, ainda que por exclusão de partes a insindicabilidade do resultado da prognose, o autor reconhece implicitamente que o cerne da decisão prognóstica é uma decisão própria da Administração, de modo que seria mais coerente com a ideia exposta afirmar-se que o controlo pelos tribunais é susceptível de rever apenas os momentos objectivos da decisão prognóstica e não tomar a excepção pela regra. Questão não abordada é a dos juízes irrepetíveis *ex post* e a compatibilidade da posição defendida com o controlo das decisões que impliquem a realização daqueles. Quanto à discricionariedade de planificação que A. F. SOUSA, na esteira da doutrina alemã defende ter a natureza jurídica de uma «liberdade de informação» (p. 144), consistindo numa área do Direito Administrativo na qual os «conceitos jurídicos indeterminados devem ser vistos como linhas gerais de orientação da planificação» (p. 149), de modo que «a questão de saber se é necessário adoptar uma medida para satisfaxer necessidades sociais e culturais da população é uma questão que não resulta somente da interpretação dos conceitos indeterminados e, por isso, não coincide totalmente com as funções da jurisprudência» (id.). A posição acabada de citar pressupõe a prévia qualificação da natu-

reza jurídica da decisão que aplica normas jurídicas que empreguem conceitos indeterminados como uma mera operação de hermenêutica jurídica. Semelhante posição merece-nos duas observações; por um lado, a redução deste fenómeno a uma questão puramente hermenêutica é uma solução que se mostra insuficiente como regra geral de um método decisório ultrapassada a fase da jurisprudência dos conceitos (doutrina que A. F. SOUSA admite «pertencer ao passado», p. 30), por outro lado, o autor assume como certa uma posição cujo problema só vem a ser analisado posteriormente (§ 7). Quanto à extensão do controlo jurisdicional da «discricionariedade de planificação», A. F. SOUSA pronuncia-se no sentido do alargamento desta «para além da exactidão dos dados objectivos, à questão da coerência da fundamentação produzida pela Administração e à sustentabilidade da apreciação prognóstica» (p. 152). Critério este que atente à circunstância da actividade da planificação, pese «embora exija uma suficiente margem de manobra da autoridade administrativa», ser uma «actividade vinculada por apenas admitir uma solução justa» (p. 155).

Abordado o tema do ponto de vista da actividade administrativa, na quarta parte da sua dissertação A. F. SOUSA trata a questão sob o correlativo prisma do *Controlo contencioso dos conceitos indeterminados.* À semelhança da metodologia adoptada na parte primeira, o autor procede a uma análise de Direito comparado,referindo os casos alemão, francês e português. A recolha jurisprudencial permite-nos conhecer as tendências de evolução convergente dos vários sistemas, pois enquanto os tribunais alemães partiram da ideia de controlo total, para o reconhecimento de uma «margem de apreciação» em casos excepcionais; o Conselho de Estado francês, partindo da ideia de controlo mínimo, tem assumido progressivamente a extensão do mesmo.

A abordagem do «verdadeiro domínio do problema» é objecto de parágrafo epígrafado *Estrutura jurídica da decisão administrativa que aplica conceitos legais indeterminados,* local onde A. F. SOUSA afirma que «a aplicação concreta de conceitos indeterminados se processa em duas fases: interpretação e subsunção do caso concreto ao conceito» (p. 189), cabendo nesta última três momentos: a identificação dos pressupostos de facto e de Direito da decisão, a valoração dos pressupostos e a subsunção propriamente dita ou decisão (p. 190). A. F. SOUSA, ao arrepio daquilo que anteriormente havia dado a entender (p. 149), vem admitir que a decisão administrativa que envolve

a aplicação de um conceito indeterminado constante de uma norma legal a um caso concreto não é uma pura operação de hermenêutica jurídica. Por outro lado, o autor não atendeu à hipótese do segundo momento da fase da subsunção, a valoração dos pressupostos, envolver juízos irrepetíveis ou, mais genericamente, juízos com carácter necesariamente subjectivo, situação que inviabiliza a assimilação da decisão a «uma soma aritmética» (p. 196).

A. F. SOUSA prossegue com a abordagem de duas questões essenciais acerca do controlo das decisões administrativas: *quem* (§ 8) e *como* (§ 11) deve controlar? Quanto à primeira das questões se o controlo jurisdicional é uma exigência do princípio do Estado de Direito, tal não justifica necessáriamente o controlo total e o autor vem a reconhecer ser «necessário encontrar a linha ideal de controlo pelo juiz da actividade da Administração» (p. 210). A dúvida levanta-se relativamente à bondade da afirmação imediata: «A legitimidade do controlo resultante da natureza vinculada da actividade em causa diz que quem deve definir essa linha-limite do controlo Jurisdicional é o próprio juíz. Só ele saberá (...) em que momento o controlo deixa de ser criterioso e fundado para se tornar arbitrário» (id.). Se o princípio do Estado de Direito exige a fixação de critérios objectos para a demarcação da esfera administração relativamente à jurisdição, a inversa não será também verdadeira tendo em conta o princípio da separação de poderes?

Salvo o devido respeito, os critérios necessários para demarcar a jurisdição relativamente à administração não serão os propostos por A. F. SOUSA ao adiantar *Critérios para o controlo jurisdicional dos chamados conceitos legais indeterminados* (§ 11)? I. é, os critérios da sustentabilidade da decisão, do erro manifesto de apreciação da vinculação directa aos direitos fundamentais, dos princípios gerais de Direito e de valoração, da igualdade, da imparcialidade e da proporcionalidade, da autovinculação da Administração, do senso comum e dos juízos de experiência comum e do conhecimento técnico (p. 226/233) não serão tentativas de objectivar o controlo jurisdicional das decisões administrativas?

Por outro lado, as *Decisões que por sua natureza não devem ser controladas integralmente* (§ 9) que A. F. SOUSA define como decisões que «contêm elementos que, não obstante serem vinculados para o autor do acto, são incompatíveis coma ideia de controlo de um órgão que, embora criador e especializado no controlo das decisões da Administração, é estranho à entidade que

decide» (p. 213) e que aponta como espécies possíveis as decisões altamente pessoais, as valorações vinculativas, as decisões de carácter prognóstico e as decisões de enformação (p. 213/6) não serão afloramentos do princípio de que embora tendencialmente vinculada, a actividade da Administração Pública compreende necessariamente decisões não sindicáveis no seu núcleo esencial mas apenas nos seus momentos objectivos e não meros poderes com carácter excepcional?

A dissertação de A. F. SOUSA apresentada constitui sem dúvida um contributo válido para o estudo de uma matéria que vem assumindo foros de cidade na ciência do Direito Administrativo face à cada vez maior regulação estadual da sociedade civil.

José Lucas Cardoso