

# Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

(1.ª Secção) de 17.1.2007, P. 1068/06

## Conceitos indeterminados. Sindicabilidade contenciosa. Necessidades permanentes dos serviços.

I – Os tribunais “são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça” incumbindo-lhes “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (art. 201.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), sendo também certo, pelo lado da Administração, que “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei” (art. 266.º, n.º 2).

II – A regra, em contencioso administrativo, é a de que todos os actos da Administração são passíveis de fiscalização contenciosa, devendo ser absolutamente excepcionais as possibilidades de subtracção a esse juízo.

III – Com a reforma introduzida pelo CPTA, onde a preocupação de apreciar efectivamente a substância das coisas é acrescida, o caminho da sindicabilidade plena deve ser mais claro e determinado.

IV – Os conceitos indetermináveis são sindicáveis, pelo menos, em algumas situações típicas, designadamente, (i) “na maioria dos conceitos descritivos cujo critério de avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais” (por exemplo, “grande quantidade”), (ii) “classes de conceitos indeterminados de valor, cujo critério de concretização resulta, por forma directa, ... da exegese dos textos” legais (“local apropriado”), (iii) “todos os conceitos de valor cuja concretização envolva juízos mais especificamente jurídicos” e que, portanto, não permitem a afirmação de que o Tribu-

nal não possui os necessários conhecimentos técnicos (“jurista de reconhecida idoneidade”).

V – O conceito indeterminado de “necessidades permanentes dos serviços” é susceptível de ser sindicado se a própria lei onde se insere der um contributo interpretativo relevante e se resultava da matéria de facto que o recorrente, durante mais de sete anos, ininterruptamente, situação que ainda se mantinha, em cumprimento dos vários contratos celebrados entre si e a DGV, permanecia na Delegação Distrital de Viação de Braga durante o período normal de funcionamento e em tempo equivalente ao período normal de trabalho estabelecido para os trabalhadores da função pública, não podia retirar dessas instalações os processos que lhe eram diariamente distribuídos, desempenhava essas funções utilizando o equipamento informático propriedade da DGV e existente na Delegação Distrital de Braga, onde estava instalado um programa específico, designado por “SIGA” [Sistema de Informação e Gestão de Autos], dotado de modelos informatizados das decisões a tomar no âmbito dos processos que lhe eram confiados, limitando-se ao preenchimento desses modelos informáticos de propostas de decisão previamente estabelecidos e que lhe eram unilateralmente impostos, com vinculação às directivas, instruções e critérios de uniformização, quer na interpretação de disposições legais, quer no que concerne à aplicação de sanções e à sua qualificação, emanados da Direcção-Geral de Viação – através do Director-Geral, do Gabinete de Contencioso, do Subdirector Geral e do Delegado Distrital de Viação – e do próprio Governador Civil de Braga, quanto aos processos da competência deste último, recebendo em

contrapartida pelo trabalho assim prestado, uma remuneração mensal fixa de 997,60 [Esc. 200 000\$00], acrescida de IVA, à taxa legal em vigor.

VI – Neste caso, para além de não nos confrontarmos com conceitos que exijam conhecimentos técnicos específicos ou especializados, a própria lei fornece, em larga medida, um padrão suficientemente claro para a sua interpretação e apreciação que manifestamente permitem a sua sindicabilidade pelos tribunais.

Acordam na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

### I. Relatório

O Secretário de Estado da Administração Interna vem recorrer do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA), de 23/3/2006, que concedeu provimento ao recurso contencioso deduzido por A. do seu despacho de 14 de Novembro de 2001, acto de indeferimento do recurso hierárquico que aquele interpôs do despacho do Director-Geral de Viação, de 27/7/2001, exarado na informação intitulada "Juristas avençados – Pedido de integração nos quadros da Direcção-Geral de Viação".

Terminou a sua alegação formulando as seguintes conclusões:

1.ª Como se vê dos diplomas em que o recorrente funda a sua pretensão – DLs n.ºs 81-A/96, de 21/6, e 195/97, de 31/7 –, o procedimento de regularização de pessoal regulado pelos citados diplomas legais tem como pressuposto essencial, entre outros, o reconhecimento, efectuado pelo dirigente máximo do serviço, de que o contratado desempenhasse, no respeito pelo demais condicionalismo ali fixado, funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços (*maxime* art. 1.º do DL n.º 195/97); Ora,

2.ª A questão de saber, para os efeitos previstos no conjunto de normas estabelecido pelos mencionados DLs n.ºs 81-A/96 e 195/97, se o serviço produzido por um determinado prestador corresponde a "(...) funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços" – *maxime* art. 1.º do DL n.º 195/97, citado – integra, inquestio-

navelmente, a margem de livre decisão da Administração; e tal, porquanto, há-de reconhecer-se que, em tal domínio, aquela goza de liberdade na apreciação de uma situação de facto que diz respeito aos pressupostos da sua decisão (vd., sobre esta questão, na generalidade, por todos, Prof. MARCELO REBELO DE SOUSA e Dr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Dom Quixote, 1.ª ed., 2004, pp. 183 e segs.);

3.ª Neste particular contexto, a avaliação – e consequente decisão do Senhor Director-Geral de Viação –, expressa no seu despacho de 27/7/2001, no sentido de que as funções desempenhadas pelo recorrente, em execução dos contratos que havia celebrado com aquela Direcção-Geral, não correspondiam a necessidades permanentes do aludido Serviço, deve entender-se integrar, por isso, valoração própria e exclusiva do exercício da função administrativa e, como tal, afastada, em homenagem ao princípio da separação de poderes – art. 111.º, n.º 1, da CRP –, da esfera de competência dos tribunais, nomeadamente dos tribunais administrativos;

4.ª Ao assim não entender, e, ao invés, ao considerar que o recorrente – bem como os demais juristas "avençados" pela DGV – se "(...) destinavam efectivamente a satisfazer necessidades permanentes dos serviços distritais da DGV", para, com base em tal julgamento, anular o acto administrativo impugnado, o Douto Acórdão impugnado invadiu a esfera de competência própria e exclusiva da Administração, desrespeitando a margem de livre decisão de que esta goza, pelo que se encontra inquinado do vício de usurpação de poder administrativo, resultante da violação do princípio da separação de poderes (art. 111.º, n.º 1, da CRP);

*Omissis*

Termos em que, nos melhores de direito e com o mui douto suprimento de Vossas Excelências, deve:

I – Ser declarado nulo ou anulado o douto acórdão impugnado, com as legais consequências; quando assim se não entenda, deve, então:

II – Ser revogado o, aliás, douto aresto em causa, sendo o mesmo substituído por acórdão que julgue improcedente o recurso contencioso.

Pronunciando-se sobre a arguida nulidade do acórdão recorrido, o TCA veio dizer o seguinte:

*Omissis*

“A admissão de que este Tribunal – ou qualquer outro da jurisdição administrativa e fiscal – estaria impedido de sindicar a valoração que em concreto a Administração fez de uma dada situação de facto, equivaleria, na prática, ao esvaziamento das competências dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal. Por conseguinte, ao decidir como decidiu, o Tribunal não invadiu a esfera de competências da Administração, nem efectuou valorações próprias e exclusivas do exercício da função administrativa, conhecendo assim de questão de que podia e devia tomar conhecimento. Finalmente, dir-se-á ainda que o acórdão de 23/3/2006 não extravasou do plano da sujeição à lei, como a Constituição da República Portuguesa o impõe aos tribunais [cfr. art. 203.º da CRP], não se vislumbrando por isso qualquer violação do disposto nos arts. 111.º e 112.º, n.º 1, da CRP. Nestes termos, e com os fundamentos expostos, acordam em sustentar a decisão recorrida, ordenando a oportuna subida dos autos ao STA.”

*Omissis*

O Magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal emitiu o seguinte parecer:

*Omissis*

*Dos alegados erros de julgamento do acórdão:*

Sendo certo que o Tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (art. 664.º do CPC), importará em seguida conhecer da questão dos limites da aplicabilidade contenciosa do despacho impugnado no âmbito da sua configuração como erro de julgamento, o qual, de resto, se liga e mesmo se confunde com o erro de julgamento apontado ao acórdão pela entidade recorrente em matéria do preenchimento

do conceito de “necessidades permanentes do serviço”. A respeito dessa matéria entende a entidade recorrente que aos tribunais estaria vedado conhecer da aludida questão por “integrar valoração própria e exclusiva do exercício da função administrativa”. Não partilhamos deste entendimento. De facto, o conceito de “necessidades permanentes do serviço” não pode deixar de ser qualificado como um conceito vago ou indeterminado a propósito de cuja sindicabilidade contenciosa a jurisprudência se tem vindo a pronunciar. Como linha de força das decisões que este Supremo Tribunal tem proferido quanto ao preenchimento dos conceitos vagos ou indeterminados está o entendimento que nessa matéria o legislador não entregou à Administração poderes discricionários, em que se delimita como que um reduto de insindicabilidade, mas antes lhe fixa um quadro de vinculação, se bem que mitigado pela possibilidade casuística do seu preenchimento. Nesse contexto, todavia, o Tribunal não pode exercitar um controlo jurisdicional pleno, substituindo pelos seus, os juízos e valorizações das situações de facto cometidas à Administração, enquanto entidade empregadora, salvo nos casos em que se torna patente o recurso a critérios desrazoáveis ou tenha incorrido em erros grosseiros ou manifestos.

*Omissis*

Colhidos os vistos, cumpre decidir.

*Omissis*

### III. O Direito

*Omissis*

4. Observe-se que o âmbito do recurso jurisdicional, agora delimitado nas alegações do recorrente, e precisado nas respectivas conclusões, está circunscrito à questão de saber se as funções desempenhadas pelo recorrente contencioso correspondiam “a necessidades permanentes dos serviços”. Pretende a recorrente que essa expressão traduz um conceito indeterminável, conceito de conteúdo incerto e indefinido, cuja apreciação está vedada aos tribunais por se si-

tuar no coração da actividade administrativa do Estado. Existindo alguma controvérsia quanto à sindicabilidade contenciosa destes conceitos, por estarem em causa, muitas vezes, saberes marcadamente técnicos que os tribunais manifestamente não dominam, o apelo àqueles preceitos constitucionais conduz inexoravelmente à eliminação dessa impossibilidade (o Tribunal sempre poderia socorrer-se de prova pericial de valor científico semelhante), ou, pelo menos, à sua aplicação em termos muito restritivos, sob pena de se poder incorrer em manifesta denegação de justiça. De resto, a doutrina (Conselheiro AZEVEDO MOREIRA, "Conceitos indeterminados. Sua sindicabilidade contenciosa", *Revista de Direito Público*, n.º 1, Ano I, pp. 65 e segs.) sempre defendeu a sindicabilidade, na generalidade dos casos. Para este Autor estariam excluídas da apreciação pelos tribunais situações muito específicas: (i) actos praticados por órgãos autónomos (júris de exames ou de avaliação de conhecimentos, (ii) certas avaliações, operadas sem a autonomia do ponto anterior (avaliação de funcionários), (iii) as hipóteses da chamada discricionariedade técnica, desde que reduzida a limites muito estreitos ("importância de um monumento") e (iv) aqueles casos em que se verifica uma conexão particularmente íntima entre o exercício de uma competência discricionária e o seu pressuposto vinculado ("distúrbios violentos" para as intervenções policiais). (i) "na maioria dos conceitos descritivos cujo critério de avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais" (por exemplo, "grande quantidade"), (ii) "classes de conceitos indeterminados de valor, cujo critério de concretização resulta, por forma directa... da exegese dos textos" legais ("local apropriado"), (iii) "todos os conceitos de valor cuja concretização envolva juízos mais especificamente jurídicos" e que, portanto, não permitem a afirmação de que o Tribunal não possui os necessários conhecimentos técnicos ("jurista de reconhecida idoneidade"). De igual modo, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito*

*Administrativo*, I, p. 111, defende que "Apurado que seja um conceito indeterminado, podemos reiterar o que atrás dissemos: a sua interpretação e aplicação não são discricionárias e, por conseguinte, são jurisdicionalmente controláveis". Sobre a sindicabilidade contenciosa, nestes casos, podem ver-se os Acs. do STA de 23/11/2005, no P. 1112/04, de 14/10/2004, no P. 220/02, de 18/6/2003, no P. 1283/02, de 29/3/2001, no P. 46 939, e de 11/5/1999, no P. 43 248, entre outros. Provavelmente, nos dias de hoje, com a reforma introduzida pelo CPTA, onde a preocupação de apreciar efectivamente a substância das coisas é mais marcante, se deva avançar neste sentido de uma forma mais clara e determinada.

No acórdão recorrido, acerca deste ponto, consignou-se o seguinte: "E, sendo um verdadeiro contrato de trabalho a termo certo, destinava-se ou não o mesmo a satisfazer necessidades permanentes do serviço? A contratação do recorrente – bem como dos demais juristas – por parte da DGV teve a sua razão de ser na reforma do Código da Estrada, operada pelo DL n.º 114/94, de 3/5, cuja entrada em vigor ocorreu em 1/10/1994. Com efeito, as infracções estradais que até aí eram qualificadas como transgressões, passaram a qualificar-se como contra-ordenações, com a conseqüente desjudicialização do seu conhecimento, que passou para a esfera de competência da Administração, através dos serviços da DGV e dos Governos Cívicos, competindo ainda a esse primeiro organismo "assegurar o processamento e a gestão dos autos levantados por infracções ao Código da Estrada e legislação complementar". Isso mesmo resulta inequívoco do próprio texto do contrato celebrado entre a DGV e o ora recorrente em 6/9/1994, ou seja, a contratação deste último, bem como de todos os demais juristas seus colegas, de norte a sul do País, visou justamente o exercício de funções de consultadoria e de formulação de pareceres nos processos de contra-ordenação emergentes de infracções ao novo Código da Estrada. Perante este quadro factual, o exercício dessa actividade por parte

do recorrente não pode deixar de ser entendido como destinando-se a satisfazer necessidades permanentes e estruturais dos serviços da DGV, sendo mesmo aqueles elementos, então, objecto de contratação pela DGV, indispensáveis ao seu regular funcionamento. Com efeito, essa relação laboral – com subordinação hierárquica, económica e jurídica – subsistiu, no caso do recorrente, durante mais de oito anos e meio, dado que se mantiveram inalteradas as competências cometidas pelo Código da Estrada à Direcção-Geral de Viação. Acresce que, durante esse período, continuaram a ser abertos concursos para admissão de novos juristas – como o atesta o ponto (iv.) da parte II do presente acórdão [fundamentação de facto] –, por se ter verificado que o pessoal existente era manifestamente insuficiente para dar conta de todo o trabalho acumulado. Ora, à semelhança do entendimento sufragado pelo recorrente, entendemos também que não pode haver necessidades transitórias de serviço que se arrastem e protelem por mais de 8 anos, visto que, perante o novo elenco de competências cometidas à DGV e decorrentes da aplicação do Código da Estrada, aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3/5, e regulamentado pelo DL n.º 190/94, de 18/7, as necessidades em dotar as delegações distritais de viação de juristas, a fim de fazer face aos novos desafios impostos pela entrada em vigor daquele Código da Estrada, só podiam ser permanentes e não meramente temporárias, como resulta aliás, claramente, não só do Despacho Conjunto n.º 119/97, de 20/6 [cfr. ponto (v.) da fundamentação de facto], como também do entendimento sufragado pela DGAP, e substanciado no ofício de 4/11/1997, dirigido ao Chefe de Gabinete do Secretário de Estado da Administração Pública, junto por cópia a fls. 196/200 dos autos [cfr. ponto (iii.) da fundamentação de facto]. Donde e, em conclusão, o serviço prestado pelo recorrente na Delegação Distrital de Braga da Direcção-Geral de Viação, desde finais de 1994 até 2001, destinava-se a satisfazer necessidades permanentes de serviço, nomea-

damente por força das competências àquela cometidas pelo Código da Estrada aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3/5.”

Em sentido económico-social, as necessidades “correspondem, nos sujeitos individuais como nos colectivos, a situações de carência (falta de bens ou serviços considerados necessários à subsistência ou à melhoria da condição da vida humana) e ao desejo de possuir esses bens ou serviços, que se julgam adequados a mitigar tais carências”, SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas*, 1981, p. 63, ou, ainda, numa outra formulação, as “resultantes da vida em sociedade, ou por esta moldadas, as quais, para uns, são sentidas pelos indivíduos enquanto integrados na vida social, e, para outros, serão necessidades da própria sociedade como ente “a se” distinto dos seus componentes”, IDEM, p. 16. Em rigor, proceder à administração pública consiste em acorrer a essas necessidades, mais precisamente, “em assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e bem-estar dos indivíduos obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados”, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 9.ª ed., 5, ou, como diz FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 11, reimpressão, 31, “Quando se fala em Administração Pública, tem-se presente todo um conjunto de necessidades colectivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela colectividade, através de serviços por esta organizados e mantidos”. Já permanente é aquilo que “Dura, que se mantém sem interrupção ou sem alteração durante um espaço de tempo mais ou menos longo”, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, da Academia das Ciências de Lisboa. Portanto, satisfazer necessidades permanentes consiste em conceder remédio a essas pretensões sociais, de uma forma estável, durante um lapso de tempo razoável.

Como resulta do ponto (xxiv.) da matéria de facto, “Em cumprimento dos vários contratos celebrados entre o recorrente e a DGV, aquele permanecia na Delegação Distrital de Viação

de Braga durante o período normal de funcionamento da mesma e em tempo equivalente ao período normal de trabalho estabelecido para os trabalhadores da função pública, não podia retirar dessas instalações os processos que lhe eram diariamente distribuídos, desempenhava essas funções utilizando o equipamento informático propriedade da DGV e existente na Delegação Distrital de Braga, onde estava instalado um programa específico, designado por "SIGA" [Sistema de Informação e Gestão de Autos], dotado de modelos informatizados das decisões a tomar no âmbito dos processos que lhe eram confiados, limitando-se ao preenchimento desses modelos informáticos de propostas de decisão previamente estabelecidos e que lhe eram unilateralmente impostos, com vinculação às directivas, instruções e critérios de uniformização, quer na interpretação de disposições legais, quer no que concerne à aplicação de sanções e à sua qualificação, emanados da Direcção-Geral de Viação - através do Director-Geral, do Gabinete de Contencioso, do Subdirector Geral e do Delegado Distrital de Viação - e do próprio Governador Civil de Braga, quanto aos processos da competência deste último, recebendo em contrapartida pelo trabalho assim prestado, uma remuneração mensal fixa de 997,60 [Esc. 200 000\$00], acrescida de IVA, à taxa legal em vigor".

Desempenhar essas tarefas - que se mantêm indefinidamente enquanto a lei não for alterada - correspondia, pois, a satisfazer necessidades públicas, ligadas à tramitação das contra-ordenações rodoviárias e, assim, também, à própria segurança rodoviária atento o carácter preventivo geral de qualquer sanção. Sendo o tempo de exercício de, pelo menos, 7 anos, também corresponderá a algo que se mantêm por um período já longo, estável. De resto, a própria lei fornece uma medida indiciária segura para avaliar o que se entende por necessidade permanente: aquela que perdura para além dos três anos ininterruptos previstos no n.º 1 do art. 4.º do DL n.º 81-A/96. Com efeito, como aí se diz: "O pessoal sem vínculo jurídico ade-

quado que, em 10 de Janeiro de 1996, desempenhava funções que correspondem a necessidades permanentes dos serviços, com subordinação hierárquica e horário completo, e que naquela data contava mais de três anos de trabalho ininterrupto é contratado a termo certo, a título excepcional, até 30 de Abril de 1997". Já, para quem não cumprisse os três anos, o art. 5.º só permitia a realização do contrato a termo certo, desde que "seja reconhecido, em proposta fundamentada do dirigente máximo do serviço... que a prestação de serviço é indispensável ao regular funcionamento do serviço". Este prazo não é aleatório antes vem retirado do Direito Laboral onde sempre se entendeu que os contratos de trabalho a termo certo, cujo prazo de duração não podia exceder os três anos (art. 139.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/03, de 27/8, art. 44.º, n.º 2, do DL n.º 64-A/89, de 27/2, e art. 3.º do DL n.º 781/76, de 28/10, e respectivos preâmbulos), apenas visavam satisfazer necessidades temporárias das entidades patronais, entendendo-se que passariam a contratos de trabalho sem prazo - o que decorria da própria lei - se excedessem aquele limite, justamente por se concluir que então visavam satisfazer necessidades permanentes (Acs. do STJ de 13/7/2006, no P. 06S894, e de 10/5/2006, no P. 06S010). O que só pode significar que o legislador figurou como razoável que até três anos as necessidades de mão-de-obra dos empregadores eram temporárias e a partir daí passavam a permanentes. Portanto, no caso dos autos, para além de não nos confrontarmos com conceitos que exijam conhecimentos técnicos específicos ou especializados, a própria lei fornece, em larga medida, um padrão suficientemente claro para a sua interpretação e apreciação que manifestamente permitem a sua sindicabilidade pelos tribunais.

Terá, pois, de concluir-se que o recorrente, tendo exercido as funções descritas na matéria de facto durante mais de sete anos, exercício que continuava quando formulou o seu pedido, cumpria necessidades permanentes dos serviços onde estava integrado.

Omissis

Improcedem, assim, todas as conclusões da alegação do recorrente.

#### IV. Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos acordam em negar provimento ao recurso.

Sem custas.

Lisboa, 17 de Janeiro de 2007

Rui Botelho (Relator) – J. Cândido de Pinho  
– Pais Borges

#### Anotação

##### I. Considerações iniciais

1. Concordamos com o sentido de decisão deste aresto. Mas não podemos acompanhá-lo naquela parte da fundamentação que lhe confere relevo como um possível marco de uma evolução jurisprudencial. Dos pontos de vista constitucional e dogmático, não se justifica, desde logo, a nosso ver, a afirmação de um princípio geral de sindicabilidade irrestrita dos conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, dos juízos valorativos ou de prognose feitos pela Administração para preenchimento de tais conceitos no âmbito de decisões concretas. É certo que sindicabilidade de tais juízos terá sempre de a haver. Mas o Tribunal refere-se obviamente a uma substituição da Administração pelo juiz administrativo como última instância de formulação de tais juízos de densificação e não a um mero controlo «externo e negativo»<sup>(1)</sup>, ou seja, controlo apenas dos factores substanciais, finalísticos,

(1) Cfr. MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, "Reflexões sobre os poderes de pronúncia do tribunal num novo meio contencioso – A acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido –, na sua configuração no art. 71.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativo (CPTA)", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, I – Janeiro de 2007, p. 362.

competenciais e procedimentais que enquadram com imposições de juridicidade negativas o âmbito meta-jurídico do juízo da Administração.

2. Discordamos, por outro lado, do modo como no aresto se elencam a título exemplificativo situações de controlabilidade jurisdicional de conceitos jurídicos indeterminados, e isso por duas razões. A primeira é a de que a referência a «conceitos descritivos cujo critério de avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais» assenta no postulado inaceitável de que o Tribunal não controla quando não disponha da preparação técnica extra-jurídica requerida. Não é de facto assim. Se se tratar de juízos cognoscitivos, ou seja, sobre a existência de factos, que impliquem o recurso a técnicas extra-jurídicas, o Tribunal terá de basear-se nos modos de produção de prova adequados sob pena de denegação de justiça. Se, pelo contrário, o propósito do legislador for o de remeter para um juízo de valor, de prognose ou de oportunidade, por parte da Administração, que implique conhecimentos extra-jurídicos cuja aplicação a cada caso não dite, porém, objectivamente, em termos susceptíveis de demonstração irrefutável, uma única solução correcta, então sim, o Tribunal não poderá proceder a um controlo substitutivo. Mas isso por se encontrar perante o preenchimento de um verdadeiro conceito jurídico indeterminado e não graças à sua incapacidade, pela falta de conhecimentos técnicos, para acompanhar os raciocínios desenvolvidos<sup>(2)</sup>.

A segunda razão da nossa discordância quanto ao modo como, no acórdão em análise, se procura elencar situações de sindicabilidade jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração é a de que as figuras (ii) e (iii) não correspondem a verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados. No Direito Administrativo, os conceitos de fonte normativa designados (à falta de melhor e de acordo com uma velha tradição) como «vagos ou indeterminados», ou somente «indeterminados»,

(2) Cfr. SÉRVULO CORREIA, Noções de Direito Administrativo, I, Lisboa, Danúbio, 1982, pp. 178 a 180; Direito do Contencioso Administrativo, I, Lisboa, Lex, 2005, pp. 622 e 623.

apenas merecem em termos metodológicos ou dogmáticos essa qualificação quando o legislador lhes reserve um papel de abertura daquela parte da norma em que se inserem. A abertura localiza-se mais frequentemente na previsão da norma (Tatbestand, facti species). Em tal caso, trata-se de reservar à Administração um juízo de avaliação ou prognose a propósito de um dos pressupostos do acto administrativo ali elencado (3).

Ao conceder ao aplicador essa prerrogativa de avaliação valorativa ou de prognose, o legislador confia-lhe a «descoberta», sob responsabilidade institucional administrativa, do sentido de tal juízo; um sentido delimitado mas não determinado por parâmetros jurí-

dicos. O que marca a natureza dos conceitos jurídicos indeterminados em sentido próprio é que a incerteza liminar quanto ao seu entendimento em face do caso concreto se não resolve por modo hermenêutico. Não traduzem um problema de interpretação difícil. Por muitas que sejam as dificuldades de interpretação com que o aplicador se defronte, elas terão sempre de se ultrapassar através de um raciocínio interpretativo (neste incluindo a metodologia legislativamente determinada de integração das lacunas). Ora, em sede de interpretação, não são simultaneamente admissíveis várias soluções discordantes para a mesma questão. Pode ler-se em certos quadrantes da «jurisprudência analítica» anglo-saxónica que, nos «hard cases», o encadear do raciocínio jurídico nunca garante (ou justifica) a validade de um só resultado (outcome). Abrir-se-ia assim um inevitável recurso à «judicial discretion» (4). Mas, independentemente agora de saber até que ponto, em tais sistemas, o juiz não é suposto procurar a única solução correcta, qual Hércules perante um colossal desafio (5), a verdade é que, na nossa Ordem Jurídica, a decisão do juiz é em princípio construída com base em uma metodologia e em determinantes jurídicas que, por definição, só podem apontar para um resultado unívoco. As próprias antinomias detectáveis na Ordem Jurídica são equacionáveis como problemas especiais de interpretação. E uma mesma Ordem Jurídica não consente, sob pena de perda de efectividade, que sobre a mesma situação incidam efeitos de direito entre si incompatíveis (6).

Vem isto a propósito de dizer que não faz sentido pretender caracterizar os conceitos jurídicos indeterminados como aqueles que consentem interpretações

(3) Cfr. COLEMAN/LEITER, "Determinacy, Objectivity, and Authority", in MARMOR (ed.), *Law And Interpretation – Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 215.

(4) IDEM, ibidem; DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1994 (7.ª reimp.), pp. 105 e seg.; *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts/London, Harvard University Press, 200, pp. 454 e seg.

(5) Cfr. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer Verlag, 1982, p. 463.

(1) Mas também se encontram normas em que o legislador implantou um conceito indeterminado na estatuição, ou lado dos efeitos de direito. Quando assim sucede, a função do conceito é a de caracterizar de algum modo o tipo de actuação administrativa sem com isso fechar de todo a liberdade conformativa do aplicador à luz das necessidades de composição dos interesses públicos e privados dignos de tutela tal como especificamente presentes no caso concreto. Nestas hipóteses, poderá falar-se com propriedade em conceitos de discricionariedade ou conceitos discricionários (Ermessenbegriffe): neles, a indeterminação da locução destina-se a conceder uma margem de liberdade na conformação do sentido da decisão administrativa. Mas a expressão «conceito de discricionariedade» foi, sobretudo, usada (e ainda o é hoje por alguns autores) para sublinhar um ponto de vista que não partilhamos: o de que a indeterminação de conceitos na previsão ou na estatuição da norma jurídica administrativa é reconduzível a «um conceito unitário e abrangente de discricionariedade». Cfr. MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, "Notas sobre variações em matéria de discricionariedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e da importação de construções dogmáticas pelas nossas doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo", in MANUEL AFONSO VAZ/AZEREDO LOPES (Coord.), *Juris Et De Jure – Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Porto, UCP, 1998*, p. 671. Sobre o emprego do termo «Ermessensbegriffe» para caracterizar um tempo – findo em meados do Século XX – em que a discricionariedade não fora «banida para a estatuição ou lado dos efeitos de direito da norma» e em que, portanto, a indeterminação de conceitos na previsão também era assumida como fonte de discricionariedade, ver, entre muitos outros possíveis, BULLINGER, *Verwaltungslehre im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986, *Nomos Verlag*, pp. 138 e 139. Expomos brevemente adiante qual é, a este propósito, a nossa posição matizada e relativista.



distintas. Se o exame hermenêutico de uma norma que contém um conceito de aceção difícil permite ainda assim concluir que, não obstante as incertezas da linguagem, ela se destina a formular uma estatuição directamente regulativa (e não a meramente conferir um espaço de autonomia para acções administrativas deonticas) (7), então as dificuldades resolvem-se através de uma argumentação moldada pela metodologia jurídica. Tratar-se-á de uma tarefa interpretativa e cabe naturalmente aos tribunais apurar sobre a correcção da aplicação da norma pela Administração. Estaremos – segundo a terminologia consagrada – perante a sindicância jurisdicional do vício de violação de lei ou do de desvio de poder.

Mas, nestes casos, não se poderá falar de sindicância de «conceitos indeterminados». Estes são apenas aqueles que, colocados na previsão ou Tatbestand da norma jurídica administrativa, apontam para a feitura de um juízo administrativo de avaliação e prognose de resultado não alcançável através de uma argumentação jurídica. O Tribunal não poderá substituir-se à Administração no desenvolvimento do raciocínio causal-teorético em questão, apenas lhe cabendo um controlo pela negativa (designadamente de inadequação do critério da avaliação ou prognose, ou seja, erro grosseiro ou manifesto de apreciação, que constitui a violação da primeira das três vertentes do princípio da proporcionalidade) (8).

Compreende-se assim a razão da nossa discordância com o acórdão comentado quando dá como exemplos de «conceitos indeterminados» sindicáveis as «classes de conceitos indeterminados de valor, cujo critério de concretização resulta, por forma directa, ... da exegese dos textos legais» e «todos os conceitos de valor cuja concretização envolva juízos mais especificamente jurídicos e que, portanto, não permitem a afirmação de que o Tribunal não possui os necessários conhecimentos técnicos». Para além da já criticada justificação, não só ultrapassada mas constitucional-

mente inaceitável, de que os tribunais não controlam os pressupostos de facto cuja existência requeira o emprego de técnicas não-jurídicas, a verdade é que as duas categorias assim erigidas não correspondem aos conceitos jurídicos indeterminados propriamente ditos, ou seja, àqueles através dos quais o legislador confere margem de livre apreciação (margem de livre avaliação) ao aplicador administrativo. A concretização «através da exegese dos textos legais» é interpretativa. E o mesmo se diz daquela a que se procede através de «juízos jurídicos».

Perante situações destas, o Tribunal não só pode mas deve sindicatar a utilização do conceito normativo pelo aplicador administrativo. Só que não se está perante a sindicância do emprego de um conceito jurídico indeterminado, visto que se não enfrenta uma abertura da previsão normativa só ultrapassável mediante raciocínios não jurídicos na sua essência, ainda que negativamente delimitados por parâmetros jurídicos de iter (que não de conteúdo) como, por exemplo, a proporcionalidade e a imparcialidade.

3. Assim explicitada a principal razão da nossa discordância com a fundamentação do Ac. de 17/1/2007 (P. 1068/06), passaremos em rápida revista as questões por ele suscitadas no tocante (a) ao efeito da separação de poderes sobre o âmbito funcional da jurisdição administrativa, (b) ao papel da margem de livre apreciação enquanto modalidade da margem de livre decisão administrativa, (c) à diferença entre indeterminação estrutural e mera dificuldade de interpretação, (d) à compatibilidade entre a margem de livre apreciação e a garantia constitucional de tutela jurisdicional e administrativa. Procuraremos mostrar por fim que, no caso decidido pelo acórdão anotado, se tratava tão-só de rever a aplicação administrativa de um «conceito difícil» enquadrável por uma metodologia hermenêutica e, portanto, não estruturalmente indeterminado (e).

(7) Cfr. DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, Coimbra, Almedina, 2006, p. 466.

(8) Cfr. WALTER SCHMIDT, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, München, Beck, 1982, pp. 61 e seg.

## II. Separação de poderes e âmbito funcional da jurisdição administrativa

4. Refere-se no aresto em análise uma tomada de posição do Tribunal Central Administrativo Sul (o juiz a quo no caso vertente) segundo a qual «a admissão de que este Tribunal – ou qualquer outro da jurisdição administrativa e fiscal – estaria impedido de sindicar a valoração que em concreto a Administração fez de uma dada situação de facto, equivaleria, na prática, ao esvaziamento das competências dos tribunais das jurisdições administrativa e fiscal».

Tomada pelo seu valor facial, isto é, em termos gerais e abstractos, desligados do tipo de valoração que no caso concreto a Administração levou a cabo, esta asserção não seria compatível com o princípio constitucional da separação de poderes. É certo que o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo não a retoma formalmente como seu próprio ponto de vista. Mas certas passagens do aresto parecem denunciar alguma tendência para alinhar com aquela tese. Referindo aquilo que denomina «... conceito indeterminável, conceito de conteúdo incerto e indefinido, cuja apreciação [a recorrente pretende que está] vedada aos tribunais por se situar no coração da actividade administrativa do Estado», afirma o STA que o apelo a preceitos como os arts. 201.º, n.ºs 1 e 2, da CRP (conteúdo da função jurisdicional) e 266.º, n.º 2, da CRP (princípio da legalidade administrativa) «conduz inexoravelmente à eliminação da controvérsia quanto à sindicabilidade contenciosa de tais conceitos, ou, pelo menos, à aplicação dessa ideia de insindicabilidade «em termos restritivos, sob pena de se poder incorrer em manifesta denegação de justiça».

Não caberia no espaço deste comentário uma história, ainda que resumida, da génese do Beurteilungsspielraum. Lembrar-se-á apenas que, na Alemanha de meados do Século XX, a maioria da doutrina se polarizou na posição – que cedo viria a ser de novo controvertida – de que a discricionariedade se localizaria apenas na estatuição ou «lado dos efeitos de direito» (Rechtsfolgeseite) da norma jurídica administrativa, não lhe competindo também um lugar

no lado da previsão (Tatbestand). Não haveria assim mais lugar a uma pretensa discricionariedade cognitiva (kognitives Ermessen) mas tão-só a uma discricionariedade volitiva (volitives Ermessen). A discricionariedade circunscrever-se-ia apenas ao plano imediato da «descoberta» do sentido da decisão, não cabendo também no dos juízos de avaliação da realidade. Assim sendo, o preenchimento aplicativo de conceitos rodeados de um halo de incerteza que, no Tatbestand, indicam pressupostos da conduta administrativa assumiria sempre a natureza de uma tarefa interpretativa, apontando necessariamente para uma única decisão correcta (richtige Entscheidung) enquanto aquela decisão juridicamente válida (rechtmässige Entscheidung). Esses juízos de preenchimento do Tatbestand seriam sempre, por tudo isto, inteiramente revisíveis (e, portanto, substituíveis) pelos tribunais.

A ideia – de cunho eminentemente formalista, já sustentada na Áustria do Século XIX por TEZNER em polémica com BERNATZIK – era a de que, desde que um conceito vago surja ordenado no âmbito de uma norma como conceito jurídico, a sua aplicação ao caso concreto pela Administração não pode escapar a um controlo jurisdicional total. Assim teria de acontecer mesmo que esse conceito envolvesse um juízo sobre as exigências do interesse público no caso concreto! (9) (10)

Mas, como aqui e agora parece evidente, esta posição fundamentalista cedo teria de se mostrar insusceptível de integral aplicação prática. Nem todos os juízos e decisões concretas da Administração podem ser na sua substância ditados por parâmetros normativos, embora todos tenham de se enquadrar em normas de competência e orientação finalística.

A extrema complexidade da vida social contemporânea estabelece limites de possibilidade, e até de desejabilidade, à capacidade de omniprevisão e omnies-tatuição do legislador. Os modelos abstractos de si-

(9) Cfr. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, 1800-1914, München, Beck, 1992, p. 415.

(10) PACHE, Tatbeständliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 53.

tuações jurídicas administrativas e dos modos da sua regulação desenvolvem-se na vida real numa miríade de casos e de exigências de ajustamento da respectiva conformação aos critérios finalísticos e axiológicos assentes. Fala-se por isso de uma «crise do Direito regulador»<sup>(11)</sup>, não porque o sistema não acabe por providenciar o enquadramento e a conformação das situações jurídicas administrativas, mas porque, para tal efeito, o papel da lei formal é com cada vez mais frequência o de fornecer a legitimação competencial a par de directrizes finalísticas, mas não assim os parâmetros substantivos de qualificação e conformação. Estes são remetidos para a autodeterminação do aplicador administrativo, deste modo se reservando uma margem de livre decisão administrativa (Entscheidungsspielraum)<sup>(12)</sup> <sup>(13)</sup>.

Asseguram-se deste modo, designadamente, a flexibilidade e a capacidade de inovação essenciais à concepção e prossecução das políticas administrativas<sup>(14)</sup>.

<sup>(11)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VORSKÜHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, Methoden. Massstäbe. Aufgaben. Organisation. München, Beck, 2006, p. 179.

<sup>(12)</sup> Sobre este conceito, ver, mais desenvolvidamente, SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra, Almedina, 1987, designadamente, pp. 116 a 136; Direito do Contencioso Administrativo, cit., designadamente, pp. 375 a 438. Sobre a correspondência entre margem de livre decisão administrativa e o conceito alemão de Entscheidungsspielraum e, também, sobre margem de livre apreciação com a acepção de «reserva administrativa parcial de liberdade de apreciação valorativa e de prognose», ver, nesta última obra, as considerações produzidas a pp. 104 e 105 (nota 102).

<sup>(13)</sup> Sobre os limites postos pela complexidade social e técnica dos campos de disciplina à capacidade de determinação pelo legislador tanto das hipóteses de actuação administrativa quanto dos sentidos das decisões concretas, v., entre muitos outros possíveis, ANA PAULA DOURADO, O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação, Coimbra, Almedina, 2007, designadamente pp. 537 e seg.

<sup>(14)</sup> Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin, Springer, 1998, pp. 179 e 180; SABINO CASSESE (Coord.), Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 671.

Ora, como adiante melhor se verá, é ténue a barreira que, tanto no plano funcional como no metodológico, separa a autonomia administrativa de conformação do sentido de decisão e a autonomia administrativa de valoração e prognose (esta última, para o efeito de concluir, em termos que se não confundem com os da lógica subsuntiva, sobre o enquadramento numa previsão normativa imprecisa de um dado elemento de uma situação concreta). Em breve, pois, os tribunais alemães foram confrontados com a impossibilidade de resolver – através de uma interpretação substitutiva da apreciação pelo aplicador administrativo – todos os problemas colocados pela inclusão de elementos das situações a regular concretamente sob a incidência de conceitos situados no Tatbestand para designar um pressuposto do acto administrativo (ou pressuposto de outras forma típicas de conduta, como os contratos administrativos).

Foi aí que surgiu a técnica (seria favor excessivo qualificá-la como teoria) do Beurteilungsspielraum. Daremos dela uma definição expedita e corrente, que desde logo põe involuntariamente a nu a inconsistência inata da ideia: tratar-se-ia de áreas de actuação administrativa em que os tribunais exercem apenas um controlo limitado, por se revelarem correctas e legais diversas decisões de aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados («... Fälle... das im Hinblick auf Anwendung und Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs mehrere Entscheidungen richtig und rechtmässig sein Können»). Dado que, na maioria dos casos, as normas não contêm qualquer explicitação manifesta da liberdade do aplicador para escolher entre várias soluções de avaliação todas elas admissíveis, o princípio é o da inexistência de Beurteilungsspielraum. As excepções são definidas casuisticamente pela jurisprudência que, nesses âmbitos, não controla a bondade das avaliações (qualificações valorativas ou de prognose) em si mesmas, mas apenas o respeito dos limites de juridicidade<sup>(15)</sup>.

<sup>(15)</sup> Cfr. DEITERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 6.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 2008, pp.

5. O insanável defeito desta construção consiste em se admitir, perante alguns «conceitos difíceis» de Tatbestand, uma mesma self-restraint judicial independentemente de se estar perante problemas de interpretação jurídica ou de valoração e prognose metajurídica. O problema reside em, perante uma defeituosa imprecisão da figura de conceito jurídico indeterminado, confundir no seu âmago duas realidades funcional e metodologicamente distintas: por um lado, existem conceitos situados no Tatbestand de normas jurídicas administrativas cujo sentido liminar não é claro, mas cuja dificuldade de entendimento deve ser resolvida através de um raciocínio hermenêutico passível de refutação objectiva (raciocínio teórico-discursivo); por outro lado, há conceitos com aquele posicionamento estrutural e aquela abertura material cuja função não é a de apontar para uma densificação conduzida segundo metodologia jurídica, mas para um juízo de valor ou de prognose insusceptível de infirmação objectiva.

Os conceitos do primeiro tipo só impropriamente podem ser considerados «indeterminados» para daí extrair a ilação do controlo jurisdicional total e, portanto, substitutivo em face dos conceitos propriamente indeterminados: pode discutir-se sobre qual a interpretação correcta de um certo Tatbestand normativo passível de uma extracção hermenêutica de sentido. Mas é inquestionável que, de entre essas várias interpretações em confronto, só uma poderá revelar um sentido correcto da enunciação das condições pressupostas<sup>(16)</sup>. E, fazendo-se tal determinação de sentido através de uma argumentação jurídica, envolvendo designadamente normas sobre normas (preceitos sobre a metodologia de interpretação e integração), cabe ao juiz a última palavra sobre o sentido correcto e a respectiva aplicação legal.

118 e 119. Encontra-se nesta obra uma explanação da lista actualizada de matérias (Fallgruppen) de Beurteilungsspielraum, de pp. 120 a 124. Na p. 125, figura um elenco de vícios de legalidade específicos do exercício de Beurteilungsspielraum, os quais substanciam o âmbito do controlo jurisdicional restrito.

<sup>(16)</sup> Cfr. DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental..., cit., p. 873.

Quanto aos conceitos do segundo tipo – os propriamente indeterminados –, ou seja, conceitos de prognose ou de avaliação metajurídica, esses permitem diferentes densificações todas elas conformes ao Direito. Isso significa que a opção assentará num raciocínio de desfecho independente de determinantes jurídicas. Esse raciocínio deverá respeitar condicionantes jurídicas (competência, procedimento, conhecimento correcto dos factos, fim, princípios fundamentais de conduta administrativa, direitos fundamentais) cuja violação implicará a ilegalidade do acto. Mas o seu sentido não é substantivamente parametrizado por normas jurídicas. Se o juiz discordar da conclusão por lhe não agradarem os parâmetros materiais metajurídicos (ou seja, de política administrativa), não deverá pretender corrigi-la porque, ao fazê-lo, se colocaria fora do âmbito funcional da actividade jurisdicional.

6. Em suma, o Beurteilungsspielraum não serve por duas ordens de razões: porque, sob a desculpa da dificuldade técnica da reconstituição de certos factos, dispensaria o juiz de proceder, como lhe compete, à subsunção da realidade em conceitos que não remetem para a livre avaliação ou prognose da Administração; e porque impeliria o juiz a fazer aquilo que lhe não compete e para o qual não está legitimado, ou seja, a arrogar-se a «última decisão» na aplicação daquelas normas através das quais o legislador comete à Administração uma concretização baseada num juízo de prognose ou de valoração metajurídica.

Note-se que esta errónea orientação resulta de se misturarem sob uma única locução – a de conceito jurídico indeterminado (unbestimmter Rechtsbegriff) – duas realidades cuja distinta natureza impõe (importa...) diferentes regimes jurídicos e, portanto, uma diferente denominação. Entre nós, de há muito que a voz autorizada de ROGÉRIO SOARES registou esta dicotomia qualitativa<sup>(17)</sup>.

<sup>(17)</sup> ROGÉRIO SOARES distingue entre conceitos classificatórios e conceitos imprecisos em sentido estrito ou conceitos indeterminados tipo.

Os conceitos imprecisos em sentido estrito (chamemos-lhes conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados) «não

E, portanto, duas soluções diferentes se impõem à luz da interpretação da norma cujo Tatbestand encerra o conceito em causa (com particular relevância dos elementos finalísticos e sistemáticos da interpretação). Ou o conceito é classificatório e remete para um âmbito de aplicação pré-determinado pela Ordem Jurídica e a sua univocidade dogmática, que só permite uma única solução correcta, justifica o pleno exame do juiz, que não autodetermina os sentidos, mas apenas os extrai das normas aplicáveis segundo uma metodologia objectivamente infirmável. Ou, pelo contrário, a interpretação da norma nos aponta para uma situação de verdadeira indeterminação, ou seja, aquela em que o sentido da decisão será objecto de uma volição autodeterminada do aplicador administrativo. O aplicador não se encontrará então vinculado ao estabelecimento de um paralelismo entre o sentido extraído do conceito normativo através da sua interpretação e o sentido da avaliação ou prognose concretas: o alinhamento do segundo com o primeiro depende de uma apreciação autónoma. Aquilo que

---

apontam para uma classe de situações individuais, mas invocam um tipo difuso de situações da vida, um domínio de factos ou valores em relação ao qual os acontecimentos concretos se projectam apenas como manifestações ou expressões. O conceito impreciso não pretende pois referir-se à totalidade do grupo de situações, mas dar uma imagem significativa».

Têm uma imprecisão de diferente natureza os chamados conceitos classificatórios, isto é, conceitos que se referem a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe ou soma de acontecimentos substancialmente idênticos. Estes são, por seu turno, agrupáveis em pelo menos três subcategorias. Em primeiro lugar, os conceitos descritivos – empíricos (empirische Begriffe), cujo conteúdo, muito embora se não apresente ao intérprete, é fixável objectivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos e técnicos de um certo ramo. Em segundo lugar, encontramos os conceitos indeterminados cuja imprecisão se traduz na remissão para figuras jurídicas de limites elásticos. Um terceiro grupo de conceitos classificatórios é formado por aqueles que se referem a situações definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e lugar. Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, Direito Administrativo, Apontamentos policopiados das lições proferidas no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa do Porto, sem data; SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual..., cit., pp. 116 e 117.

o legislador espera do órgão administrativo a quem confere a competência é que ajuíze introduzindo inovatoriamente os critérios de avaliação ou prognose que se lhe afigurarem preferíveis. Para o efeito, serão determinantes parâmetros de política administrativa ou de experiência pessoal, desde que compatíveis com os limites postos pela Constituição e pelas leis e regulamentos.

7. E aqui retornamos ao comentado acórdão quando, de um modo algo sibilino, fazendo uma citação de MARCELO REBELO DE SOUSA, afirma que a interpretação e aplicação de um conceito indeterminado são juridicamente controláveis. Perante esta asserção algo descontextualizada, observamos, em primeiro lugar, que cumpre saber com rigor daquilo sobre que se fala: se de conceitos de difícil aplicação em geral, ou se apenas de conceitos jurídicos indeterminados em sentido próprio, com exclusão, portanto, dos conceitos passíveis de uma concretização plenamente hermenêutica (conceitos classificatórios). É certo, quanto a todos eles, que a sua interpretação pode ser levada a cabo pelo Tribunal. Mesmo quanto aos conceitos indeterminados em sentido próprio, há sempre lugar a uma operação interpretativa prévia, destinada a confirmar que eles o são, isto é, que constituem, na norma em causa, objecto de prerrogativa de avaliação (Einschätzungsprerogative) ou habilitação para prognose (Prognoseermächtigung) <sup>(18)</sup>. Mas, a partir desta interpretação dedicada à detecção da verdadeira natureza do conceito, temos uma partilha das águas. Se o conceito não merece ser qualificado como indeterminado, a incerteza que rodeia a sua adequação para enquadrar a situação concreta terá de ser superada graças ao desenvolvimento de uma nova tarefa interpretativa a propósito da qual cabe ao Tribunal a última palavra. Mas se, pelo contrário, o exame do preceito mostra que o legislador usou um conceito que figura no respectivo Tatbestand para responsabilizar o aplicador administrativo por uma prognose ou

---

<sup>(18)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., p. 604.

por uma avaliação subjectiva sobre propriedades não jurídicas de certo componente da situação a regular, então teremos de concluir que nos deparamos com uma zona de reserva parcial de Administração e de correspondente controlo jurisdicional reduzido.

Como se sublinhou já, mesmo nestes casos há sempre controlo jurisdicional sobre todos os factores de juridicidade inafastáveis do exercício da margem de livre decisão administrativa: competência, procedimento, visão exacta dos factos, fim legal, princípios fundamentais de conduta administrativa, direitos fundamentais. Mas não há controlo jurisdicional, como também o não há no exercício da discricionariedade em sentido próprio, naquela medida em que tal controlo equivallesse à imposição pelo juiz de um sentido de avaliação ou prognose não ditado por parâmetros de juridicidade. A interpretação (um raciocínio regido por parâmetros jurídicos e destinado a apurar um sentido de dever ser oriundo do sistema normativo) é uma coisa e outra é o juízo aplicativo de valoração ou prognose, que se não confunde com a primeira, embora com ela sempre se articule dogmaticamente.

No tocante à dirimição de litígios emergentes do desempenho da função administrativa, o âmbito funcional da jurisdição é qualificado pela natureza jurídica da controvérsia. Em princípio, o Tribunal não tem de (nem pode) decidir sobre discórdias quanto à bondade, conveniência ou mérito político-administrativos de soluções não recusadas pelo Direito. Só faz sentido rechar o «esvaziamento das competências dos tribunais da jurisdição administrativa» quando esteja em causa tomar uma decisão graças à aplicação do Direito e, em particular, do Direito Administrativo. Mas não se confunda «esvaziamento» com a recusa do excesso de jurisdição administrativa. Tal excesso ocorrerá quando o Tribunal queira tomar decisões desprovidas de parâmetros normativos substantivos ou materiais. É que, hoje, há a crescente consciência de que nem todas as normas que incumbem de tarefas a Administração (Handlungsnormen, Verhaltensaufträge) são simultaneamente em plenitude parâmetros de controlo (Kontrollnormen, Kontrollmassstäbe). Quando as normas conferem margens

de livre actuação administrativa (administrativen Handlungsspielräume), elas valem ainda como padrões de legitimação e de orientação finalística mas, por força da autonomia de concretização que deixam ao aplicador, não desempenham o papel de factores de orientação (Steuerungsfaktoren) quanto ao sentido material ou substantivo de juízos sobre aspectos da situação concreta ou de fórmulas ponderativas que presidirão à sua regulação<sup>(19)</sup>. Desprovido de um respaldo normativo, o juiz que queira sobrepor nessa parte os seus critérios aos da Administração pretende exercer uma função materialmente administrativa e não jurisdicional. Com isso viola, em suma, o princípio constitucional da separação de poderes e expõe-se a uma responsabilidade política que, até por não poder ser efectivada, só desgastará o clima de acatamento que deve rodear o seu múnus.

### III. A margem de livre apreciação enquanto modalidade da margem de livre decisão administrativa

8. Importa sublinhar a identidade de razões para o carácter reduzido do controlo jurisdicional tanto da discricionariedade administrativa como da margem de livre apreciação administrativa (Einschätzungsspielraum), entendendo-se esta última como preenchimento, sob responsabilidade própria da Administração, de conceitos jurídicos indeterminados (em sentido próprio) figurando no Tatbestand das normas jurídicas administrativas.

É ténue a fronteira entre discricionariedade administrativa e margem de livre apreciação administrativa. Dogmaticamente, elas incorporam, juntamente com a autonomia regulamentar e a autonomia contratual nos contratos administrativos, um superconceito que tanto se poderá denominar autonomia pública<sup>(20)</sup> como margem de livre de-

<sup>(19)</sup> HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., pp. 178 a 181.

<sup>(20)</sup> Com o risco de alguma confusão com o princípio organizatório da autonomia administrativa.

cisão administrativa (Entscheidungsspielraum). Como género, esta abrange a permissão normativa da criação, no âmbito de formas de conduta típica da Administração (ou seja, pelo menos, no dos regulamentos, actos e contratos administrativos), de efeitos de direito de substância não predeterminada por normas jurídicas, bem como a titularidade e exercício do poder gerado por tal permissão <sup>(21)</sup>.

Tanto na discricionariedade como na margem de livre apreciação, aquilo com que deparamos é o emprego pelo legislador de uma técnica de abertura na formulação dos preceitos, tendente (quer se trate de um propósito subjectivo ou de uma virtualidade objectiva) a deixar ao aplicador administrativo um espaço de concretização autodeterminada. A infinidade das situações jurídicas administrativas e a imprevisibilidade de muitos contornos específicos impele com frequência o legislador a não fechar completamente a previsão e a estatuição, ou apenas a previsão, de normas jurídicas administrativas. Significa isto relegar para o aplicador administrativo a responsabilidade política e o poder-dever de concretização jurídica autónoma dessas aberturas na consideração e regulação dos casos individuais. Em vez do modelo convencional da completude da orientação normativa (Steuerung, indirizzo) através de padrões substantivos integrais, o legislador flexibiliza o embate do comando geral e abstracto com as multímodas realidades sociais, remetendo para a Administração a tarefa de ir acomodando sucessivamente no futuro as directrizes finalísticas legislativas ao modo como os interesses relevantes afluírem nas situações concretas <sup>(22)</sup>.

A proximidade entre as figuras da discricionariedade e da margem de livre apreciação passa desde logo pela circunstância – hoje irrefutavelmente demonstrada – de ambas envolverem abertura da

previsão legal ou Tatbestand. Embora à discricionariedade também corresponda autonomia na conformação da decisão, a verdade é que a escolha do respectivo sentido depende logicamente de um raciocínio que extrai do caso concreto os motivos para um certo conteúdo da pronúncia. Ora esses motivos não correspondem apenas aos pressupostos que o legislador haja elencado na previsão. À face desses, a decisão tanto poderá ser uma ou outra, ou porventura, ainda outra, ou outra. A fixação de uma delas resulta de um elenco de motivos que o autor do acto vai colher da situação concreta por aí manifestarem interesses públicos e privados relevantes. O encontro do sentido discricionário da decisão passa deste modo por um completamento do Tatbestand normativo. Como escreve WALTER SCHMIDT, «a discricionariedade é sempre também discricionariedade de previsão» (Ermessen ist immer auch «Tatbestandsermessen»). O autor do acto vai ter de integrar no Tatbestand normativo o modo como equaciona o conflito de interesses carecido de regulação e a relação entre meio e fim que entende adequada à respectiva conformação <sup>(23)</sup>. Essa operação de preenchimento é relativamente livre: a lei não declara quais hajam de ser os novos e decisivos pressupostos. A liberdade é no entanto relativa por força dos diversos tipos de limites de juridicidade, que podem ir ao ponto de impor ou excluir certos elementos da situação como relevantes para a ponderação <sup>(24)</sup>.

9. Em face da improcedência (e, pode dizer-se até, do abandono, pela teoria mais actualizada e esclarecida), da tese que pretendia aprisionar a discricionariedade na estatuição ou lado dos efeitos de direito (Rechtsfolgeseite) da norma jurídica administrativa, poderá

<sup>(21)</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual... cit., p. 469.

<sup>(22)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., p. 586; WISSMANN, Generalklauseln-Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmässigkeit und offenen Normen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 169 e 313.

<sup>(23)</sup> Cfr. WALTER SCHMIDT, Einführung..., cit., p. 69.

<sup>(24)</sup> Cfr. KOCH, Umbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1979; MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, "Notas sobre variações em matéria de discricionariedade", cit., pp. 649 a 652; SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual..., cit., pp. 483 a 486; Direito do Contencioso Administrativo, cit., pp. 392 a 396; WALTER SCHMIDT, Einführung..., cit., p. 69.

então perguntar-se nos qual o motivo porque não aderimos à proposição (que tem vindo a ganhar adeptos) da insubsistência da diferenciação entre discricionariedade e margem de livre apreciação. Desse modo, seria reconduzido à discricionariedade o tipo de comportamento administrativo que se refere pela segunda locução.

Tranquilizamos as nossas benévolas leitoras e os nossos pacientes leitores: não olvidamos que estamos a proceder a um comentário ao acórdão proferido pela Secção de Contencioso Administrativo do STA, em 17/1/2007, no P. 1068/06, e que não se trata de desenvolver aqui um ensaio sobre as múltiplas facetas dessa apaixonante realidade sedimentada no superconceito da margem de livre decisão administrativa ou autonomia pública. Mas a pergunta agora levantada, relativa a uma visão monista ou dualista das figuras contempladas, encontra-se inevitavelmente no cerne do risco de deriva que neste aresto detectamos. É que a autonomia conceptual do preenchimento valorativo ou prognóstico de conceitos jurídicos indeterminados em face do instituto da discricionariedade tem sido invocada como argumento favorável a uma radical diferenciação de regimes. Designadamente na Alemanha, e mais a nível da jurisprudência do que da doutrina, tem havido muito quem considere que, não se tratando de discricionariedade, o preenchimento da indeterminação do Tatbestand se resume então a uma actividade hermenêutica plenamente reformável pelo julgador.

A este propósito, parece-nos fundamental que se compreenda que a razão de ser e as consequências da perspectiva dualista não podem ser as mesmas nos planos metodológico, dogmático e funcional.

10. No plano metodológico, coexistem um traço comum e um traço distintivo entre a discricionariedade e a margem de livre apreciação administrativa.

O traço comum – que justifica a incorporação das duas figuras num superconceito – reside na técnica legislativa de textura aberta da norma como modo de habilitar o aplicador a uma concretização autode-terminada. Ciente dos acentuados graus de imprevi-

sibilidade e da necessidade de, perante as situações concretas, arriscar prognoses indemonstráveis (desde que também irrefutáveis), valorar e, ou, ponderar os aspectos específicos sem apoio em modelos substantivos previamente definidos, o legislador remete para uma aplicação dinâmica da lei sob o influxo de factores direccionais proporcionados pela natureza de cada caso<sup>(25)</sup>. É certo que, em todos os ramos do Direito, toda a aplicação das normas envolve, mesmo ao nível da interpretação, um aditamento de sentido constitutivamente ligado à particularidade da situação<sup>(26)</sup>. Mas, nas várias modalidades da margem de livre decisão administrativa, o preenchimento da incompletude não pode ser confiado a um discurso hermenêutico porque os pressupostos em falta (ou o seu sentido prognóstico ou valorativo para o caso concreto) não podem ser reconstituídos através de um simples raciocínio teórico-discursivo, ou seja, mediante um encadeamento lógico de outros conceitos descritivos, os quais, pura e simplesmente, não existem para esse efeito. A abertura da norma que confere margem de livre decisão não remete para uma operação intelectual explicativa e demonstrativa, mas para um acto de volição. Nestes casos, a abertura normativa não reflecte uma incerteza condicionada pela linguagem, mas antes a habilitação para novas decisões parcelares relacionadas com o perfil da situação concreta<sup>(27)</sup>.

A abertura decorrente da menção de um pressuposto através da inclusão de um conceito jurídico indeterminado no Tatbestand da norma jurídica administrativa habilita a uma decisão isolada de prognose (Prognoseentscheidung). Ainda quando um tal preenchimento se caracteriza mais nitidamente como uma valoração extra-jurídica, ou decisão de apreciação (Einschätzungsentscheidung), de um elemento da situação real para concluir sobre se

(25) Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., pp. 188 e 586; WISSMANN, Generalklauseln, cit., pp. 20, 169, 313 e 316.

(26) Cfr. JOSÉ LAMEGO, Hermenêutica e Jurisprudência, Lisboa, Fragmentos, 1990, pp. 182 e 183.

(27) Cfr. KOCH, Unbestimmte Rechtsbegriffe..., cit., p. 71.



o acto poderá tomá-lo como pressuposto, este juízo é habitualmente reconduzível a uma decisão de prognose. Aquilo que diferencia estes actos em face do preenchimento interpretativo é o facto de o conteúdo de tais decisões não ser materialmente determinado pela norma que habilita à sua enunciação, nem por qualquer outro parâmetro normativo substantivo. Parâmetros substantivos apenas podem estabelecer pela via negativa limites de admissibilidade de tais conteúdos <sup>(28)</sup>.

A discricionariedade administrativa resulta também de uma abertura da norma: neste caso, aliás, de aberturas funcionalmente interligadas na previsão e na estatuição da norma. A abertura no Tatbestand propulsionará uma operação de selecção, hierarquização e ponderação de interesses relevantes para o sentido da decisão, feita com autonomia à luz das circunstâncias do caso concreto <sup>(29)</sup>.

11. A esta comunhão, no plano metodológico, entre margem de livre apreciação e discricionariedade, junta-se um importantíssimo e muitas vezes esquecido traço comum de natureza funcional. Não é, com efeito, raro ver-se versar na doutrina a abertura normativa traduzida no emprego de conceitos jurídicos indeterminados em normas jurídicas administrativas como se se tratasse de um problema destinado a ser equacionado do mesmo modo pelo qual o é em face de outros quaisquer ramos da Ordem Jurídica. Em consequência disso, examina-se a questão no âmbito do Direito Administrativo como se tratasse tão-só, como por exemplo sucede no Direito Civil, de um problema de interpretação e, neste quadro, do da medida em que ao juiz é lícito aditar sentido numa interpretação para

<sup>(28)</sup> Ditam os parâmetros substantivos negativos que os conteúdos das apreciações não poderão ser desproporcionados, não poderão impor tratamentos desiguais de situações iguais, não poderão assentar em motivos determinantes desconformes com o fim visado por lei, não poderão afectar direitos, liberdades e garantias em termos constitucionalmente não permitidos, etc.

Sobre as decisões de prognose e de avaliação ou apreciação, v. WALTER SCHMIDT, *Einführung...*, cit., pp. 57 e 69.

<sup>(29)</sup> Cfr. KOCH/RUBEL/HESELHAUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Luchterhand, 2003, pp. 216 e 217.

efeito da aplicação sem com isso relativizar a função normativa do ordenamento jurídico.

Ora, não poderá ser esquecido que, no quadro do Direito Administrativo, a problemática dos conceitos jurídicos indeterminados assume um cariz específico por força da intervenção do princípio da separação de poderes. Como é bem sabido, o juiz encontra, no quadro das relações jurídicas administrativas sobre as quais é chamado a exercer a função jurisdicional do Estado, um outro titular de poder público, também dotado de competência constitutiva na respectiva conformação. Ora se, nos termos do art. 205.º, n.º 2, da Constituição, as decisões dos tribunais prevalecem sobre as das entidades administrativas e são obrigatórias para estas, daí não se pode minimamente depreender que o juiz possa desconhecer e usurpar as competências da Administração. Se é certo que, também para a delimitação destas, a Kompetenz-Kompetenz cabe aos tribunais, essa é mais uma razão para que sejam particularmente prudentes e reflectidos no modo como a usam. O desvirtuamento do princípio da separação de poderes pelos tribunais não dignificaria a Magistratura judicial, até porque a opinião pública não deixaria de nela ver uma manifestação de luta corporativa em prol de uma desmesurada extensão do poder.

Parece-nos assim que carece de uma resposta qualificada a questão consistindo em saber: «... se nos outros ramos de Direito, os tribunais contribuem para a concretização de leis indeterminadas, por que razão não o haveriam de fazer no Direito Administrativo?» <sup>(30)</sup>

Como resulta do que atrás vimos escrevendo, para responder a esta questão é preciso saber em primeiro lugar de que indeterminação legislativa se trata. Quando se trata apenas, em certas normas jurídicas administrativas, de imprecisão de conceitos condicionada pela linguagem, de uma incerteza de sentido que, por força da matéria regulada e do fim visado pela norma, é susceptível de ser resolvida pela via herme-

<sup>(30)</sup> Cfr. ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal...*, cit., p. 772.

nêutica, então deverá o juiz administrativo, quando for esse o caso, proceder em plenitude à necessária concretização. Mas já não será assim quando se tratar de um conceito normativo de direito administrativo indeterminado em sentido próprio. Aí, não vale o exemplo dos outros ramos de Direito porque, desta feita, a indeterminação traduz uma objectiva abertura da norma, contendo uma habilitação para o exercício de juízos de avaliação, prognose e ponderação próprios do exercício da função administrativa.

Não podemos com efeito ignorar o modo como, nestes tempos pós-modernos, a lei giza uma triangulação entre três actores de primeiro plano na programação e conformação da vida social: o Legislador, a Administração e o Juiz.

O Direito Administrativo dirige-se de modo mais intenso e imediato do que outros subsistemas da Ordem Jurídica ao ordenamento da Sociedade pelo Estado através da conformação política democrática. Mas, confrontado com situações crescentemente multipolares, às quais uma infinita combinação de variáveis confere inenarrável complexidade, o Estado legislador renuncia à ambição prometeica de sobre tudo estatuir com imposição de parâmetros substantivos de conduta e confina-se, com cada vez maior frequência, à formulação de directrizes finalísticas e à distribuição de competências administrativas atinentes à respectiva realização. As normas de actuação administrativa assim concebidas só em termos muito parcelares ou indirectos orientam quanto à valoração e perspectivação de prognose das situações concretas ou de alguns dos seus elementos e quanto à composição ponderativa dos interesses atendíveis. A sua concretização é cometida a uma Administração em parte estadual e em parte autónoma, pelo que já não corresponde em rigor à expressão Estado administrador. E esta tarefa de densificação é levada a cabo através de um procedimento administrativo decisório estruturado para o diálogo com a comunidade e para a garantia de racionalidade na recolha e tratamento da informação. Por seu turno, o papel do Estado julgador na dirimção de conflitos emergentes de relações jurídicas administrativas é configurado diferentemente consoante o juiz se confronte

com normas nas quais se manifeste uma pretensão de previsão e disciplina integral das situações ou em que, pelo contrário, o legislador remeta em maior ou menor medida a qualificação e o teor da conformação para futuras decisões administrativas substanciadas em função de elementos específicos de cada caso concreto. Nestes casos, não cabe ao juiz sindicar o respeito de parâmetros legislativos que não existem, ou substituir-se à Administração na tarefa administrativa de configurar para cada caso, à luz das respectivas circunstâncias, a substância das avaliações, prognoses e ponderações<sup>(31)</sup>.

12. Há, no entanto, ainda uma outra pergunta a antecipar e a responder, sob pena de poder ficar obscuro um aspecto importante da nossa crítica ao arescto comentado: se, no plano funcional, se recomenda um igual respeito pelo juiz de uma reserva parcial de Administração e se o dualismo margem de livre apreciação – discricionariedade tem com alguma frequência contribuído para pôr em causa essa igualdade de limite à sindicância, qual a justificação para manter o dualismo em vez de tudo reduzir à unidade sob o manto da discricionariedade?

Responderemos muito brevemente que se trata de uma questão de consistência metodológica e de rigor dogmático.

Em primeiro lugar, no plano metodológico, há que ter presente que, embora a discricionariedade também passe por uma abertura do Tatbestand da norma jurídica administrativa, são diferentes os processos de preenchimento na discricionariedade e na margem de livre apreciação. A decisão de avaliação ou de prognose para efeito do preenchimento valorativo, no caso concreto, de um conceito jurídico indeterminado utiliza uma permissão de alargamento disjuntivo do Tatbestand, ou seja, de uma permissão de ampliação do campo de aplicação de uma norma em conjugação com a averiguação do conteúdo semântico desta. Trata-se de verificar que tipos mais concreti-

(31) Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, pp. 181 e 185; WISSMANN, Generalklauseln, pp. 11 e 313.

zados cabem num pressuposto que a norma enuncia de modo altamente abstractizante. Pelo contrário, a decisão discricionária encontra o seu sentido graças a um alargamento conjuntivo do Tatbestand: perante a insuficiência dos pressupostos já constantes da norma, há que aditar novo ou novos pressupostos, ou seja, elementos da situação concreta que, nela manifestando interesses relevantes, pesem em favor de um certo sentido de decisão <sup>(32)</sup>.

Desta diferença metodológica resulta, por seu turno, uma diferença dogmática, respeitante ao distinto grau de parametrização dos dois tipos de decisões pelo princípio da proporcionalidade. Com efeito, só o racionalizado aditamento de novos pressupostos ao Tatbestand reflecte uma ponderação de interesses públicos e privados cuja juridicidade poderá ser medida cumulativamente através das três vertentes do princípio da proporcionalidade (idoneidade ou adequação, necessidade ou indispensabilidade e equilíbrio ou proporcionalidade em sentido estrito). Quando, ao invés, se preenche um conceito jurídico indeterminado da previsão legal através de uma valoração ou de uma prognose, faz-se uma estimativa em termos de *sim* ou *não*; neste momento aplicativo, apenas se julga uma realidade; não se conforma uma solução assente numa autodeterminada composição dos interesses em confronto no caso concreto.

Daqui resulta que a juridicidade de uma decisão de avaliação ou prognose própria da margem de livre apreciação não pode ser mensurada segundo o parâmetro da necessidade ou indispensabilidade e que dificilmente o será segundo a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. É, em contrapartida, eminentemente aplicável o parâmetro da adequação ou idoneidade, capaz de excluir a admissibilidade de certos critérios de avaliação ou prognose. Para usar a terminologia clássica da jurisprudência portuguesa, estaremos aqui perante erro grosseiro ou manifesto de apreciação quanto à correspondência entre a

<sup>(32)</sup> Sobre este ponto, ver SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual...*, cit., pp. 483 a 486 e bibliografia aí citada, em particular as pp. 126 a 148 e 177 a 181 de KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe...*, cit.

situação concreta e o pressuposto normativo conceptualmente indeterminado.

Parece óbvio que nada, nesta diferença entre margem de livre apreciação e discricionariedade, justifica que, a par do controlo jurisdicional restrito da discricionariedade, tenhamos sindicância total da margem de livre apreciação <sup>(33)</sup>.

#### IV. Indeterminação estrutural e mera dificuldade de interpretação

13. Já se observou que é matéria de interpretação a diferenciação entre um conceito jurídico indeterminado em sentido próprio e um mero conceito classificatório ou conceito de imprecisão hermeneuticamente resolúvel. Cabe assim aos tribunais o poder e a responsabilidade de demarcar o âmbito da margem de livre apreciação. Não se trata aqui, pois, de uma mera graduação quantitativa entre dificuldades de entendimento que, nos casos extremos, justificaria alguma auto-contenção judicial. O exercício judicial de self-restraint perante a resolução jurídica de uma questão jurídica sempre envolverá denegação de justiça. Não poderá tratar-se de abrir – quanto a controvérsias sobre aplicação de parâmetros jurídicos – áreas materiais de excepção ao princípio geral do controlo jurisdicional de juridicidade.

No fundo, resulta de um equívoco de base a laboriosa edificação do Beurteilungsspielraum através da detecção de áreas de actividade administrativa em que o julgador não controla juízos administrativos de preenchimento valorativo de conceitos indeterminados, cujo sentido lhe competiria em princípio rever intervindo como «segundo intérprete» <sup>(34)</sup> após uma primeira aplicação interpretativa pela Administração. É desse género o elenco que o acórdão refere, embora como obiter dictum. Não pretendemos que este rol não possa representar um arrimo vantajoso para a

<sup>(33)</sup> Cfr. WALTER SCHMIDT, *Einführung...*, cit., pp. 63, 67 e 69.

<sup>(34)</sup> «Zweitinterpret»: WALTER SCHMIDT, *Einführung...*, cit., p. 59.

elaboração jurisprudencial. Mas isso sob a condição de ele ser apenas tomado como referência de subsectores do ordenamento jurídico-administrativo onde a matéria disciplinada mais frequentemente concita o legislador a renunciar às qualificações substantivas directas e imediatas em benefício de uma solução flexibilizante: a remessa para a responsabilidade político-administrativa do preenchimento valorativo e, ou, prognóstico de pressupostos apenas esboçados na hipótese normativa. São áreas onde uma particular complexidade social ou técnica não permite anteciper certos componentes de situações entrevistadas na globalidade como carecidas de regulação. O legislador não considera em consequência possível ou desejável empregar uma densidade descritiva que permita concluir desde logo de modo objectivo, nos casos concretos, sobre a correspondência entre a realidade e a hipótese normativa.

14. No entanto, não pode só por si o reconhecimento de um elenco de matérias mais atreitas à ocorrência de elementos relevantes para a decisão mas insusceptíveis de valoração uniforme legitimar a conclusão de que tanto bastará para que, no respectivo âmbito, seja indiscutivelmente restrito o controlo jurisdicional da aplicação administrativa. O essencial será sempre uma interpretação da norma para concluir sobre se o sentido do Tatbestand envolve o desígnio de remeter para o aplicador administrativo um juízo de avaliação e, ou, prognose fundado em standards metajurídicos (Einschätzungs- ou Prognoseermächtigung) <sup>(35)</sup>.

Se, porém, na atribuição de poder discricionário, o legislador usa frequentemente (mas nem sempre) uma formulação de possibilidade («pode», «poderá») que ilumina o propósito da norma de competência <sup>(36)</sup>, o mesmo não é linguisticamente possível aquando da

atribuição da margem de livre apreciação, visto que o método disponível reside fundamentalmente na abertura semântica do termo ou expressão inseridos no Tatbestand. Terão de pesar, portanto, sobretudo os factores sistemático e teleológico da interpretação <sup>(37)</sup>. Não poderíamos pretender aprofundar esta questão na presente sede. Seguem-se pois algumas breves sugestões.

15. No plano da interpretação sistemática, haverá que atender desde logo ao contexto próximo da norma de cujo Tatbestand se trata. O preceito integrar-se-á normalmente num conjunto de normas funcionalmente relacionadas para efeito da disciplina de um certo aspecto da actividade administrativa e do posicionamento substantivo recíproco de sujeitos no quadro do Direito Administrativo. Essa rede de normas funcionalmente articuladas constituirá um bom contraponto para a reflexão sobre a univocidade ou plurivocidade do conceito. Em face de tal disciplina integrada, tornar-se-á mais fácil concluir se aquilo que para elas terá de resultar do Tatbestand questionado é uma situação objectiva, sempre determinável do mesmo modo, ou, pelo contrário, uma válvula de admissão de situações reguláveis capaz de modular o respectivo fluxo em função do modo como o órgão administrativo entender que o sim ou não da subsunção avaliativa ou prognóstica corresponde a um melhor desempenho das suas responsabilidades político-administrativas próprias.

<sup>(35)</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER recordam-nos os limites dos «métodos clássicos» de interpretação, designadamente no Direito Administrativo. A interpretação sistemática é problemática visto não ser fechado o sistema jurídico e de inúmeras fontes de regulação não serem construídas sob uma perspetiva de articulação com as restantes. O factor teleológico suscita o risco de uma determinação arbitrária de sentido por efeito da pré-compreensão do intérprete. Daí a importância da interpretação tónica como factor correctivo. Interessará, pois, sempre, compilar os argumentos e pontos de vista emergentes da reflexão sobre a norma a partir da directriz deontológica dela decorrente e ponderar a credibilidade que poderão merecer no âmbito da comunidade jurídica. Cfr. *Verwaltungsrecht*, I, 11.ª ed., München, Beck, 1999, pp. 408 e 409.

<sup>(35)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, pp. 586 e 587; WALTER SCHMIDT, *Einführung...*, cit., p. 58.

<sup>(36)</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, Lisboa, Dom Quixote, 2004, pp. 180 e 181.

Uma segunda directriz sistemática é a que respeita à interpretação conforme à Constituição e, em particular, ao princípio da separação e interdependência de poderes consignado no art. 111.º, n.º 1, da Lei Fundamental. Como órgãos de soberania, os tribunais devem «observar a separação». Ora, esta pressupõe iniludivelmente um campo de actuação autodeterminada e sob responsabilidade própria da Administração (aquilo a que a doutrina germânica mais recente apelida de *Eigenständigkeit der Verwaltung*). Não se tratando de uma reserva absoluta e de âmbito rigidamente fixado pela Constituição, a reserva parcial de Administração depende das atribuições de competência pelo legislador e não subtrai por completo qualquer conduta administrativa à sindicância jurisdicional <sup>(38)</sup>.

Observa-se a certa altura no acórdão sob análise, a propósito da sindicabilidade contenciosa da aplicação administrativa dos conceitos indeterminados, que...

...«Provavelmente, nos dias de hoje, com a reforma introduzida pelo CPTA, onde a preocupação de apreciar efectivamente a substância das coisas é mais marcante se deva avançar neste sentido de forma mais clara e determinada».

Esta afirmação é feita conjuntamente em relação a um «avanço» jurisprudencial rumo à «interpretação e aplicação» dos conceitos indeterminados. Mas, se por aplicação, contraposta a interpretação, se entender o exercício da margem de livre apreciação, e se se está a pensar na revisão do juízo valorativo e não apenas na sindicância do respeito dos seus limites externos, a asserção é, salvo o devido respeito, muitíssimo contestável.

Presumimos que a referência à «preocupação de apreciar efectivamente a substância das coisas» tenha a ver com a afirmação, no CPTA, do princípio da promoção do acesso à justiça (art. 7.º). Não vemos, porém, porque deveria a prevalência da justiça material sobre a justiça formal impelir os tribunais

<sup>(38)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, p. 638; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual...*, cit., p. 487.

a usurpar o papel de última instância nas opções administrativas determinadas por parâmetros metajurídicos de política administrativa. Sabemos, isso sim, que o art. 3.º, n.º 1, do Código lembra algo que sempre seria óbvio: «No respeito pelo princípio da separação e interdependência de poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação».

Lembramos, finalmente, como critério de interpretação sistemática, o contraponto dos procedimentos administrativos especiais. Quanto mais densos e minuciosos estes forem na recolha e tratamento da informação e na participação dos interessados e dos representantes dos interesses metaindividuais, mais fácil será de concluir que o legislador quis reforçar desse modo a protecção das posições individuais em face da impossibilidade da sindicância jurisdicional das valorações e prognoses metajurídicas a que habilita a Administração. É essa a maneira de assegurar o contraditório, a transparência e a racionalidade metodológica na aplicação de parâmetros de decisão excluídos do controlo jurisdicional <sup>(39)</sup>.

16. No plano da interpretação teleológica, importa analisar a medida em que o juízo de preenchimento do conceito de *Tatbestand* se articula funcionalmente com o fim realizado pelo exercício do poder conferido pela norma. Se esse fim for melhor servido por uma conformação dependente, no seu conteúdo ou, pelo menos, na opção sobre se se efectiva ou não, de um direccionamento do comportamento administrativo a partir de elementos da situação real, haverá então razões para interpretar o *Tatbestand* em sentido favorável ao carácter verdadeiramente indeterminado do conceito.

Pensando primeiramente nos casos de poder vinculado, há que ter presente que uma valoração positiva ou negativa sobre a correspondência da situação real com o pressuposto conceptualmente indeterminado constante do *Tatbestand* equivale, ao menos

<sup>(39)</sup> Cfr. WISSMANN, *Generalklauseln*, cit., p. 322.

mediatamente, a dispor sobre o sim ou não da tomada da decisão. Verifica-se assim como, do exercício da margem de livre apreciação, resulta um apuramento autodeterminado do sentido de decisão. E esta conclusão não se altera quando nos encontramos perante um preceito acoplado (Koppelungsvorschrift), em que a existência de conceito ou conceitos indeterminados na previsão da norma se conjuga com a inclusão na estatuição de um operador permissivo (Erlaubnisoperator) próprio de um preceito de possibilidade (Kann-Vorschrift) e, portanto, de atribuição de discricionariedade<sup>(40)</sup>.

Note-se já agora – a título incidental – que a existência deste tipo de normas é mais um factor demonstrativo da impossibilidade de eliminar totalmente a distinção entre margem de livre apreciação e discricionariedade administrativa. Estas duas operações, espécies do género margem de livre decisão (Entscheidungsspielraum), não se confundem inteiramente, tanto assim que só após uma conclusão positiva do juízo de avaliação ou prognose abarcado pelo conceito indeterminado de Tatbestand e, portanto, depois da verificação da ocorrência do pressuposto legal, é que se torna possível a realização do juízo de ponderação de interesses próprio do exercício da discricionariedade. Se a resposta ao pressuposto for negativa, fica vedada toda a actuação administrativa.

Ora, à interpretação de um conceito empregue numa previsão legal para efeito de saber se merece ser qualificado como conceito jurídico indeterminado não é estranha a circunstância de ele surgir no contexto de uma previsão mista (Mischtatbestand)<sup>(41)</sup>.

<sup>(40)</sup> Cfr. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe...*, cit., p. 172. Como nota o mesmo Autor, nas normas que atribuem poder vinculado, o operador que impõe a produção dos efeitos de direito poderá ser injuntivo ou proibitivo (Gebots- ou Verbotsoperator). Sobre o papel do operador deontico na determinação do sentido jurídico dos efeitos que constam da estatuição e no estabelecimento da sequencialidade entre previsão e estatuição, v. DAVID DUARTE, *A Norma da Legalidade Procedimental*, cit., p. 85.

<sup>(41)</sup> A expressão é usada por DETTERBECK que, no entanto, afirma (a nosso ver, erroneamente) que a figura do Koppelungsvorschrift ou Mischtatbestand corresponde à coexistência com a discricionariedade na estatuição de «conceitos jurídi-

Por um lado – tal como quando o pressuposto indeterminado surge numa norma atributiva de poder vinculado –, o sentido positivo ou negativo da avaliação ou prognose ditará o resultado da alternativa entre agir e não agir. Mais uma vez, pois, haverá uma indicação interpretativa apontando para a consideração do conceito como verdadeiramente indeterminado sempre que a consistência finalística do agir ou não agir dependa menos de critérios normativos abstractos e imutáveis e mais de motivos impulsivos decorrentes das circunstâncias específicas de cada caso.

Mas, quanto aos conceitos de Tatbestand dos preceitos acoplados, há ainda outro factor que reforça a indicação de um desígnio de indeterminação por parte do legislador. É que, havendo também concessão de discricionariedade, o preenchimento do conceito se integrará num iter valorativo global, em cujo âmbito se torna mais problemática a diferenciação, no seio de um mesmo Tatbestand, de campos de textura fechada e de textura aberta. A atribuição de discricionariedade denota a procura, à luz do tipo de situação da vida, de uma maior efectividade através da flexibilização da regulação normativa, tornando esta apenas num primeiro patamar da criação autónoma do Direito

cos indeterminados sem Beurteilungsraum» (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 125). Trata-se de uma visão exclusivamente centrada na questão da sindicabilidade jurisdicional em cujos termos, verificado um motivo de restrição do âmbito do controlo, está concretizado tudo aquilo que interessa considerar, sendo indiferente a coexistência dos dois. Ora não é assim, desde logo porque, como se observa no texto, só haverá lugar ao exercício da discricionariedade quando o juízo de apreciação livre for proferido num sentido positivo. E, por outro lado, é distinto o modo de realizar as duas operações. No caso de haver lugar a ambas, o Tatbestand será sucessivamente densificado e completado. Densificado através de um preenchimento disjuntivo (desmultiplicação do pressuposto de textura ténue, imaginando várias hipóteses alternativas de avaliação ou prognose); e completado através de um raciocínio conjuntivo que, por força de uma ponderação de interesses, extrai do caso concreto pressupostos suplementares graças aos quais se encontrará o sentido de decisão. Cfr. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe...*, cit., p. 186. Nestes casos, a preparação da decisão envolve dois planos. Cfr. WALTER SCHMIDT, *Einführung...*, cit., p. 71.

dos casos concretos pela Administração <sup>(42)</sup>. Assim sendo, é natural que uma intenção paralela presida à identificação de um pressuposto através de um conceito susceptível de aplicação ajustada às realidades específicas.

17. Sem prejuízo dos critérios interpretativos que antecedem, continua a parecer-nos que aquele que proporciona uma conclusão mais rigorosa para efeito da distinção interpretativa entre conceitos de Tatbestand indeterminados e classificatórios é o critério metodológico-funcional proposto por WALTER SCHMIDT, que desenvolve uma dogmática já trabalhada por HANS WOLFF. Tomando em conta que se trata de proceder a uma repartição de competências de última decisão entre Tribunais Administrativos e Administração, o que interessa é o método que permita discernir entre decisões com sentido decorrente de parâmetros jurídicos substantivos e decisões decorrentes de parâmetros substantivos metajurídicos. Para isso, o Autor propõe um raciocínio hermenêutico segundo o qual o Tribunal deverá poder resolver em última instância as incertezas quanto ao sentido da decisão condicionadas pela linguagem (sprachlich bedingten Ungewissheiten) mas não as incertezas de avaliação (sobre aspectos não normativamente determinados) da situação concreta (Ungewissheiten der Sachverhaltseinschätzung). O âmbito de acção da Administração é assim mais amplo que o dos Tribunais. A Administração posiciona-se em face de incertezas dos dois tipos. Mas, quando regulam novamente as situações já conformadas pela Administração, os Tribunais fazem-no apenas na medida em que a regulação administrativa sindicada tenha tido a ver com parâmetros normativos.

Há, porém, que precisar melhor aquilo em que consiste decisão segundo parâmetros jurídicos e decisão conforme parâmetros metajurídicos. Segundo a construção a que aludimos, tal diferenciação assentará em última análise na caracterização dos dois tipos de obstáculos constituídos por razões de incerteza quan-

to ao exercício de competências de regulação pública das situações individuais e concretas: incertezas condicionadas pela linguagem <sup>(43)</sup> e incertezas que, não podendo ser eliminadas, terão de ser neutralizadas por um raciocínio prospectivo, a fim de não impedirem a tomada das decisões necessárias à vida em comunidade. Para a ultrapassagem das incertezas condicionadas pela linguagem, são utilizáveis métodos teórico-discursivos, ou seja, uma argumentação destinada à fixação do sentido da norma e preparável e verificável segundo uma metodologia jurídica. Estamos aí no campo da interpretação, em que a última palavra cabe aos tribunais.

Pelo contrário, os outros tipos de incerteza quanto ao sentido preferível para uma decisão requerem uma argumentação causal-teorética. Tratar-se-á aqui de escolher uma entre várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro da situação, ou seja, de estabelecer uma prognose sobre quais poderão vir a ser as novas fases de uma situação regulável actual, designadamente em função dos diversos tipos de decisões. Serão admissíveis as hipóteses que não possam ser desde já infirmadas através de uma argumentação demonstrável que permita verificar erros nos pressupostos de facto ou a inidoneidade do critério. As avaliações valorativas de aspectos da situação presente, levadas a cabo segundo uma metodologia não teórico-discursiva para concluir sobre se se justifica abranger uma situação real na previsão normativa, são normalmente reconduzíveis a uma prognose, por estar em causa uma estimativa da efectividade e mérito do tipo de decisão perante o tipo de situação.

Aos tribunais não é reconhecido um último poder de decisão só porque o poder exercido pela Administração é concedido por uma norma jurídica (o que sempre terá de suceder). Se o tipo de decisão normativamente configurado envolve a tomada de posição sobre incertezas causal-teoreticamente condicionadas, o poder de controlo do Tribunal não desaparece mas

<sup>(42)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, pp. 586 e 685.

<sup>(43)</sup> A norma jurídica é uma ordenação deontica de um estado de coisas ideal com um sentido cognoscível a partir de um enunciado linguístico. V. DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental..., cit., pp. 64 e seg.

fica reduzido. Não desaparece porque sempre sindicará os chamados limites externos de juridicidade, mas não será total porque não cabe ao Tribunal a tarefa não juridicamente determinada de escolher uma entre várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro não infirmáveis como a mais credível. Trata-se aí de uma tarefa e de uma responsabilidade político-administrativa. Se o Tribunal quisesse assumi-la, agiria desligado da fonte de legitimação democrática que lhe assiste, que é a de se mover no quadro de um sistema normativo proveniente de órgãos dotados de legitimidade democrático-representativa (<sup>44</sup>).

Em suma, aquilo que, tanto no que toca à discricionariedade como no que respeita à margem de livre apreciação, o Tribunal não tem de controlar (nem pode por não dispor de normas jurídicas como parâmetros de controlo) é tudo aquilo em que a decisão não é condicionada pelo Direito. O juiz move-se apenas dentro de programas normativos definidos e deve respeitar os espaços de opção não só decisória, mas avaliativa e prognóstica, que o legislador deixa em aberto quer em previsões quer em estatuições normativas (<sup>45</sup>).

## V. Margem de livre apreciação e garantia de tutela jurisdicional administrativa

18. No acórdão, referencia-se um cluster de preceitos constitucionais cujo relevo «conduz inexoravelmente à eliminação» da impossibilidade de sindicância jurisdicional da apreciação administrativa de conceitos jurídicos indeterminados. Como se sublinhou já abundantemente, nunca se trata da eliminação de toda a sindicância, mas apenas da que conferiria ao Tribunal a última palavra na determinação do sentido de um juízo de prognose ou de avaliação não juridicamente parametrizados pela positiva. Mas o acórdão

(<sup>44</sup>) Cfr. WALTER SCHMIDT, Einführung..., cit., pp. 58 a 65; SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia Contratual..., cit., pp. 474 e seg.; Direito do Contencioso Administrativo, I, cit., pp. 775 e seg.

(<sup>45</sup>) Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, p. 688.

não distingue entre controlo total e controlo reduzido. Aquela alusão traz, pois, consigo os ressaibos de uma argumentação que se encontra por vezes na bibliografia alemã: a de que a garantia constitucional de tutela jurisdicional administrativa implicaria uma revisibilidade jurisdicional sem limites da aplicação administrativa de qualquer passagem da lei. A ideia é a de que, desde que a actividade administrativa se desenvolva num quadro legal, todos os conflitos de pretensões daí emergentes são litígios jurídicos administrativos, pelo que os particulares têm o direito a uma última pronúncia sobre a aplicação da lei por parte de um Tribunal.

Mas esta argumentação é falaciosa.

Em primeiro lugar, se fosse consistente, teria de ser aplicada também ao controlo do exercício da discricionariedade. O poder discricionário é expresso na estatuição de uma norma e passa igualmente por uma certa organização da previsão da mesma.

O que daqui resulta e é aplicável nos mesmos termos à margem de livre apreciação é que uma coisa é a necessidade de enquadramento normativo de qualquer conduta administrativa mas outra é o grau de parametrização exercido pela norma jurídica administrativa sobre o teor substantivo da conduta desenvolvida no respectivo quadro. Nas suas diversas modalidades (entre as quais a discricionariedade e a margem de livre apreciação), a margem de livre decisão administrativa (Entscheidungsspielraum) tem sempre por matriz a atribuição à Administração de um poder de encontrar, por si mesma e sob sua responsabilidade, sentidos substantivos de avaliação, prognose ou decisão que o legislador prefere não pré-estabelecer em termos gerais e abstractos.

Assim sendo, a opção administrativa por uma certa materialidade da conduta valorativa ou decisória só está abrangida pela garantia de tutela jurisdicional quanto aos seus limites de juridicidade, mas não quanto à sua essência substantiva. A defesa jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos visa apenas a afectação ilegal (tutela reconstitutiva) ou, quando muito, o direito ao ressarcimento em caso de afectação legal especial e anormal (tutela indemnizatória).



Mas não se pode falar em ilegalidade material do preenchimento valorativo ou prognóstico de um conceito de Tatbestand quando esse conceito não formula uma directriz substantiva, antes se destinando a remeter para a Administração a tarefa de a encontrar por si própria.

19. Tendo sido na Alemanha que nasceu a infeliz confusão entre conceitos indeterminados (por o seu sentido não ser densificável no caso concreto a partir do indirizzo normativo) e conceitos classificatórios (conceitos de sentido apreensível com dificuldade, mas ainda assim encontrável através da metodologia hermenêutica) e também a tese da plena revisibilidade jurisdicional de todos eles (como ilação errónea da sua pretensa uniformidade), não deixa de ter interesse a circunstância de se poder ir notando uma evolução da doutrina germânica a tal propósito. Reconhece-se o peso crescente de uma posição autónoma da Administração (Eigenständigkeit der Verwaltung) em face dos limites da capacidade directiva da lei (Steuerungsleistungsfähigkeit des Gesetzes). Isto não significa uma Administração livre de lei, mas a existência de muitas normas jurídicas administrativas que, como autorizações de conformação (Gestaltungsermächtigungen) finalisticamente propulsivas, servem mais como normas geradoras de actuação administrativa (Verhaltensauftrag) do que como parâmetros de controlo substantivo (Kontrollmassstab) <sup>(46)</sup>. Assume-se como um novo instrumento metódico do Direito Administrativo o da situatividade (Situativität) das decisões administrativas. A proximidade temporal entre a ocorrência da situação real (Sachverhalt) e a pronúncia da decisão administrativa permite uma interacção próxima entre as facetas da situação existencial e o modo como a Administração reage. Ao permitir que esta vantagem estratégica seja usada para um maior ajustamento da decisão à realidade, a textura aberta da norma contribuirá normalmente para mais-valias

<sup>(46)</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, pp. 178 e seg.

de racionalidade. Aquilo que o legislador então espera da Administração não é uma certa decisão pré-determinada, mas a organização de uma decisão proporcionada à situação (eine situationsangemessene Rechtfertigung der Entscheidung) <sup>(47)</sup>.

Uma tal evolução da programação normativa, explicável pelas condições da pós-modernidade, tem também os seus reflexos na evolução da relação administrador/juiz. O centro da sindicância jurisdicional vai-se transferindo gradualmente do controlo do vício de violação de lei no teor substantivo da decisão ou do juízo de apreciação para os controlos da consistência finalística, dos princípios fundamentais de conduta, do respeito dos direitos fundamentais e dos limites organizatórios (competência) e procedimentais. O destinatário da decisão fica assim protegido em tudo aquilo que tenha a ver com a respectiva juridicidade. Quanto à simples bondade político-administrativa das decisões ou das prognoses e valorações, são outros os fora de discussão, correspondentes à efectivação da responsabilidade política do decisor <sup>(48)</sup>.

## VI. Natureza determinada do conceito cuja aplicação o acórdão sindicia

20. Sem que haja aí qualquer contradição com tudo aquilo que anteriormente se escreve, o acórdão comentado merece a nossa concordância quanto ao sentido da decisão. Aquilo que merece a nossa profunda discordância é a parte da fundamentação relativa à sindicabilidade jurisdicional de conceitos indeterminados de Tatbestand. Mas, para além de criticável, essa parte da fundamentação mostra-se redundante à face da natureza do caso dirimido. É que, nele, a interpretação sistemática e teleológica

<sup>(47)</sup> Idem, p. 145.

<sup>(48)</sup> Pode ver-se uma lista de vícios de juridicidade correspondentes ao exercício indevido da margem de livre apreciação de conceitos de Tatbestand em DEFTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht, cit., p. 125. Sobre o paralelismo estrutural entre estes vícios e os vícios de discricionariedade, WALTER SCHMIDT, Einführung..., cit., p. 68.

das previsões normativas em que se usa como pressuposto o conceito de «necessidades permanentes dos serviços» mostra que o legislador não o emprega em termos de verdadeira indeterminação.

21. A natureza da locução «necessidades permanentes dos serviços» enquanto conceito jurídico indeterminado ou não depende obviamente do contexto sistemático e do fim visado pelas normas que o incluem no respectivo Tatbestand. Se esses factores interpretativos do propósito do emprego da expressão pelo legislador apontassem para a feitura de uma estimativa de antecipação do futuro, seria então clara a habilitação para um juízo de prognose insusceptível de controlo jurídico quanto à sua essência substantiva. Não caberia manifestamente ao juiz substituir-se à Administração na programação de recursos humanos com base numa conjectura sobre o ritmo da evolução de certas necessidades de regulação administrativa.

Mas o STA tem razão na análise a que procede dos DLs n.ºs 81-A/96, de 21/6, e 195/97, de 31/7. Não se tratou aí de estabelecer quadros normativos de habilitação para decisões administrativas de preparação do futuro sob responsabilidade própria e sob uma orientação legislativa predominantemente finalística. Pelo contrário, aquilo de que se curava era da correcção de uma disfunção e reparação de uma injustiça con-

sistindo em ter mantido ao longo de muitos anos sob um regime de trabalho precário trabalhadores com os quais a Administração sabia que tinha de contar permanentemente. Havia, portanto, um critério material ou substantivo normativamente pré-definido quanto à delimitação da «situação alvo». E o carácter permanente das necessidades funcionais asseguradas pelo contributo das pessoas injustiçadas <sup>(49)</sup> era algo que se podia confirmar factualmente através da análise da durabilidade das situações do passado, não requerendo em princípio uma estimativa valorativa autodeterminada em função do modo como o órgão administrativo encara as suas responsabilidades na condução da coisa pública à luz das particulares circunstâncias do caso concreto.

Como, aliás, a interpretação sistemática do STA bem demonstra, tratava-se de um conceito cujas dificuldades de apreensão tinham de ser resolvidas pela via hermenêutica, não se revelando necessário nem apropriado o emprego de um raciocínio causal-teorético.

Em suma, o controlo jurisdicional do seu emprego pela Administração justificou-se. Mas não se diga que se sindicou o preenchimento de um verdadeiro conceito jurídico indeterminado. E, sobretudo, que não se invoque este aresto como precedente para uma ingerência sobre um exercício verdadeiro e próprio de margem de livre apreciação.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA

<sup>(49)</sup> Injustiça que não desaparece pelo facto de as pessoas haverem sido recrutadas sem concurso público, como cumpriria se se houvesse assumido não se tratar verdadeiramente de trabalho temporário. Digamos que a forma atabalhoada ou «trapalhona» do agir administrativo conduziu à cumulação de injustiças: para com os que se viram privados do exercício de um direito de vir aos concursos e para com aqueles que, mal recrutados, se viram imersos num limbo de permanente indefinição das suas perspectivas laborais. No caso concreto, o retrato perde esta nitidez por se verificar que o impugnante teve a oportunidade, que recusou, de se apresentar a um concurso.